KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
Faculteit Rechtsgeleerdheid

Discriminatie en verzekering

Economische efficiëntie en actuariële fairness getoetst aan het juridisch gelijkheidsbeginsel

Yves Thiery

Promotor: Prof. dr. Herman Cousy
Co-Promotor: Prof. dr. Caroline Van Schoubroeck

Proefschrift ingediend met het oog op het verkrijgen
van de academische graad van doctor in de rechten

augustus 2010

Leden van de examencommissie

- prof. dr. Herman COUSY (K.U.Leuven), promotor
- prof. dr. Caroline VAN SCHOUBROECK (K.U.Leuven), co-promotor
- prof. dr. Wouter DEVROE (K.U.Leuven)
- prof. dr. Koen GEENS (K.U.Leuven)
- prof. dr. Johan Petrus VAN NIEKERK (University of South Africa)
- prof. dr. Trudo LEMMENS (University of Toronto)

Voor Caroline en Manu.

Inleiding: Probleemstelling, opbouw en methode van het onderzoek 1

A. Probleemstelling 1
B. Opbouw en methode van het onderzoek 5
Deel I. Europees-nationaal referentiekader 5
Deel II. Spanningsveld: de concurrentiële verzekeringsmarkt en het juridisch gelijkheidsbeginsel 8
(a) Solidariteit, gelijkheid en differentiatie in verzekering 8
(b) Grenzen aan het juridisch gelijkheidsbeginsel: zoektocht naar maximale bescherming tegen discriminatie 9
(c) De imperatief van de juridische gelijkebehandelingsnorm vs. de logica van de verzekeringstechniek 13
Deel III. Verzoening tussen maximale bescherming tegen discriminatie en de verzekeringslogica in Belgisch kader 13

DEEL I. Europees-nationaal referentiekader: juridische uitwerking van het gelijkheids-beginsel 15

Hoofdstuk I. Van marktrecht naar direct horizontaal werkend burgerrecht....17

Hoofdstuk II. het verdragsrechtelijk verbod op nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie 23

Afdeling 1. Nationaliteitsdiscriminatie 23

§ 1. Van marktrecht naar burgerrecht.... 24

§ 2. Een direct en horizontaal werkend burgerrecht.... 26

§ 3. Vroeg toepassingsvoorbeeld in verzekering: grensoverschrijdende B.A.-autoverzekering 30

Afdeling 2. Geslachtsdiscriminatie....32

§ 1. Van marktrecht naar burgerrecht.... 33

§ 2. Een direct en horizontaal werkend burgerrecht.... 36

§ 3. Met toepassingsvoorbeelden in verzekering: aanvullende regelingen inzake sociale zekerheid 37

A. Algemeen.... 37

B. Gelijke toegang tot het loon: vaststelling van de pensioenleeftijd en “Barberisatie” 39

C. Gelijke berekening van het loon: het gebruik van actuariële berekeningselementen.... 41

Hoofdstuk III. Nieuwe bevoegdheden voor de gemeenschapswetgever: artikel 13 E.G.-Verdrag (nieuw-artikel 19 Werkingsverdrag) 47

Afdeling 1. Algemeen....47

Afdeling 2. De betekenis van artikel 19 Werkingsverdrag als Rechtsgrond 49

Afdeling 3. De artikel 19-Richtlijnen....52

Afdeling 4. Beschermde discriminatiegronden 54

§ 1. Gebrek aan definitie van de beschermde discriminatiegronden 54

§ 2. Verdere afbakening van enkele van de beschermde discriminatiegronden 55

A. Geslacht.... 56

B. Leeftijd 57

C. Handicap 58

1. Nood aan en belang van verdere afbakening 58

2. Afbakeningsopties 59

(a) Medische definitie.... 59

(b) Sociale definitie 61
(c) Afbakening door het Hof van Justitie 62

Afdeling 5. De artikel 19-Richtlijnen en hun relevantie voor verzekeringsrelaties 65

Afdeling 6. Niet-overeenstemming tussen lidstatelijk recht en de Richtlijnen: gevolg voor de relaties tussen particulieren 67

Hoofdstuk IV. Het Handvest van de Grondrechten 73

Hoofdstuk V. Gelijkheid en non-discriminatie als algemeen beginsel van het recht van de Unie 77

Afdeling 1. Bestaan van het beginsel 77

Afdeling 2. Belang van het beginsel voor verzekeringsrelaties 79

§ 1. Strijdigheid van secundaire unie-wetgeving met het algemeen beginsel 80

§ 2. Strijdigheid van nationale wetgeving met het algemeen beginsel 82

§ 3. Afwezigheid van secundaire en nationale wetgeving. Autonome functie van het algemeen beginsel? 86

Hoofdstuk VI. Totstandkoming van de Belgische anti-discriminatiewetgeving en de omzetting van de artikel 19-Richtlijnen 91

Afdeling 1. Wetgevende evolutie 91

§ 1. Anti-racismewet van 1981 91

§ 2. Wet gelijkheid mannen-vrouwen 1999 93

§ 3. De Anti-discriminatiewet van 2003 94

A. Ontstaan 95

B. Algemeen toepasselijk discriminatieverbod 96

C. Afdwingbaarheid 100

1. Strafrechtelijke afdwinging 100

2. Burgerrechtelijke afdwinging 100

(a) Verdeling van de bewijslast 101

(b) Vordering tot staken 102

(c) Dwangsom en openbaarmaking 103

(d) Nietigheidssanctie. 104

(e) De mogelijkheid tot schadevergoeding 104

D. Grondwettigheid 105

E. Rechterlijke toepassing in verzekering 108

§ 4. De Wet Aanvullende Pensioenen van 2003 110

Afdeling 2. Huidig Belgisch referentiekader: de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 113
§ 1. Totstandkoming 113
§ 2. “Gesloten lijst” van discriminatiegronden 115
A. Uitgebreide lijst en hiërarchie van gronden 116
B. Beoordeling door het Grondwettelijk Hof – “Toevoegingsmogelijkheid” van andere gronden 117
C. Belang voor verzekeringsrelaties: potentieel toe te voegen gronden 122
§ 3. Evolutie naar een gedifferentieerd systeem van rechtvaardiging 125
A. Gedifferentieerde toepassing van het open rechtvaardigingsmodel 125
B. Rechtvaardiging aan de hand van het concept redelijke aanpassingen. 129
C. Algemene rechtvaardigingsmogelijkheden 130
1. Positieve actie 130
2. Vrijwaringsclausule 131
§ 4. Afdwingbaarheid 133
A. Strafrechtelijke sancties 134
B. Burgerrechtelijke sancties 134
1. Nietigheid van bedingen 134
2. Vordering tot staking 135
3. (Forfaitaire) schadevergoeding 138
4. Bescherming tegen represailles 140
§ 5. Grondwettigheid 141
A. De vijf eerste arresten van het Grondwettelijk Hof over de wetgeving van 10 mei 2007. 142
B. Beroep tot vernietiging van de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007. De zaak Test-Aankoop tegen Belgische Staat 144

Hoofdstuk VII. Conclusies 149

DEEL II. Spanningsveld: de concurrentiële verzekeringsmarkt en het juridisch gelijkheidsbeginsel 157

Hoofdstuk I. Solidariteit, gelijkheid en onderscheid in verzekering....161

Ter inleiding....161

Solidariteit....161

Gelijkheid....161

Differentiatie....162

Afdeling 1. Mutualisering in verzekering: solidariteit....165

§ 1. Noodzaak van mutualisering....165

§ 2. Vormen van solidariteit....166

A. Kanssolidariteit....167

B. Subsidiërende solidariteit....169

§ 3. Besluit....173

Afdeling 2. Actuariële fairness: gelijkheid....175

§ 1. Gelijke verzekeringsvoorwaarden voor gelijk risico....175

§ 2. Verklaring voor het streven naar actuariële fairness: moral hazard en anti-selectie....176

§ 3. Overschatte dreiging van anti-selectie en moral hazard....178

§ 4. Aversie voor (super-)Individualisering....181

§ 5. Besluit....183

Afdeling 3. Segmentering in verzekering: Differentiatie....185

§ 1. Definitie....185

§ 2. Noodzaak van segmentering....186

§ 3. Economische beperkingen aan segmentering....188

§ 4. Verzekeringstechnische kritiek op (vormen van) segmentering....190

A. “Overlap-theory”: bepaalde risico-factoren veroorzaken te grote heterogeniteit....190

B. Een gebrek aan “causaliteit” van risico-factoren....194

1. Kritiek: het arbitrair karakter van niet-causale proxies....194

2. Weerlegging van de kritiek op het gebruik van niet-causale proxies....196

C. Een gebrek aan “invloed” op de gebruikte risico-factoren....199

1. Kritiek op het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren....200

2. Weerlegging van de kritiek op het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren....201

Afdeling 4. Conclusies 205

Hoofdstuk II. Grenzen aan het juridisch gelijkheidsbeginsel: zoektocht naar maximale bescherming tegen discriminatie 209

Ter inleiding 209

Beschermingsgronden 211

Intentie tot discriminatie 211

Directe en indirecte discriminatie 211

Benadeling en vergelijkbaarheid 212

Rechtvaardiging 213

Redelijke aanpassingen 213

Afdeling 1. Limitatieve vs. niet-limitatieve opsomming van beschermingsgronden 215

§ 1. Limitatief beschermingssysteem 215

§ 2. Niet-limitatief beschermingssysteem 218

§ 3. Semi-limitatief beschermingssysteem 218

A. Concept 218

B. Voorbeelden van semi-limitatieve systemen en hun belang voor verzekeringsrelaties 219

1. EU-lidstaten 219

2. Zuid-Afrika 220

3. Canada 222

§ 4. Besluit en relevantie voor het Europees-nationaal referentiekader. 225

Afdeling 2. Verbod van intentionele en niet-intentionele discriminatie 227

Afdeling 3. Verbod van directe en indirecte discriminatie 233

§ 1. Het onderscheid tussen direct en indirect onderscheid: naar een effect-geöriënteerd discriminatiebegrip 233

§ 2. Relevantie van het concept indirecte discriminatie voor verzekeringsrelaties 238

§ 3. Belang van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie: mogelijkheid tot rechtvaardiging 241

§ 4. Besluit bij deze afdeling 249

Afdeling 4. Benadeling en vergelijkbaarheid 253

§ 1. Benadeling en vergelijkbaarheid in de definiëring van directe en indirecte discriminatie 253

A. Directe discriminatie 254

B. Indirecte discriminatie 254

C. Formele en materiële gelijkheid 255

§ 2. Invulling van het benadelingsvereiste 263
A. Benadeling en (on)gelijke behandeling 263
B. Het causaliteitsbegrip binnen het verbod van directe discriminatie 266
1. Functie van het begrip 266
2. Vaststellen van causaliteit 267
3. Weerleggen van causaliteit 271
(a) Factoren die los staan van iedere discriminatie 271
(b) “Mixed ground decisions”. de discriminatiegrond als niet-doorslaggevende oorzaak 272
C. Bijzondere benadelingstoets voor indirecte discriminatie 275
1. Algemeen 275
2. Statistisch bewijs niet noodzakelijk 276
3. Alternatieve bewijsmiddelen 278
(a) Algemene statistieken en feiten van algemene bekendheid 279
(b) Intrinsiek verdachte criteria 280
(c) Elementair statistisch materiaal 281
4. Statistisch bewijs nog steeds toegelaten en nuttig 282

§ 3. Invulling van het vergelijkbaarheidsvereiste 285
A. Functie binnen het verbod van directe discriminatie 285
B. Functie binnen het verbod van indirecte discriminatie 286

§ 4. Afstand van het “Comparability-model”: invloed van het concept “menselijke waardigheid” bij het vaststellen van discriminatie 287
A. “Human dignity” als beoordelingsfactor binnen de benadelingstoets 288
B. Objectieve beoordeling van schending van menselijke waardigheid. 292
C. “Dignity”-analyse in de artikel 19-Richtlijnen? 294

§ 5. Besluit bij deze afdeling 299

Afdeling 5. Systemen van rechtvaardiging 305

§ 1. Open en gesloten systemen van rechtvaardiging 306

§ 2. Gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem in de Europese Unie 308
A. Rechtvaardiging van directe discriminatie 308
1. Discriminatie op grond van ras en etnische afstamming 309
2. Discriminatie op grond van geslacht, zwangerschap en moederschap 310
(a) Principe: geen rechtvaardiging van directe discriminatie 311
(b) Uitzondering voor geslachtsexclusieve levering 312
(c) Uitzondering voor verzekeringsovereenkomsten: optierecht van de lidstaten 313
(i) Betekenis van het optierecht voor de lidstaten 315
(ii) Gevaar voor concurrentieverstoring? 322
1/ Forumshopping. 322
2/ Relativering van het gevaar voor concurrentieverstoring 323

(iii) Verhouding met het verbod op belemmeringen van het vrije dienstenverkeer en de vrije vestiging 327
(iv) Door de Genderrichtlijn verhinderde verlaging van het beschermingsniveau 330
(v) Belgisch conceptieprobleem: de vervaltermijn van 21 december 2007 332
(vi) Proportionele verschillen en het geslacht als bepalende factor 337
(vii) Relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens 338
(viii) Geen optie voor zwangerschap en moederschap 341
(d) Geslachtsdiscriminatie in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid 342
3. Discriminatie op grond van godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid .. 344
(a) Kaderrichtlijn arbeid 345
(i) Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste 345
(ii) Leeftijd – optierecht voor de lidstaten en belang voor verzekering 346
(b) Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid 350
(i) leeftijd in het beleid van de wetgever 351
(ii) leeftijd en handicap in de “financiële” dienstverlening”: optierecht voor de lidstaten 352
1/ Inhoud en betekenis van het optierecht 352
2/ Motivering van het afwijkend regime voor verzekeringsdiensten. 352
3/ Lagere beschermingsgraad ten opzichte van het optierecht in de Genderrichtlijn 354
4. Discriminatie op basis van andere gronden 357
B. Rechtvaardiging van indirecte discriminatie 358
1. Legitimiteit van het doel en economische en budgettaire overwegingen 360
2. Geschiktheid van de middelen 363
3. Noodzakelijkheid van de middelen 364
C. Besluit: overzicht van het gedifferentieerd rechtvaardigingssyteem 366
§ 3. Alternatief: eenvormig rechtvaardigingssysteem 370
A. Canada: van bifurcated test naar Unified approach 370
1. De Bona Fide Occupational Requirement –test voor directe discriminatie 371
2. Reasonable en bona fide grounds -test in verzekering 373
(a) Formulering van de rechtvaardigingstoets in de Provincial Codes 374
(b) Interpretatie van de rechtvaardigingstoets in de Zurich-case: herformulering van de BFOR-test naar verzekeringsrelaties 377
(i) De uitspraken in de lagere rechtbanken 377
(ii) De meerderheidsuitspraak van het Supreme Court 378
(iii) De dissenting opinions en hun belang: naar een uniforme, niet-sectorgebonden beoordeling 381
1/ *Dissenting Opinion* van L’HEUREUX-DUBÉ 381
2/ Dissenting Opinion van MCLACHLIN 383
3/ Nood aan een uniforme beoordeling en belang van alternatieve segmentatiemethodes. 385
3. Introductie van het “*reasonable accommodation*”-criterium in de rechtvaardigingstoets voor indirecte discriminatie 386
4. De Unified approach: Meiorin en Grismer-doctrine 390
(a) Afstand van de “bifurcated approach” 390
(b) Meiorin: formulering van een nieuwe “unified approach” 391
(i) De aanloop: opheffen van het onderscheid directe en indirecte discriminatie 391

(ii) De fomulering van een eenvormige toets voor directe en indirecte discriminatie 393
(iii) Evaluatie 394
(iv) Vergelijking met de open rechtvaardigingsformule uit de artikel 19-Richtlijnen 396
(c) Grismer: toepassing van de unified approach buiten arbeidsrelaties 398
5. Conclusies: Mogelijke gevolgen van de “unified approach” voor verzekeringsrelaties 402
(a) Vertaling van Meiorin en Grismer naar verzekeringsrelaties 402
(i) Drie-stapsbeoordeling 403
(ii) Afhankelijkheid van de tekst van de Human Rights Codes. 404
(b) Verhoogde bewijsstandaarden voor de verzekeraar 407
(c) Geïndividualiseerde risicobeoordeling. 409
(d) Kostenargumenten en ”the size of the enterprise” 411
6. Tussenbesluit 413
B. Zuid-Afrika: “Fairness”-beoordeling in de Promotion of Equality and Prevention of Unfair discrimination Act (*PEPUDA*) 414
1. Gelijke rechtvaardigbaarheid van directe en indirecte discriminatie 414
2. “Fairness” en “unfairness” van de discriminerende maatregel 415
3. Inhoudelijke bespreking van de rechtvaardigingstoets en toepassingsmogelijkheden in verzekering 417
(a) affirmative action 418
(b) context 420
(c) impact en rechtvaardiging sensu stricto 422
(i) Impact op de eisende partij 423
(ii) Rechtvaardiging sensu stricto 426
1/ Legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid 426
2/ Redelijke aanpassingen 431
(d) objectieve en redelijke rechtvaardiging “intrinsic to the activity concerned” 435
§ 4. Besluit bij deze afdeling 439
Afdeling 6. Verplichting tot redelijke aanpassingen in Europese context 443
§ 1. Achtergrond en betekenis van het concept redelijke aanpassingen 444
§ 2. Het onderscheid met positieve discriminatie 446
§ 3. De bijzondere Europese formulering van de verplichting tot redelijke aanpassingen 449
A. Promotor van positieve actie 450
B. De evenredigheidsbeperking van de plicht tot aanpassingen 452
C. Het weigeren van aanpassingen als vorm van indirecte of directe discriminatie 456
1. Verhouding met het verbod van indirecte discriminatie 458
2. Verhouding met het verbod van directe discriminatie 461
(a) geen rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie op grond van handicap 462
(b) Niet-gehandicapt zijn als wezenlijke en bepalende beroepsvereiste 462
(c) Handicap als essentiële factor in de risicobeoordeling 463
D. Bijkomende formulering t.a.v. het beleid van de lidstaten 464

E. Uitbreidbaarheid van de plicht tot redelijke aanpassingen tot andere discriminatiegronden 468
F. Naar een geïntegreerde benadering van redelijke aanpassingen en de rechtvaardiging van discriminatie 473
§ 4. Besluit bij deze afdeling 474
Afdeling 7. Besluit bij dit hoofdstuk 477
Hoofdstuk III. De imperatief van de juridische gelijke behandelingsnorm vs. de logica van de Verzekeringstechniek 481
Afdeling 1. Verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en de contract- en tariferingsvrijheid van de verzekeraar 485
§ 1. Contractvrijheid 485
§ 2. Vrijheid van tarief in een competitieve verzekeringsmarkt 488
Afdeling 2. Een tegengestelde visie op gelijkheid 495
§ 1. De invloed van de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court 495
§ 2. Verzekeringstechnische groepsbenadering 499
§ 3. Individualistische mensenrechtenbenadering 502
§ 4. groeps- en individuele benadering van gelijkheid als verklaring van het conflict tussen actuariële fairness en het juridisch gelijkheidsbeginsel 503
Afdeling 3. Overbruggingsmogelijkheid 507

DEEL III. Verzoening tussen maximale bescherming tegen discriminatie en de verzekeringslogica (in een Europees-nationaal kader) 509

Hoofdstuk I. Toetsingsingang 511

Afdeling 1. Causaliteit tussen beschermd kenmerk en bestreden handeling 513

§ 1. Aantonen van causaliteit 513

A. “Patroonmethode” in verzekeringsrelaties 514

B. *But for*-analyse in verzekeringsrelaties 514

§ 2. Weerleggen van causaliteit 518

A. Segmentatie is geheel terug te voeren op andere redenen 519

B. Mixed-ground decisions: segmentatie is voor een gedeelte terug te voeren op andere redenen 521

C. Weerlegging van het causaal verband aan de hand van “verhoogd risico” 523

§ 3. Evaluatie: Causaliteitsbeoordeling als plaats voor belangenafweging 526

Afdeling 2. Vaststellen van vergelijkbaarheid 529

§ 1. Functie van het vergelijkbaarheidsoordeel in verzekeringsrelaties. 529

§ 2. Het belang van een relevante vergelijkingsmaatstaf 530

A. Het verschil in risico als vergelijkingsmaatstaf 531

B. “Beïnvloedbaarheid” van het risico als vergelijkingsmaatstaf. 533

C. “Reserveopbouw-termijn” als vergelijkingsmaatstaf 534

D. (Wettelijke) toegang tot de verzekerde activiteit als vergelijkingsmaatstaf 535

§ 3. Evaluatie: vergelijkbaarheidsoordeel als plaats voor belangenafweging 536

Hoofdstuk II. Rechtvaardiging van onderscheid in verzekering 539

Afdeling 1. Legitieme doelstelling 543

§ 1. Vaststelling van legitimiteit aan de hand van wettelijke bepalingen 545

A. Controlewetgeving 545

B. De Wet op de Landverzekeringsovereenkomst 548

1. Leeftijd 548

2. Gezondheidstoestand 550

C. Evaluatie 551

§ 2. Een zo correct mogelijke risico-inschatting 552

§ 3. Gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille 555

§ 4. Anti-selectie en moral-hazard 558

§ 5. Verhouding legitimiteitscontrole en geschiktheid en noodzakelijkheid 562

Afdeling 2. Geschiktheid 563

§ 1. Impact op het risico 563

§ 2. Statistiek, statistische correlatie en causaliteit 564

§ 3. Pertinentiebeoordeling respecteert classificatie *an sich* 567

§ 4. Gelijke spreiding van de kost van inaccurate classificatie 569

§ 5. Gelijke spreiding van stijgende schadekost 570

§ 6. Verhouding met noodzakelijkheid. 572

Afdeling 3. Noodzakelijkheid 573

§ 1. Inhoudelijke uitwerking van de noodzakelijkheidstoets in verzekeringsrelaties 574

A. Hof van Justitie en Lindorfer 575

B. Belgische invulling: vergelijkende doeltreffendheid en strikte evenredigheid 575

C. Ter verdere inspiratie: noodzakelijkheidsbeoordeling in Zuid-Afrika en Canada 578

1. PEPUDA: minder belemmerende maatregelen en evenredigheid 578

2. Zurich-case: zoektocht naar “Reasonable alternatives” 580

3. Undue hardship en zijn vertaling naar verzekeringsrelaties 583

§ 2. Redelijkheidsbeoordeling van alternatieve maatregelen 585

A. Integratie van de verschillende toetsingselementen 585

B. Individuele risico-beoordeling. 586

C. Alternatieve risico-factoren 588

1. Algemeen 588

2. Benadeling voor de andere verzekerden? 589

3. Het alternatief van beïnvloedbare risico-factoren. 590

4. Het gebruik van *Mileage* en *PAYD*-systemen 592

5. *A posteriori* personalisatie van het risico. 594

D. Alternatieve en evenredige segmentatievormen. 595

§ 3. Strikte evenredigheid: verdere afweging van fundamentele belangen. 598

§ 4. Evaluatie 602

Slotbeschouwing 603

GECITEERDE RECHTSPRAAK 615

BIBLIOGRAFIE 633

AFKORTINGEN 661

INLEIDING: PROBLEEMSTELLING, OPBOUW EN METHODE VAN HET ONDERZOEK

A. Probleemstelling

1. **Grenzen aan de segmenteringsvrijheid.** Centraal in dit onderzoek staat de vraag naar de grenzen van de vrijheid van de verzekeraar bij het segmenteren, *i.e.* het differentiëren en ook het selecteren van risico's. Bij het segmenteren streeft de verzekeraar er naar de te verzekeren risico's in te delen in homogene risicogroepen. Op basis daarvan zal hij bepalen tegen welke premie en onder welke contractsvoorwaarden de verschillende verzekeringnemers zullen worden verzekerd en zal hij beoordelen welke risico's al dan niet in portefeuille gewenst zijn.[1] Alhoewel het maken van onderscheid tussen de ene en andere persoon zodoende in de verzekeringspraktijk gebruikelijk is, zelfs essentieel, en zich ent aan de contractsvrijheid[2], kan de onderscheiden behandeling tussen categorieën van verzekerden leiden tot uitsluiting en bemoeilijking van de toegang tot verzekering.[3] Bovendien bestaat het gevaar van inadequaete classificatie die leidt tot onjuiste tarifering.[4]

2. **Toenemende concurrentie.** Waar de aldus door classificatie of selectie opgeroepen problemen inherent zijn verbonden aan de courante verzekeringspraktijk, worden zij vandaag echter verscherpt en gejuridiseerd door de toenemende concurrentie onder invloed van de Europese interne markt.[5] In een competitieve verzekeringsmarkt wordt de verzekeraar verplicht om verhoogde aandacht te geven aan de selectie van de risico's die hij wil verzekeren[6] alsmede aan de risicoclassificatie en premiedifferentiatie[7].[8] De verscherpte segmentering in de verzekeringspraktijk verhoogt bijgevolg het gesignaliseerde gevaar van uitsluiting en indadequate tarifering.

---

[1] J.H. WANSINK, *Acceptatie en naselectie bij verzekering*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, 4.

[2] Zie H. COUSY, "De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering" in E. DIRIX, P. SENAEVE, W. PINTENS e.a. (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots* , Antwerpen, Kluwer, 2002, nr. 3. COUSY herinnert eraan dat het behoort tot de technische grondslagen van de verzekeringsverrichting dat de verzekeraar in zijn polis omschrijft *wat* het risico is waarvoor hij dekking kan verlenen, te selecteren *welke* risico's hij bereid is dekking te verlenen en te bepalen tegen welke voorwaarden hij dat zal doen.

[3] B.J. GLENN, "The shifting rhetoric of insurance denial", *Law & Society Review* 2000, afl. 3, 780.

[4] K. S. ABRAHAM, "Efficiency and fairness in insurance risk classification", *Virginia Law Review* 1985, afl. 71, 429.

[5] H. COUSY, "Over ethiek en verzekeringen: ter oriëntatie", in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 33.

[6] Zowel bij het '*onderschrijven*' van de risico's, als bij de *opzegging* van lopende contracten, met name na schadegeval.

[7] Zowel bij de *ex ante* indeling in risicocategorieën als bij de *ex post* aanpassing van het premietarief en andere voorwaarden, zoals in een bonus-malusstelsel.

[8] H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile" in B. DEFFAINS (ed.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque Nancy, 28 et 29 juin 2000*, Parijs, Editions Cujas, 2002, nr. 1.

3. **Horizontalisering van het gelijkheidsbeginsel.** Opvallend is nu dat, waar aldus een aantal problemen ontstaan die verband houden met een steeds verdergaande segmentatie, zich tegelijk aan de andere kant een ontwikkeling voordoet die erop is gericht grenzen te stellen aan deze segmentatie: bedoeld wordt de duidelijke tendens in wetgeving en rechtspraak om het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie te profileren en te horizontaliseren.[9] Het recht op gelijke behandeling vormt een grondrecht waarop niet alleen meer beroep wordt gedaan door de rechtsonderhorige tegenover de souveine staat, maar dat eveneens wordt aangewend in de horizontale relatie tussen rechtsonderhorigen onderling.[10] Aan de bescherming ervan op dit horizontaal niveau, wordt vandaag minstens even hoge prioriteit gegeven als aan de werking van de interne markt.[11]

4. **Delicate toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties.** De mogelijke gevolgen van een horizontaal toepasselijk discriminatieverbod in verzekeringsrelaties werden in België voor het eerst beschreven naar aanleiding van de werkzaamheden van de Commissie voor Verzekeringen. In een rapport dat werd geschreven door de onder impuls van Professor COUSY[12] opgerichte "*Werkgroep segmentering*" binnen de Belgische Commissie voor Verzekeringen, werd reeds in 1995 gesuggereerd dat men bij een op verzekeringen toegespitste vertaling van het verbod op discriminatie, "met omzichtigheid te werk zou moeten gaan".[13] De toepasselijkheid van anti-discriminatieregels in horizontale relaties, waarbij in het leveren van goederen en diensten beperkingen worden opgelegd aan het gebruik van bepaalde persoonskenmerken, wordt in verzekeringsrelaties immers bijzonder scherp aangevoeld. De verdere aanwending van veel gebruikte segmentatiefactoren zoals geslacht, leeftijd of handicap komt door de horizontale toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de helling te staan. Zowel voor de verzekeringnemer als voor de verzekeraar zal het van het grootste belang zijn te weten of er nog gebruik kan worden gemaakt van dergelijke factoren, en zo ja, onder welke voorwaarden. Bedoeling van het hier gevoerde onderzoek is te komen tot het formuleren van de krijtlijnen van een coherente theorie in de delicate toepassing van het gelijkheidsbeginsel op private verzekeringsrelaties.

5. **Actuariële fairness.** Daar de verzekeringssector een private sector is, die slechts kan bestaan indien ze economisch rendabel is, zal in de theorievorming met betrekking tot de toepassing van het juridisch gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties steeds rekening moeten worden gehouden met de

---

[9] H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances" in X (ed.), *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il Diritto Civile Tra Principi E Regole*, Milaan, Giuffrè Editore, 2008, nr. 14.

[10] J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen", in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 295; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2009, 85.

[11] Zie bv. M. BELL, Anti-discrimination law and the European Union, Oxford, Oxford University Press, 2002, 82.

[12] Destijds Voorzitter van de Commissie voor Verzekeringen.

[13] N. DE PRIL en J. DHAENE, "Commissie voor verzekeringen - Rapport van de werkgroep segmentering" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 145.

specifieke eigenheid van verzekeringsrelaties. De verzekeraar zal, om tegemoet te komen aan zijn markteconomische objectieven, er steeds naar streven om gelijke of vergelijkbare risico's te verenigen binnen een zelfde risico-pool.[14] Zijn beleid is erop gericht om een zo groot mogelijke mate van homogeniteit te behouden van de binnen een pool gegroepeerde risico's. Goede en minder goede risico's worden op die manier uit elkaar gehouden en geconfronteerd met aparte contractvoorwaarden. Voor het bepalen van wat kan worden beschouwd als een goed en een minder goed risico, doet de verzekeraar beroep op ervaringsgegevens en actuariële berekeningen die de kans bloot leggen dat de verzekerde persoon zal worden geconfronteerd met een schadegeval. Men zou hier kunnen spreken van het streven van de verzekeraar naar *actuariële fairness* oftewel het idee dat voor vergelijkbare risico's steeds gelijke contractvoorwaarden moeten gelden, terwijl onvergelijkbare risico's ook worden verzekerd tegen verschillende contractvoorwaarden.[15]

6. **Opvulling van het juridisch gelijkheidsbeginsel.** Ook het juridisch gelijkheidsbeginsel wordt traditioneel geconcipieerd als het streven van een gelijke behandeling van gelijke of vergelijkbare gevallen en een ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen. Het betreft een invulling die gemeen bekend staat als de zogenaamde Aristotelische gelijkheidsformule.[16] In de literatuur wordt deze formule *an sich* echter gelijkgesteld met een lege huls: zij geeft geenszins aan wanneer er sprake is van vergelijkbaarheid en evenmin maakt zij duidelijk of vergelijkbare gevallen even goed of even slecht moeten worden behandeld.[17] Het juridisch gelijkheidsbeginsel is in de verschillende rechtsstselsels dan ook verder opgevuld door middel van wetgevende bepalingen en rechterlijke uitspraken. Deze invulling geeft o.m. antwoorden op de vraag op basis van welke discriminatiegronden het verboden is om onderscheid te maken, vanaf wanneer er sprake is van onderscheid of benadeling *op grond* van een beschermde discriminatiegrond, aan de hand van welke criteria er kan worden besloten tot vergelijkbaarheid van de onderscheiden situaties en onder welke voorwaarden onderscheid gerechtvaardigd kan worden.[18]

7. **Verzekeringsgroepstraditie en individualistische mensenrechtentraditie.** Een belangrijk basisinzicht dat het onderzoek wil aanbrengen is dat de spanning tussen de verhoogde competitiviteit in de verzekeringsmarkt en de horizontalisering van het discriminatieverbod, in feite wordt veroorzaakt door een verschillende kijk op vergelijkbaarheid en zo men wil rechtvaardigheid.[19] Er is sprake van een

---

[14] M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006, 17; C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux - 49, Brussel, De Boeck & Larcier, 2005, 20.

[15] Zie voor deze terminologie o.a. D.E. PALMER, "Insurance, risk assessment and fairness: an ethical analysis" in P. FLANAGAN, P. PRIMAUX en W. FERGUSON (eds.), *Insurance ethics for a more ethical world*, Research in ethical issues in organizations, Vol. 7, Oxford, Elsevier, 2007, 117; N. DANIELS, "Insurability and the hiv epidemic: ethical issues in underwriting", *The Milbank Quarterly* 1990, afl. 4, 501-503; K.A. CLIFFORD en R.P. IUCULANO, "Aids and insurance: the rationale for aids-related testing", *Harvard Law Review* 1986-1987, afl. 7, 1808.

[16] P. WESTEN, "The empty idea of equality", *Harvard Law Review* Januari 1982, afl. 95, 543, met verwijzing naar ARISTOTELES, "Ethica Nicomachea", V.3.1131a6-1131b2 en ARISTOTELES, "Metaphysica", I.5.1055b-1056b.

[17] J. H. ELY, *Democracy and Distrust - a theory of judicial review*, Cambridge - Massachusets, Harvard University Press, 1980, 32.

[18] Cf. *infra* nr. 329 e.v.

[19] Cf. *infra* nr. 769 e.v.

botsing tussen twee grote tradities. Enerzijds is er wat men de “verzekeringseconomische groepstraditie” kan noemen, die het recht niet gediscrimineerd te worden benadert in termen van het individu *als lid van een bepaalde groep* en die wordt gesteund op de eigenheden van de verzekeringstechniek. Anderzijds vindt men de individualistische mensenrechtentraditie, die het recht niet gediscrimineerd te worden benadert in termen van *individuen*. Voor het onderscheid tussen deze twee tradities[20] kan worden teruggegrepen naar de scherp gevoerde discussie die in de Amerikaanse rechtsliteratuur werd gevoerd naar aanleiding van de arresten *Manhart*[21] en *Norris*[22] voor het Amerikaanse Supreme Court.[23] In Europa was het Advocaat-Generaal VAN GERVEN die van dit onderscheid gebruik maakte in zijn conclusie bij de zaken *Neath* en *Coloroll* (een geschil omtrent geslachtsdiscriminatie inzake aanvullende sociale voorzieningen).[24] VAN GERVEN volgde het standpunt van de Europese Commissie dat erop neerkwam dat het recht op gelijke beloning (en het daarvan afgeleide recht op gelijke premies en bijdragen in aanvullende sociale pensioenvoorzieningen)[25] een individueel recht was en de ermee overeenkomende aanspraken niet konden worden vastgesteld op grond van lidmaatschap van een bepaalde (geslachts)groep.[26] In het onderzoek wordt er van uitgegaan dat een mogelijke overbrugging tussen de genoemde individualistisch- en groepsgerichte tradities kan worden bereikt door evenwichtige en meer neutrale opvullingen van het gelijkheidsbeginsel, waarbij bepaalde argumenten omtrent de noodzaak van financieel evenwicht en economische efficiëntie niet per definitie worden geweerd.

8. **De rol van economische efficiëntie in de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.** Bij het onderzoek naar de mogelijke opvullingen van het gelijkheidsbeginsel, zal het van belang zijn zoveel mogelijk te focussen op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in *horizontale relaties*. Dat wil niet zeggen dat de manier waarop het gelijkheidsbeginsel heeft vorm gekregen in *verticale relaties* (tussen overheid en haar rechtsonderhorigen) daarom geen bron van inspiratie kan zijn. Toch zal steeds rekening moeten worden gehouden met het feit dat de overheid principieel handelt in het kader van het belang

---

[20] Zie voor een eerste uitwerking van dit onderscheid in de Europese context van private verzekeringen, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Proposal for a Directive on sex discrimination: civil rights "individualistic" tradition vs. insurance "group" tradition", *Euredia* 2003, afl. 4, 591-599.

[21] United States Supreme Court 25 april 1978, *Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart,* 435 *U.S.* 702.

[22] United States Supreme Court 6 juli 1983, Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris, 463 U.S. 1073.

[23] Zie o.m. L. BRILMAYER, R.W. HEKELER, D. LAYCOCK, e.a., "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *University of Chicago Law Review* 1980, afl. 47, 505-560; G. BENSTON, “Discrimination and economic efficiency in emplyee fringe benefits: a clarification of issues and a response to professors Brilmayer, Laycock and Sullivan", *The University of Chicago Law Review* 1983, 250-279.

[24] zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 35.

[25] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group,* 262/88, *Jur.* 1990, I-1889, ov. 27-28. Cf. *infra* nr. 64.

[26] N. BURROW en R. GREAVES, “Walter Van Gerven and the principle of equal treatment of men and women" in N. BURROWS en R. GREAVES (eds.), *The Advocate General and EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 119-120.

van eenieder. De door haar nagestreefde objectieven zullen verschillen van de objectieven die door private marktspelers, worden nagestreefd.

> *"Het doel dat de particulier met zijn ongelijke behandeling nastreeft," zo schrijft VELAERS, "is niet noodzakelijkerwijze een doel van algemeen belang, doch kan – en zal wellicht vaker ook – een doel van eigenbelang zijn."*[27]

Ook een verzekeringsmaatschappij handelt niet in de eerste plaats in het kader van het algemeen belang, maar eerder in het kader van een welgemeend eigenbelang (aandeelhoudersbelang) om winst te genereren. Op hen rust zelfs de verplichting het evenwicht en de veiligheid van de verrichtingen niet in gevaar te brengen en de billijkheid onder de verschillende categorieën van verzekerden te eerbiedigen.[28] De door de verzekeraar nagestreefde doelstelling zal er in de eerste plaats dan ook één zijn van economische rendabiliteit, die wordt mogelijk gemaakt door een zo efficiënt mogelijk segmenteringsbeleid. In dit onderzoek geldt bijgevolg een belangrijke onderzoeksvraag die als een rode draad zal moeten worden aangehouden:

> *In welke mate kunnen overwegingen van economische efficiëntie een plaats krijgen in de toetsing van het streven naar actuariële fairness aan het juridisch gelijkheidsbeginsel?*

De genoemde onderzoeksvraag is van belang, daar het antwoord erop bepalend zal zijn voor de mate waarin er een *overbrugging* kan plaatsvinden tussen een in termen van concurrentie noodzakelijk te voeren segmentering van risico's en de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel.

B. Opbouw en methode van het onderzoek

Deel I. Europees-nationaal referentiekader

9. **Europees-nationaal referentiekader**. Zoals hierboven is toegelicht bestaat het opzet van dit onderzoek erin een juridisch toetsingsschema te formuleren dat kan worden aangewend om de overeenstemming te beoordelen van het differentiatiebeleid van de verzekeraar met het juridisch gelijkheidsbeginsel. Het is van belang te benadrukken dat de formulering van een dergelijk toetsingsschema afhankelijk is van de juridische context waarbinnen het kan worden gebruikt. Het gekozen referentiekader waarbinnen de in dit proefschrift voorgestelde oplossingen zullen fungeren is in de eerste plaats bepaald door het recht van de Europese Unie, zoals dat verder vorm heeft gekregen in het Belgisch anti-discriminatierecht. In een eerste deel zal dan ook aandacht worden besteed aan de nadere omschrijving van deze Europees-nationale omkadering.

---

[27] J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen, *l.c.*, 307.

[28] C .VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn/ Louvan-La-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant, 2007, 185.

10. **Van marktrecht naar burgerrecht.** In de omschrijving van het gelijkheidsbeginsel zoals het binnen het recht van de Europese Unie heeft vorm gekregen, wordt uitgegaan van het recht op gelijke behandeling als een oorspronkelijk marktrecht ter bevordering van de Europese economische integratie naar een horizontaal werkend burgerrecht.[29] Deze evolutie wordt kort toegelicht in een eerste hoofdstuk.

11. **Verdragsrechtelijk beschermd discriminatieverbod.** De evolutie van het gelijkheidsbeginsel als marktintegratiefactor naar Europeesrechtelijk beschermd burgerrecht zal in een tweede hoofdstuk worden geïllustreerd aan de hand van de in het oorspronkelijk E.G.-Verdrag[30] gecodificeerde verbod van nationaliteitsdiscriminatie en het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen. Deze regels zijn neergelegd in artikel 12 en artikel 141 van het E.G.-Verdrag en werden na het Verdrag van Lissabon[31] terug opgenomen in artikel 18 en 157 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie[32].[33]

Doorheen de rechtspraak van het Hof van Justitie is duidelijk geworden dat de verdragsrechtelijke verboden van nationaliteitsdiscriminatie en geslachtsdiscriminatie rechtstreeks in te roepen zijn door de rechtsonderhorigen binnen de Europese Unie (directe werking), niet alleen tegenover de overheid, maar ook ten opzichte van andere rechtsonderhorigen (horizontale werking). In de rechtspraak van het Hof zijn eveneens vroege voorbeelden bekend met betrekking tot de toepassing van deze discriminatieverboden in de verzekeringssfeer. Met betrekking tot het nationaliteitsdiscriminatieverbod wordt een geval beschreven waarbij het Hof diende te oordelen omtrent het recht op vrij verkeer zonder onderscheid op grond van nationaliteit in de Duitse B.A.-verzekering motorrijtuigen.[34] Met betrekking tot het geslachtsdiscriminatieverbod zal worden ingegaan op de zogenaamde *Barber*-rechtspraak van het Hof van Justitie.[35] Deze rechtspraak heeft het recht op gelijke bijdragen en uitkeringen voor mannen en vrouwen in de aanvullende pensioenvoorzieningen definitief onder het verdragsrechtelijk beginsel van gelijke beloning gebracht.[36] De rechtspraak omtrent de toepassing van

---

[29] Zie over deze evolutie o.m. G. MORE, The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?" in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 517-553; W. VAN GERVEN, Politics, ethics and the law - Legal practice & Scholarship", *www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm*, 17.

[30] Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna het E.G.-Verdrag"). Voor het E.G.-Verdrag wordt verder verwezen naar de geconsolideerde versie van 2006, *Pb. C.* 29 december 2006, afl. 321E, 37.

[31] Verdrag van 13 december 2007 tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb. C* 17 december 2007, afl. 306, 1 (hierna het "Verdrag van Lissabon").

[32] Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, *Pb. C.* 30 maart 2010, afl. 83, 47 (hierna het "Werkingsverdrag"), in de geconsolideerde versie.

[33] Zie artikel 12 en artikel 141 van het E.G.-Verdrag en de overeenstemmende nieuwe artikelen 18 en 157 van het Werkingsverdrag.

[34] H.v.J. 13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277.

[35] H.v.J. 17 mei 1990, Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group, 262/88, *Jur.* 1990, 1889.

[36] N. BURROW en R. GREAVES, *l.c.*, 106.

het gelijkebehandelingsprincipe in aanvullende pensioenen heeft het Hof (of minstens haar Advocaat-Generaal) eveneens de gelegenheid gegeven om zich uit te spreken omtrent de toelaatbaarheid van actuariële berekeningselemenenten die afhangen van de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen.[37] Daar dit verschil in levensverwachting in heel wat verzekeringscontracten aanleiding geeft tot ongelijke premies en prestaties voor mannen en vrouwen, kunnen de genoemde verkenningen van het Hof van Justitie een eerste grondslag bieden voor de ontwikkeling van een toetsingsschema voor de toepassing van het discriminatieverbod in verzekeringsrelaties.

12. **Recente impuls van de gemeenschapswetgever.** Na de beschrijving van de verdragsrechtelijke discriminatieverboden zal in een derde hoofdstuk worden ingegaan op de verdere horizontalisering die het gelijkheidsbeginsel heeft gekend in het lidstatelijke recht, naar aanleiding van het door het Verdrag van Amsterdam van 1997[38] ingevoerde artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 van het Werkingsverdrag). Met dit artikel werd aan de Europese wetgever de bevoegdheid gegeven tot het nemen van passende maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De op basis van dit artikel uitgevaardigde Europese richtlijnen hebben aanleiding gegeven tot een min of meer geharmoniseerd geheel van discriminatieregels in het lidstatelijke recht die toepasselijk zijn op particuliere relaties. Na een korte beschrijving van de door artikel 19 van het Werkingsverdrag beschermde discriminatiegronden, waarbij het meeste aandacht zal worden besteed aan de interpretatie van het begrip handicap, zal de relevantie van deze “artikel 19-Richtlijnen” voor verzekeringsrelaties worden toegelicht. Ook zal worden nagegaan welke gevolgen de relaties tussen particulieren ondervinden van het het beginsel van voorrang van de genoemde richtlijnen op het nationale recht.

13. **Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie.** Na in een vierde hoofdstuk de opname te hebben geschetst van het gelijkheidsbeginsel in het in 2000 in Nice afgekondigde Handvest van de Grondrechten, zal in een voorlaatste hoofdstuk de betekenis worden nagegaan van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie als algemeen beginsel van het recht van de Unie. Hierbij wordt verhoogde aandacht besteed aan de functie die dit beginsel kan spelen in de relaties tussen rechtsonderhorigen. Een onderscheid zal worden gemaakt tussen domeinen waar de Europese wetgever op grond van artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) reeds richtlijnen heeft aangenomen (belang van een gemeenschapsrechtelijk kader) en domeinen waar hij dit nog niet heeft gedaan (bestaan van een autonoom regelgevende functie).

14. **Evolutie van de Belgische anti-discriminatiewetgeving.** In een laatste hoofdstuk zal tenslotte aan de hand van een historische beschrijving van de belangrijkste wetgevende instrumenten, een korte

---

[37] Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/ Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/ Collo*, C-110/91, *Neath/ Steeper,* C-152/91, *Coloroll Pension Trustees/ James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879.

[38] Verdrag van 2 oktober 1997 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, *Pb. C* 10 november 1997, afl. 340, 1 (hierna “het Verdrag van Amsterdam”).

analyse worden gemaakt van de Belgische horizontaal-toepasselijke gelijkebehandelingswetgeving. Daarbij wordt aandacht besteed aan het totstandkomingsproces van deze wetgeving, de afdwingbaarheid ervan en de vragen die reeds gerezen zijn naar de overeenstemming van deze antidiscriminatiewetgeving met de Belgische grondwet en met het gelijkheidsbeginsel als beginsel van het recht van de Europese Unie.

Deel II. Spanningsveld: de concurrentiële verzekeringsmarkt en het juridisch gelijkheidsbeginsel

15. **Spanningsveld.** In een tweede gedeelte zal het concrete spanningsveld worden omschreven tussen de concurrentiële verzekeringsmarkt en het juridisch gelijheidsbeginsel. De eerste twee hoofdstukken binnen dit deel zijn ruim opgevat en beogen concrete bouwstenen aan te leveren voor de theorievorming omtrent de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties. Daarbij wordt in een eerste hoofstuk gefocust op de inhoudelijke invulling die de begrippen solidariteit, gelijkheid en onderscheid spelen in verzekeringsrelaties. Deze begrippen worden ontleed vanuit een verzekeringstechnisch perspectief. In een tweede hoofdstuk wordt op zoek gegaan naar de wijze waarop in de verschillende rechtsstelsels door een ruime interpretatie van het discriminatieverbod is gezocht naar een maximale bescherming van het beginsel van gelijke behandeling in horizontale relaties. In een derde hoofdstuk wordt de economische eigenheid van de concurrentiële verzekeringsmarkt in confrontatie gebracht met de juridische invulling van het gelijkheidsbeginsel. In dit laatste hoofdstuk worden de mogelijke hinderpalen beschreven met betrekking tot een dergelijke confrontatie. Eveneens wordt getracht een verklaring te formuleren voor het spanningsveld tussen de concurrentiële verzekeringsmarkt en het juridisch gelijkheidsbeginsel, die tegelijk de aanzet kan geven tot een mogelijke overbrugging.

(a) Solidariteit, gelijkheid en differentiatie in verzekering

16. **Kritisch begrip.** In het eerste hoofdstuk van deel II zal een analyse worden gemaakt van een aantal cruciale begrippen uit de verzekeringstechniek, beschreven vanuit de verzekeringseigen invulling van de concepten solidariteit, gelijkheid en differentiatie. Een kritisch begrip van de in dit eerste hoofdstuk bestudeerde fenomenen zal cruciaal zijn voor de latere formulering en beoordeling van argumenten van economische efficiëntie in de toetsing van de segmentatiepraktijk aan het juridisch gelijkheidsbeginsel.

17. **Kanssolidariteit en subsidiërende solidariteit.** Aandacht zal worden besteed aan het feit dat de verzekeraar in principe streeft naar solidariteit tussen personen met gelijk ingeschatte risico's, die de pech of het geluk hebben om wel of niet geconfronteerd te worden met een schadegeval. Deze zogenaamde *kanssolidariteit* zal worden vergeleken met een ander soort solidariteit die de verzekeraar

in principe tracht te vermijden. Bedoeld wordt de zogenaamde *subsidiërende solidariteit* tussen personen waarvan *a priori* vastligt dat zij aan een verschillend risico zijn blootgesteld.[39]

18. **Actuariële fairness.** Het nastreven van kanssolidariteit en het vermijden van subsidiërende solidariteit zal vervolgens worden gekoppeld aan het hierboven reeds aangestipte streven naar *acturariële fairness*, dat erin bestaat om vergelijkbare risico's zo veel als mogelijk binnen dezelfde verzekeringspool te groeperen. In het bijzonder wordt onderzoek gedaan naar de economische motieven die aan de basis liggen van een dergelijk groeperingsbeleid. Bedoeld wordt de in de verzekeringseconomie bestudeerde gevaren van *anti-selectie* en *moral hazard* die, indien zij niet zouden worden bestreden via een efficiënt gevoerd differentiatiebeleid, de verzekeringsactiviteit onmogelijk zouden maken.[40] De genoemde gevaren zullen op voldoende kritische wijze worden benaderd. Zo zal aandacht worden besteed aan de vraag of zij bv. afhankelijk zijn van de concrete marktcontext. Ook zal rekening worden gehouden met het feit dat de keuze van de verzekeraar voor bepaalde risico-factoren niet altijd gedicteerd wordt door actuariële wetmatigheden, maar tevens kan worden ingegeven door administratief gemak, publicitaire belangen of misschien zelfs het rechtvaardigheidsgevoel van de consument.

19. **Noodzaak aan segmentering.** Tenslotte wordt ingezoomd op de verzekeringstechnische noodzaak aan segmentering, zoals die voortvloeit uit het streven naar actuariële fairness. Daarbij zal eveneens een beoordeling worden gemaakt van enkele courant geformuleerde kritieken die op bepaalde vormen van verzekeringssegmentatie worden geleverd. Aandacht wordt besteed aan het feit dat bepaalde risico-factoren ertoe leiden dat de indeling in risico-groepen te weinig homogeen is. Ook wordt een beoordeling gemaakt van de kritiek dat bepaalde risico-factoren niet geschikt zouden zijn omdat verzekerden er geen controle over zouden hebben of dat zij niet in een zogenaamd causale relatie zouden staan met het te verzekeren risico.

(b) Grenzen aan het juridisch gelijkheidsbeginsel: zoektocht naar maximale bescherming tegen discriminatie

20. **Invulling van het juridisch gelijkheidsbeginsel. Wat is discriminatie?** Het tweede hoofdstuk betreft een overzicht van de verschillende invullingsmogelijkheden van het juridisch gelijkheidsbeginsel, zoals die in een aantal onderscheiden rechtsstelsels worden begrepen. Uitgangspunt is de werking van het horizontaal toepasselijk gelijkheidsbeginsel zoals dat vorm heeft gekregen in het in deel I geschetste Europees-nationale referentiekader. Doorheen dit hoofdstuk zal duidelijk worden onder welke voorwaarden kan worden gesproken van een door het recht gesanctioneerde discriminatie. Con-

[39] De begrippen zijn afkomstig uit de actuariële wetenschap en werden voor het eerst beschreven door G. W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, "Rate making and society's sense of fairness", *Astin Bulletin* 1984, afl. 2, 155. Zij spreken over "probabilistic solidarity" (kanssolidariteit) en "actual solidarity" (subsidiërende solidariteit). Het onderscheid tussen kanssolidariteit en subsidiërende solidariteit werd later, omwille van haar verhelderend karakter, terug opgepikt door de Commissie voor Verzekering in het rapport van de hoger genoemde "Werkgroep Segmentering". Zie N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 150-151.

[40] Zie o.m. R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics, fifth ed.*, Boston, Pearson, 2008, 53-54.

creet wordt ingegaan op de vraag op grond van welke factoren het verboden kan zijn om te discrimineren en volgens welke voorwaarden men kan spreken van een benadeling op grond van dergelijke factoren en van vergelijkbaarheid van ongelijk behandelde gevallen. Ook wordt ingegaan op de relevantie van de intentie tot discriminatie, het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie en het afbrokkelend belang van dit onderscheid en de verplichting tot redelijke aanpassingen. Verhoogde aandacht gaat naar de rechtvaardiginsmogelijkheden voor discriminatie en de mogelijkheid van het betrekken van argumenten van economische efficiëntie in dit rechtvaardigingsschema.

21. **Functionele vergelijking met andere rechtsstelsels.** In dit tweede hoofdstuk wordt het Europees-nationaal referentiekader vergeleken met andere rechtsstelsels waarin om historische en/of maatschappelijke redenen een belangrijke expertise is opgebouwd omtrent de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties in het algemeen en in verzekeringsrelaties in het bijzonder. De rechtsvergelijkende methode wordt functioneel gehanteerd en niet structureel of dogmatisch.[41] Er wordt niet gekozen voor een exhaustieve beschrijving van het buitenlandse recht en de bestaande verschillen met het eigen nationale referentiekader. Eerder wordt getracht binnen de buitenlandse rechtsstelsels aanvullingen te vinden voor bestaande interpretatieproblemen binnen het eigen recht en waar mogelijk ook verbeteringen voor te stellen voor een meer efficiënte werking ervan. Uiteindelijk is het de bedoeling de problematiek van discriminatie en verzekering te benaderen op een niveau dat toelaat te komen tot *ius commune*-oplossingen, los van de beperkingen binnen de onderscheiden rechtstelsels.

In het onderzoek wordt voornamelijk gefocust op het Canadese en het Zuid-Afrikaanse recht. De studie van deze rechtssystemen wordt verantwoord vanuit de vaststelling dat zij een verhelderend inzicht bieden omtrent mogelijke interpretaties van het onderzochte Europees-nationale referentiekader (voor zover daar in de eigen wetgeving en rechtspraak nog geen concrete invulling aan is gegeven). De studie van de onderzochte buitenlandse rechtsbronnen legt daarenboven enkele van de zwakheden bloot die eigen zijn aan de Europese en Belgische invulling van het gelijkheidsbeginsel. In de Europese anti-discriminatierichtlijnen wordt bijvoorbeeld een onderscheid bewaard tussen directe en indirecte disriminatie, dat bijzondere consequenties heeft op het vlak van rechtvaardigbaarheid van discriminatie.

> *Directe discriminatie* doet zich volgens de artikel 19-Richtlijnen voor wanneer iemand op grond van één van de beschermde criteria ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.[42]

---

[41] W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1998, 85; G. BOURGEOIS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 13. Zie ook K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *An introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 1998, 34; J. CHURCH, C. SCHULZE en H. STRYDOM, *Human rights from a comparative and international law perspective*, Pretoria, Unisa Press, 2007, 39.

[42] Zie artikel 2, lid 2, a) van Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Pb. L 19 juli 2000, afl. 180, 22 (de zgn. "Rasrichtlijn"); artikel 2, lid 2, a) van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. L 2 december 2000, afl. 303, 16 (de

> Er is sprake van *indirecte discriminatie* wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen die drager zijn van een beschermd kenmerk bijzonder benadeelt, tenzij de bepaling, maatstaf of handelswijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.[43] Deze begrippen zullen in een later stadium uitgebreid worden toegelicht.[44]

Het door de artikel 19-Richtlijnen volgehouden onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie heeft niet meteen bijgedragen tot een uniform toepasbaar toetsingsschema voor de boordeling van vermeende vormen van discriminatie en werd in de onderzochte systemen ook reeds vroeg verlaten. Eén van de aspecten uit het Europees-nationale referentiekader die op de korrel zal worden genomen is precies het gebrek aan uniformiteit met betrekking tot de rechtvaardigingsmogelijkheden die de verzekeraar ter beschikking heeft om zijn differentiatiebeleid te kunnen verdedigen.

22. **Onderzoek naar Canadees recht.** Een eerste rechtsstelsel waartegen het Europees nationaal referentiekader wordt afgemeten is het Canadese. Deze keuze in verantwoord. Het Canadese antidiscriminatierecht, zoals het wordt toegepast in horizontale relaties, heeft wettelijk vorm gekregen in sterk vergelijkbare provinciale *Human Rights Codes*. De meeste van deze *Codes* bevatten bepalingen die een meer concrete invulling geven van de manier waarop het gelijkheidsbeginsel kan spelen in verzekeringsrelaties.[45] De eenvormige toepassing van deze *Codes* wordt bewaakt door het Canadees Hooggerechtshof. Dit Hooggerechtshof heeft in een aantal historische zaken, de kans gehad om zich ten gronde uit te spreken omtrent de overeenstemming tussen het gelijkheidsbeginsel en het differentiatiebeleid van de verzekeraar.[46] Het Canadese Hooggerechtshof bevond zich in een bevoorrechte positie om een dergelijke beoordeling te kunnen maken, gezien het omvangrijk geheel van rechtspraak dat het in het verleden reeds had kunnen vellen omtrent de toepassing van het discriminatieverbod in particuliere relaties, in het bijzonder arbeidsrelaties. Het Hooggerechtshof heeft later in een aantal belangrijke principsarresten een eenvormige toetsingsmethodiek ontwikkeld die toelaat om zowel in arbeidsrelaties als daarbuiten, bv. in zaken met betrekking tot het leveren van goederen

---

zgn. "Kaderrichtlijn Arbeid") en artikel 2, a) van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, Pb. L 21 december 2004, afl. 373, 37 (de zgn. Genderrichtlijn).

[43] Zie artikel 2, lid 2, b) van de Rasrichtlijn, artikel 2, lid 2, b) van de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, b) van de Genderrichtlijn.

[44] Cf. *infra* nr. 366.

[45] Zie bv. section 21 van de Ontario Human Rights Code, Revised Statutes of Ontario 1990, c. H-19, geconsolideerd na 15 december 2009, zie *http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90h19_e.htm*; section 15 (1.2) van de Saskatchewan Human Rights Code, Statutes of Saskatchewan 1979, c. S-24.1, geconsolideerd na 2007, zie *http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/S24-1.pdf* ; Section 11 van de Alberta Human Rights Act, Revised Statutes of Alberta, c.A-25.5, geconsolideerd na 1 oktober 2009, zie *http://www.canlii.org/en/ab/laws/stat/rsa-2000-c-a-25.5/76880*; section 8(1) van de British Columbia Human Rights Code, Revised Statutes of British Columbia 1996, c.210, geconsolideerd na 14 april 2010, zie http://www.bclaws.ca/Recon/document/freeside/--%20h%20--/human%20rights%20code%20rsbc%201996%20c.%20210/00_96210_01.xml.

[46] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario Human Rights Commission, Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321; Supreme Court of Canada 31 oktober 1996, Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs, Supreme Court Reports 1996, afl. 3, 566.

en diensten, een evenwichtige beoordeling te maken tussen de overeenstemming van argumenten van kostenefficiëntie en het gelijkheidsbeginsel.[47] In het ontwikkelen van een algemeen toetsingsmodel voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties, vormt deze rechtspraak dan ook een belangrijke inpiratiebron.

23. **Onderzoek naar Zuid-Afrikaans recht.** Een tweede rechtsstelsel waarmee het Europees-nationaal referentiekader wordt vergeleken is het Zuid-Afrikaanse. Zuid-Afrika kent sinds 1996 een volledig nieuwe Grondwet[48] waarin het recht op gelijke behandeling is ingeschreven in *section* 9 van de zogenaamde *Bill of Rights*. Deze *Bill of Rights* bevat de rechten en vrijheden waarop de nieuwe Zuid-Afrikaanse democratie is gebaseerd. Het unieke aan deze *Bill of Rights*, is dat in de tekst expliciet wordt erkend dat zij zowel van toepassing is in de relatie tussen de overheid en haar rechtsonderhorigen (verticale relaties)[49], als in de relatie tussen rechtsonderhorigen onderling (horizontale relaties).[50] Sinds haar inwerkingtreding heeft zij bovendien geleid tot een belangrijk geheel van rechtspraak van het Grondwettelijk Hof omtrent de nadere invulling van het gelijkheidsbeginsel in (o.m.) horizontale relaties.[51] Sinds 2000 is er in Zuid-Afrika bovendien een horizontaal toepasselijke antidiscriminatiewetgeving van kracht die werd ingevoerd op grond van de bepaling in *section 9*(2) van de *Bill of Rights* die vraagt dat wetgevende maatregelen worden genomen om de verdere verwezenlijking van gelijkheid te bevorderen. Het gaat om de zogenaamde *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (*PEPUDA*) van 2000[52], die sinds haar inwerkingtreding richting heeft gegeven aan een groot aantal juridische procedures met betrekking tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties. Belangrijk aan deze wet is dat zij een invloedrijke codificatie vormt van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in horizontale en verticale relaties, en dat zij in geschillen tussen particulieren rechtstreeks kan worden ingeroepen voor de rechtbanken.[53] De wet

---

[47] Voor arbeidsrelaties, Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports 1999*, afl. 3, 3, ov. 54-68 (*Meiorin*) en voor het leveren van goederen en diensten, Supreme Court of Canada 16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 21-45 (*Grismer*); Supreme Court of Canada 23 maart 2007, *Council of Canadians with Disabilies* v. *VIA Rail Canada*, *Supreme Court Reports* 2007, 650, ov. 119 e.v. (*Via Rail*).

[48] *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 108 van 1996. (hierna "de Zuid-Afrikaanse Grondwet") Het gaat om de opvolger van de zogenaamde *Interim Constitution,* Act 200 van 1993.

[49] Zie *section* 8(1) van de Zuid-Afrikaanse Grondwet.

[50] Zie section 8(2) van de Zuid-Afrikaanse Grondwet: "A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right." Zie ook I. RAUTENBACH, "The bill of rights applies to private law and binds private persons", Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 2001, 316; S.B.O. GUTTO, Equality and non-discrimination in South-Africa - the political economy of law and law making, Claremont, New Africa Education, 2001, 287.

[51] Zie o.m. Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *Prinsloo* v. *Van Der Linde & The Minister of Forestry and Water Affairs*, nr. 4/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 3, 1012; Constitutional Court of South Africa 7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300; Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, 628.

[52] Act 4 van 2000, Government Gazette 9 februari, 20.876. Zie *http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=68207*. (hierna "PEPUDA")

[53] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT, en C. ROEDERER, *Introduction to the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, Johannesburg, Witwatersrand University Press, 2001, 4-5.

biedt een concreet toetsingsmodel voor de beoordeling van discriminatie in het leveren van goederen en diensten. Van belang is dat deze wetgeving reeds in belangrijke mate aanleiding heeft gegeven tot rijkgevulde commentaren in de rechtsleer met betrekking tot de toepassing van dit toetsingsmodel in verzekeringsrelaties.

(c) De imperatief van de juridische gelijkebehandelingsnorm vs. de logica van de verzekeringstechniek

24. **Confrontatie.** Zoals hierboven reeds aangestipt zijn de doelstellingen die worden nagestreefd doorheen de werking van het juridisch gelijkheidsbeginsel enerzijds en het functioneren van het segmentatiebeleid van de verzekeraar anderzijds, tot op zekere hoogte vergelijkbaar. In beide systemen wordt een gelijke behandeling nagestreefd tussen vergelijkbare gevallen en een ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen. Toch komen beide systemen op een gegeven moment met elkaar in botsing. Deze confrontatie zal worden beschreven in een derde hoofdstuk. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht hoe de werking van het gelijkheidsbeginsel zich precies verhoudt met enkele segmentatie-ondersteundende juridische figuren zoals de contractvrijheid en de tariferingsvrijheid van de verzekeraar. Daarna wordt aandacht geschonken aan het hogergenoemde conflict dat rijst tussen de verzekeringstechnische groepstraditie en de individualistische mensenrechtentraditie. Hierbij zal de suggestie worden geformuleerd dat de spanning die ontstaat door toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties, kan worden geneutraliseerd via de mogelijkheid van een objectieve afweging tussen de in het geding zijnde belangen.

Deel III. Verzoening tussen maximale bescherming tegen discriminatie en de verzekeringslogica in Belgisch kader

25. **Overbrugging.** De mogelijke overbrugging tussen de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringstechnische groepstraditie door een op verzekering toepasselijk toetsingsmodel voor discriminatie in horizontale relaties, maakt het voorwerp uit van een derde en laatste deel. In dit deel wordt wederom uitgegaan van het Europees-nationale referentiekader waarvan de contouren werden geschetst in deel I en zoals het inhoudelijk verder uitwerking kreeg in deel II. Het is bedoeling om in deel III, binnen de concrete ruimte die daarvoor wordt gelaten in het Europees-nationale beschermingskader, een model te schetsen van mogelijke bewijs- en verweermiddelen in geschillen waarbij het discriminatoir karakter van het segmentatiebeleid van de verzekeraar moet worden beoordeeld. Waar dit beschermingskader onduidelijkheid laat of tekort schiet, wordt geanalyseerd op welke wijze elementen uit de reeds onderzochte buitenlandse rechtspraak en wetgeving hiervoor een toegevoegde waarde kunnen leveren. Doorheen deze analyse wordt eveneens teruggegrepen naar de verzekeringstechnische en economische inzichten die werden verworven in deel II.

DEEL I. EUROPEES-NATIONAAL REFERENTIEKADER: JURIDISCHE UITWERKING VAN HET GELIJKHEIDS-BEGINSEL

26. **Referentiekader.** In dit eerste gedeelte ligt een nadere omschrijving voor van het gelijkheidsbeginsel, zoals het vorm heeft gekregen binnen het geheel van Europeesrechtelijke en nationale Belgische rechtsbronnen. Deze omkadering wordt beschouwd als het verdere referentiekader waarbinnen op zoek zal worden gegaan naar een beoordelingsmodel voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties. Het is niet de bedoeling in dit eerste hoofdstuk reeds een inhoudelijke analyse te maken van het gelijkheidsbeginsel en het aanhorend verbod van discriminatie in horizontale relaties. Deze analyse maakt het voorwerp uit van deel II, waar het in dit gedeelte geschetste referentiekader zal worden afgezet tegen de manier waarop ook in andere rechtsstelsels op zoek is gegaan naar de inhoudelijke afbakening van de gelijkebehandelingsnorm.

27. **Overzicht.** De rode draad doorheen dit gedeelte wordt gevormd door de beschrijving van de evolutie van het gelijkheidsbeginsel als marktintegratiefactor naar een direct en horizontaal werkend burgerrecht. Een korte toelichting bij deze evolutie volgt in Hoofdstuk I.

Hierna zal in de eerste plaats aandacht worden besteed aan de eerste veruitwendiging van het gelijkheidsbeginsel in het E.G.-Verdrag en worden eveneens enkele vroege voorbeelden toegelicht van toepassingen van het gelijkheidsbeginsel door het Hof van Justitie in verzekeringsrelaties. (Hoofdstuk II)

Daarna volgt een beschrijving van de Richtlijnen die sinds 2000 door de Europese wetgever werden uitgevaardigd op grond van artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 van het Werkingsverdrag) en die in het lidstatelijk recht dienden te worden omgezet. (Hoofdstuk III)

Vervolgens zal worden ingegaan op de opname van de gelijkebehandelingsnorm in het Europees Handvest van de Grondrechten. (Hoofdstuk IV)

Hierna wordt onderzocht in welke mate het gelijkheidsbeginsel erkend is als algemeen beginsel van het recht van de Unie en wat daarvan de gevolgen zijn voor de relaties tussen particulieren. (Hoofdstuk V)

Tenslotte zal een kort overzicht worden gegeven van de totstandkoming van de huidige Belgische anti-discriminatiewetgeving en zal nader worden ingegaan op haar afdwingbaarheid en op mogelijke problemen van overeenstemming met de Belgische grondwet. (Hoofdstuk VI).

HOOFDSTUK I. VAN MARKTRECHT NAAR DIRECT HORIZONTAAL WERKEND BURGERRECHT

28. **Eerste uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel als marktrecht.** Het Europeesrechtelijk beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie vindt zijn eerste en voornaamste uitdrukking in het verbod van discriminatie op basis van nationaliteit of woonplaats en het verbod van discriminatie op basis van geslacht in de arbeidssfeer. Deze formuleringen maakten vanaf het ontstaan van de Europese Gemeenschap fundamenteel deel uit van het Gemeenschapsrecht.[54]

29. **Verdragsrechtelijk nationaliteitsdiscriminatieverbod.** De oorspronkelijke doelstelling van het *nationaliteitsdiscriminatieverbod*, zoals dat was opgenomen in het E.G.-Verdrag, bestond er hoodzakelijk in om de eenmaking van de nationale Europese markten te bevorderen.[55] Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 12 van het E.G.-Verdrag zoals na het Verdrag van Lissabon opnieuw opgenomen in artikel 18 van het nieuwe Werkingsverdrag) droeg er van het begin toe bij om het protectionisme van de lidstaten in te perken en de markten open te stellen voor een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.[56] De bepalingen inzake vrij verkeer die in het E.G.-Verdrag werden opgenomen, worden dan ook gezien als een expressie van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie.[57] Reeds vroeg werd ook erkend (door het Hof van Justitie) dat de bepalingen inzake nationaliteitsdiscriminatie *directe werking hadden,* in die zin dat particulieren er rechtstreeks rechten en plichten uit konden putten.[58]

---

[54] K. LENAERTS, "L' égalité de traitement en droit communautaire - Un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de Droit Européen* 1991, 3; G. DE BURCA, "The role of equality in European Community Law - A Collection of papers by the centre for European Legal Studies, (Cambridge)" in A. DASHWOOD en S. O'LEARY (eds.), *The Principle of equal treatment in E.C. Law*, London - Dublin - Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1997, 15.

[55] G. MORE, *l.c.*, 521-523; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 32; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2005, 53.

[56] J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2002, 222.

[57] G. DE BURCA, *l.c.*, 20; G. MORE, *l.c.*, 522; C. HILSON, "Discrimination in Community free movement law", *European Law Review* 1999, afl. oktober, 446. Artikel 12 E.G.-Verdrag (artikel 18 Werkingsverdrag) wordt verder verder geëxpliciteerd voor goederen in artikel 25 en 28-29 E.G.-Verdrag (artikel 30 en artikel 34-35 Werkingsverdrag), voor werknemers in artikel 39 E.G.-Verdrag, voor zelfstandigen in artikel 43 E.G.-Verdrag, voor diensten in artikel 49 E.G.-Verdrag (artikel 45 Werkingsverdrag) en voor kapitaal in art. 56 E.G.-Verdrag (artikel 63 Werkingsverdrag). Verder vindt men in het E.G.-Verdrag ook nog een specifiek discriminatieverbod voor de landbouwsector (art. 33, lid 2 E.G.-Verdrag en 39 Werkingsverdrag) en de transportsector (art. 75 E.G.-Verdrag en artikel 95 Werkingsverdrag) en bepalingen aangaande binnenlandse belastingen (art. 90 E.G.-Verdrag en artikel 110 Werkingsverdrag).

[58] Zie indirect reeds met betrekking tot het verbod van discriminerende in- en uitvoerheffingen, H.v.J. 5 februari 1963, *Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen*, 26/62, *Jur.* 1963, 3, ov. 22-25; Zie later in verband met het discriminatieverbod op grond van nationaliteit *an sich*, H.v.J. 30 april 1974, *Sacchi*, 155/73, *Jur.* 1974, 409, ov. 20; H.v.J. 13 februari 1985, *Gravier/Stad Luik*, 293/83, *Jur.* 1985, 593, ov. 26; H.v.J. 2 februari 1989, *Cowan/Trésor Public*, 186/87, *Jur.* 1989, 195, ov. 10. Zie algemeen voor de rechtstreekse werking van de bepalingen inzake vrij verkeer, *infra* nr. 43.

30. **Verdragsrechtelijk geslachtsdiscriminatieverbod.** Ook van het verdragsrechtelijk verbod van discriminatie op grond van geslacht werd in een vroeg stadium erkend dat het directe werking heeft.[59] Hoewel het E.G.-Verdrag hier de bescherming leek te willen garanderen van een fundamenteel grondrecht, namelijk de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, is ook de aanleiding tot deze bepaling economisch van aard.[60] Het gaat om een harmonisatiemaatregel die werd geïnspireerd door de ongelijke ontwikkeling van de sociale wetgeving binnen de lidstaten: zij moest voorkomen dat een ongunstige concurrentiepositie zou ontstaan van ondernemingen in staten die het beginsel van gelijke beloning effectief toepasten ten opzichte van ondernemingen in staten die de loondiscriminatie ten nadele van vrouwelijke werknemers nog niet hadden afgeschaft.[61]

31. **Verdere realisering van de gemeenschappelijke markt.** Naast het verdragsrechtelijk geslachtsdiscriminatieverbod, was er met betrekking tot geslachtsdiscriminatie op het gebied van arbeid ook reeds een indrukwekkend apparaat van richtlijnen uitgevaardigd.[62] Deze richtlijnen werden aangenomen op basis van de artikelen 94 en 308 uit het E.G.-Verdrag die als rechtsgrond dienden voor maatregelen in het kader van het realiseren van de *gemeenschappelijke markt*.[63] De hierbij gekozen rechtsgrond geeft uiting aan het marktregulerende karakter dat ook aan deze Richtlijnen ten grondslag ligt. In één van deze richtlijnen, de zogenaamde "Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen" (Richtlijn 86/378/EEG), waarvan de bepalingen later terechtkwamen in de zogenaamde "Gender-

---

[59] Zie artikel 141 (oud-artikel 119) van het E.G.-Verdrag, zoals dat vandaag kan worden teruggevonden onder artikel 157 van het Werkingsverdrag. Voor de erkenning van de rechtstreekse werking van deze bepaling, zie bv. H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 37-40.

[60] J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, "The EU and the individual: fundamental rights in the draft constitutional treaty", *Common Market Law Review* 2001, 347; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 53.

[61] H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 9; zie J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 223 en T.K. HERVEY, "EC Law on justifications for sex disrcimination in working life", *Bulletin of comparative labour relations* 2003, 104, die spreken van het voorkomen van "sociale dumping" tussen lidstaten.

[62] Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *Pb. L* 19 februari 1975, afl. 45, 19; Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Pb. L* 14 februari 1976, afl. 39, 40, zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002, *Pb. L* 5 oktober 2002, afl. 269, 15 (hierna "Richtlijn 2002/73/EG"); Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *Pb. L* 10 januari 1979, afl. 6, 4 (hierna "Richtlijn 79/7/EG"); Richtlijn 86/378/EEG van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings - en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *Pb. L* 12 augustus 1986, afl. 225, 40, (hierna "Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen"), zoals gewijzigd bij Richtlijn 96/97/EG van 20 december 1996, *Pb. L* 17 februari 1996, afl. 46, 20; Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, *Pb. L* 19 december 1986, afl. 359, 56; Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, *Pb. L* 20 januari 1998, afl. 14, 6 (hierna "de bewijslastrichtlijn"). De meeste van deze richtlijnen werden ingetrokken en de bepalingen ervan herschikt in en door Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, Pb. L 26 juli 2006, afl. 204, 23, (hierna "Genderrichtlijn arbeid").

[63] Huidige artikelen 115 en 352 van het Werkingsverdrag.

richtlijn arbeid" (2006/54/EG), nam de Europese wetgever voor het eerst expliciet wetgeving aan waarin regulerend werd opgetreden ten opzichte van de problematiek van discriminatie in private of niet-wettelijke verzekering.[64] In deze richtlijn werd namelijk bepaald onder welke voorwaarden het toegelaten zou zijn om voor mannen en vrouwen uiteenlopende niveaus vast te stellen voor prestaties, premies en bijdragen op het domein van de aanvullende regelingen van sociale zekerheid.[65]

32. **Ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel als (horizontaal werkend) burgerrecht.** Ook vandaag nog wordt het gelijkebehandelingsprincipe gezien als de hoeksteen van de Europese economische integratie.[66] Toch heeft het communautaire gelijkheidsdenken geleidelijk aan een complementaire voedingsbodem gevonden in een model van sociaal burgerschap en is er een uitbreiding van haar werkterrein zichtbaar naar minder economisch getinte werkterreinen.[67] De Europese Unie is zich ook steeds explicieter gaan profileren als bevorderaar van fundamentele mensenrechten en sociale rechten.[68] Op het vlak van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel kan hierbij opnieuw worden verwezen naar de verdragsrechtelijk vastgelegde discriminatieverboden in artikel 12 (nationaliteitsdiscriminatie) en artikel 141 (gelijk loon voor mannen en vrouwen) van het E.G.-Verdrag (huidige artikelen 18 en 157 van het Werkingsverdrag), waarvan doorheen de rechtspraak van het Hof van Justitie duidelijk werd dat het verbod van discrimatie op grond van nationaliteit en geslacht een belangrijke rol kon spelen als "burgerrecht"[69], niet alleen in de relatie tussen de overheid en haar burgers, maar ook tussen burgers onderling (zogenaamde horizontale werking).[70] In hun rol van horizontaal werkend burgerrecht hebben de discriminatieverboden van artikel 12 en artikel 141 E.G.-Verdrag in de rechtspraak van het Hof van Justitie bovendien een aantal interessante toepassingsmogelijkheden gekregen in verzekeringsrelaties. Dit gebeurde met name op het vlak van de aanvullende regelingen van sociale zekerheid[71] (artikel 141) en de motorrijtuigenverzekering[72] (artikel 12).

---

[64] Zie over de problematiek van gelijkheid in de aanvullende regelingen van sociale zekerheid, o.m. Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, "Gelijke beloning en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid", in O. VANACHTER (ed.), *Gelijke behandeling en arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 105-146; J. M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *Cahiers de Droit Européen* 1996, 635-721 e.v.; J.M. BINON, "Le principe du traitement égal des sexes: ses incidences en assurance de personnes", *De Verz.* 1996, 7-22.

[65] Zie artikel 6, h) en i) van de Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen, zoals later gewijzigd door artikel 1, 3° van Richtlijn 96/97/EG en opgenomen onder artikel 9, h) en i) en j) van de Genderrichtlijn arbeid. Zie verder *infra* nr. 57 en 526.

[66] C. TOBLER, Indirect discrimination- A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC Law, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2005, 35.

[67] Zoals de sociale zekerheid en de bescherming van het milieu.

[68] M. BELL, *o.c.*, 12.

[69] Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 56 en 151, die bv. wat betreft het verbod op nationaliteitsdiscriminatie niet willen spreken van een uiting als "mensenrecht", daar eigen onderdanen en derdelanders zich met een beroep op het communautaire recht, niet tegen nationaliteitsdiscriminatie kunnen verzetten. Zie ook G. MORE, *l.c.*, 539. Zie meer genuanceerd, P. BOELES, "Europese burgers en derdelanders: wat betekent het verbod van discriminatie naar nationaliteit sinds Amsterdam?", *S.E.W.* december 2005, afl. 12, 509-510.

[70] Zie *infra* nrs. 43-47 e.v. en 58-60.

[71] Zie *infra* nrs. 61 e.v.

[72] Zie *infra* nrs. 48 e.v.

33. **Nieuwe bevoegdheden voor de gemeenschapswetgever.** Naast de evolutie van het verdragsrechtelijk uitgewerkte discriminatieverbod kan ook worden verwezen naar het artikel 13 van het E.G.-Verdrag dat in 1997 door het Verdrag van Amsterdam werd ingevoerd. Dit artikel 13 (huidig artikel 19 van het Werkingsverdrag) schonk aan de gemeenschapswetgever een nieuwe bevoegdheid voor discriminatiebestrijding die in tegenstelling tot artikel 141 E.G.-Verdrag ook *buiten* de arbeidssfeer kon werken. Op grond van dit artikel kreeg de Raad de bevoegdheid om "*binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden*", passende maatregelen te nemen ter bestrijding van discriminatie op basis van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Deze bevoegdheid heeft geleid tot een stroomversnelling in het Europees discriminatierecht. Op korte termijn werden belangrijke richtlijnen aangenomen ter bescherming tegen discriminatie in horizontale relaties. Het gaat om de zogenaamde artikel 19-Richtlijnen[73], waaronder de Rasrichtlijn (Richtlijn 2000/43/EG)[74], de Kaderrichtlijn arbeid (Richtlijn 2000/78/EG)[75] en de Genderrichtlijn (Richtlijn 2004/113/EG)[76]. Deze Richtlijnen werden ondertussen, zij het op fragmentarische wijze[77], omgezet in het nationale recht van de lidstaten. Zij hebben reeds gezorgd voor een bepaalde graad van harmonisatie in het beschermingsniveau van tot dan toe al dan niet bestaande anti-discriminatiewetgeving in het lidstatelijke recht. Naast de drie bestaande artikel 19-Richtlijnen is er op dit moment eveneens sprake van een Voorstel van de Europese Commissie voor een Kaderrichtlijn buiten arbeid.[78]

34. **Verdere bevestiging als constitutioneel erkend burgerrecht.** De status van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie als constitutioneel beschermd burgerrecht wordt ook bevestigd in de artikelen 6 en 7 van het E.U.-Verdrag.[79] Deze artikelen benadrukken de bescherming van de mensenrechten als basisbeginsel dat aan de Europese Unie ten grondslag ligt. Sinds het Verdrag van Lissabon wordt in het nieuwe artikel 6 van het nieuwe Unieverdrag[80] eveneens verwezen naar het reeds vroeger bestaande Handvest van de Grondrechten[81] dat ook het gelijkheidsbeginsel en het

---

[73] Benaming gebaseerd op het nieuwe artikel 19 van het Werkingsverdrag, waarvan de inhoud voorheen was opgenomen onder artikel 13 van het E.G.-Verdrag.

[74] Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb. L* 19 juli 2000, afl. 180, 22 (hierna "Rasrichtlijn").

[75] Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb. L* 2 december 2000, afl. 303, 16 (hierna "Kaderrichtlijn Arbeid").

[76] Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *Pb. L* 21 december 2004, afl. 373, 37 (hierna "Genderrichtlijn).

[77] Cf. *infra* nr. 77.

[78] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM(2008)426 (hierna "Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid").

[79] Verdrag van 7 februari 1992 tot oprichting van de Europese Unie. Voor dit verdrag wordt verder verwezen naar de geconsolideerde versie van 2006, *Pb. C.* 29 december 2006, afl. 321E, 5 (hierna "E.U.-Verdrag").

[80] Voor dit verdrag wordt verder verwezen naar de geconsolideerde versie van 2010, *Pb. C* 30 maart 2010, afl. 83, 13 (hierna "Unieverdrag").

[81] Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zoals gezamenlijk ondertekend en plechtig afgekondigd door het Europees Parlement, de Raad en de Commissie op 7 december 2000 te Nice, *Pb. C* 18 december 2000,

beginsel van non-discriminatie een voorname plaats geeft.[82] Het Handvest van de Grondrechten kan worden beschouwd als een gezaghebbende neerslag van de gemeenschappelijke tradities en de internationale verplichtingen van de lidstaten op het gebied van grondrechten, waarvan het Hof van Justitie de toepassing verzekert.[83] Sinds het Verdrag van Lissabon wordt in het Unieverdrag bepaald dat het Handvest bindend is voor haar ondertekenaars.[84] Deze verklaring draagt bij aan een verhoogde inroepbaarheid van het gelijkheidsbeginsel.[85]

35. **Algemeen beginsel van het recht van de Unie.** Volgens de gevestigde rechtspraak van het Hof van Justitie vormen de verschillende verdragsbepalingen en bepalingen van secundair unie-recht die discriminatie verbieden op bepaalde gronden, uitdrukkingen of illustraties van het algemene gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de E.U.[86] Zoals blijkt uit recente rechtspraak van het Hof, biedt de kwalificatie van het gelijkheidsbeginsel als beginsel van het Recht van de Unie concrete mogelijkheden op het vlak van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel tussen private partijen.[87] Deze laatste evolutie biedt eens te meer een goede illustratie van de manier waarop het gelijkheidsbeginsel is uitgegroeid van marktintegratiefactor naar constitutioneel beschermd fundamenteel recht.

---

afl. 364, 1 en aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, *Pb. C* 14 december 2007, afl. 303, 1 en opnieuw gepubliceerd in 2010; *Pb. C* 30 maart 2010, afl. 83, 389 (hierna “Handvest van de Grondrechten”).

[82] Zie de artikelen 20 t.e.m. 23 van het Handvest van de Grondrechten.

[83] K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 437; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 228; G. DE BURCA en J. ASCHENBRENNER, "The development of European constitutionalism and the role of the EU Charter of Fundamental Rights", *Columbia Journal of Fundamental Rights* 2003, afl. 9, 364.

[84] Zie artikel 6, lid 1 van het Unieverdrag.

[85] Zie *infra* randnr. 122-123.

[86] H.v.J. 19 oktober 1977, *Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* (117/76) en *Diamalt/Hauptzollamt Itzehoe* (16/76), gevoegde zaken 117/76 en 16/76, *Jur.* 1977, 1753, ov. 7; H.v.J. 8 oktober 1980, *Überschär/Bundseversicherungsanstalt für Angestellte*, 810/79, *Jur.* 1980, 2747, ov. 16; Zie ook T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 5.

[87] H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981.

HOOFDSTUK II. HET VERDRAGSRECHTELIJK VERBOD OP NATIONALITEITS- EN GESLACHTSDISCRIMINATIE

36. **Overzicht.** Zoals hierboven toegelicht kwam het gelijkheidsbeginsel bij de oprichting van de Europese Gemeenschap reeds expliciet tot uiting in het E.G.-Verdrag. In de hiernavolgende paragrafen volgt een beschrijving van de verdragsrechtelijke discriminatieverboden op grond van nationaliteit (zie §1) en geslacht (zie §2). Voor beide verboden wordt ingegaan op hun toepassingsmogelijkheden in horizontale relaties in het algemeen en in verzekeringsrelaties in het bijzonder.

AFDELING 1. NATIONALITEITSDISCRIMINATIE

37. **Formulering.** Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit komt in het Europese recht voor het eerst tot uiting in de eerste alinea van artikel 12 E.G.-Verdrag. (oud-artikel 6, al. 1 E.G.-Verdrag). (artikel 18 Werkingsverdrag)

> *"Binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden."*

38. **Verhoudingen met de bepalingen inzake vrij verkeer.** Het Verbod van nationaliteitsdiscriminatie onder artikel 12 van het E.G.-Verdrag wordt beschouwd als het meest fundamentele maar tegelijk ook de meest algemene uitdrukkingsvorm van het gelijkheidsbeginsel.[88] Met betrekking tot het functioneren van de gemeenschappelijke markt is het echter zo dat het artikel maar toepassing vindt indien geen beroep kan worden gedaan op de rechtstreeks werkende voorschriften ten aanzien van het vrije goederen-, diensten -en kapitaalverkeer.[89] Kan op deze bepalingen wél beroep worden gedaan, zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, is iedere regeling die ermee onverenigbaar is eveneens onverenigbaar met artikel 12 E.G.-Verdrag.[90] In dergelijke gevallen dient dan ook niet *mede* beroep te worden gedaan op artikel 12 E.G.-Verdrag.[91] Omgekeerd is het ook zo dat indien de Verdragsbepalingen inzake vrij verkeer afwijkingen toestaan van het discriminatieverbod, deze afwijkingen eveneens zijn toegestaan door artikel 12 E.G.-Verdrag.[92]

---

[88] P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 132.

[89] H.v.J. 10 december 1991, *Merci convenzionali porto di Genoval*, *Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, *Jur.* I-5889, ov. 11; H.v.J. 3 oktober 2000, *Ferlini/ Centre Hospitalier de Luxembourg*, C-411/98, *Jur.* 2000, I-8089, ov. 39. Zie voor een opsomming van deze voorschriften, *supra* nr. 29 en voetnoot 57.

[90] H.v.J. 21 juni 1974, *Reyners/België*, 2/74, *Jur.* 1974, 631; H.V.J. 14 juli 1976, *Dona/Mantero*, 13/76, *Jur.* 1976, 1333; H.v.J. 9 juni 1977, *Ameyde/ Ufficio centrale automobilisti,* 90/76, *Jur.* 1977, 1091, ov.27.

[91] P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 132, met verwijzing naar H.v.J. 31 maart 1993, *Kraus/ Land Baden-Wuerttemberg*, C-19/92, *Jur.* I-1663.

[92] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 120.

§ 1. Van marktrecht naar burgerrecht

39. **Ontmanteling van barrières.** Zoas gezegd werd het Europees verbod op nationaliteitsdiscriminatie aanvankelijk vooral gezien als een middel ter eenmaking van de Europese markten. Als dusdanig heeft het de sleutel gevormd voor de ontmanteling van protectionistische barrières tussen de markten van de Lid-staten.[93] De rol die het gelijkheidsbeginsel heeft gespeeld in de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt moet weliswaar niet worden overschat.[94] Zo moet erop worden gewezen dat de bepalingen inzake vrij verkeer door het Hof van Justitie zodanig zijn geïnterpreteerd dat ook niet-discriminatoire belemmeringen kunnen worden aanzien als handelsbelemmerende gedragingen.[95]

40. **Niet alleen bescherming van economische rechten.** Artikel 12 verbiedt enkel discriminatie die valt binnen de werkingssfeer van het E.G.-Verdrag. De interpretatie van het begrip "*werkingssfeer*" is doorheen de rechtspraak van het Hof geleidelijk aan sterk uitgebreid. In de zaak *Mutsch* werd bepaald dat de werkingssfeer van artikel 12 "*volledig toepassing* [moet] *vinden op eenieder die op het grondgebied van een lid-staat is gevestigd en zich in een door het gemeenschapsrecht geregelde situatie bevindt.*"[96] Het arrest *Mutsch* vormde vooral een illustratie voor de brede toepassing van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie op marktdeelnemers.[97] Het Hof heeft echter niet gewacht om aan het begrip 'werkingssfeer' een nog bredere interpretatie te verbinden. Niet enkel economische rechten, maar ook het recht op onderwijs[98], het recht op intellectuele eigendomsrechten[99] en het recht op juridische bescherming[100] werden op die manier beschouwd als voordelen die onder het nationaliteitsdiscriminatieverbod vallen.[101]

---

[93] G. MORE, *l.c.*, 522.

[94] G. DE BURCA, *l.c.*, 21.

[95] H.v.J. 11 juni 1974, *Dassonville*, 8/74, *Jur.*, 1974, 837, ov. 5.

[96] H.v.J. 11 juli 1985, *Ministère Public/Mutsch*, 137/84, *Jur.* 1985, 2681, ov. 12.

[97] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 147.

[98] H.v.J. 13 februari 1985, Gravier/Stad Luik, 293/83, *Jur.* 1985, 593, ov. 19; "dat de inrichting van het onderwijs en het onderwijsbeleid als zodanig weliswaar niet behoren tot de onderwerpen die het Verdrag onder de bevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen heeft gebracht, doch dat de toegang tot en deelneming aan het onderwijs en het leerlingenstelsel, zeker wanneer het een beroepsopleiding betreft, niet buiten het gemeenschapsrecht vallen." Zie ook H.v.J. 2 februari 1988, Blaizot/Université de Liège, 24/86, *Jur.* 1988, 379, ov. 24.

[99] H.v.J. 20 oktober 1993, *Phil Collins/Imtrat and EMI Electrola*, C-92/92, *Jur.* 1993, I-5145, ov. 26-27.

[100] H.v.J. 26 september 1996, *Data Delecta/MSL Dynamics*, C-43/95, *Jur.* 1996, I-4661, ov. 14-15; H.v.J. 20 maart 1993, *Hayes/Kronenberger*, C-323/95, *Jur.* 1997, I-1711, ov. 16-17; H.v.J. 23 januari 1997, *Pastoors en Trans-Cap/België,* C-29/95, *Jur.* 1997, I-285.

[101] Zie algemeen M. DONY, "Les Discriminations fondée sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes" in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE e.a. (eds.), Brussel, Bruylant, 1999, 45-62; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law, o.c.*, 124-132. Algemeen kan men stellen dat de vrijheid van dienstverlening volgens het Hof van Justitie niet alleen betrekking heeft op de toegang tot de in het E.G.-Verdrag bedoelde diensten, maar ook op alle daarmee samenhangende voordelen die invloed hebben op de voorwaarden waaronder die diensten worden verricht of ontvangen. Zie H.v.J. 15 maart 1994, *Commissie/Spanje*, C-45/93, *Jur.* 1994, I-911, ov. 5; H.v.J. 7 Maart 1996, *Commissie/Frankrijk*, C-334/94, *Jur.* 1996, I-1307, ov. 10, waarin het Hof zelfs de door de Lid-Staten geboden mogelijkheden van vrijetijdsbesteding beschouwt als een uitvloeisel van de vrijheid van verkeer.

41. **Niet alleen bescherming van economische agenten.** De bepalingen inzake gelijke behandeling waren aanvankelijk enkel van toepassing op deelnemers aan het intracommunautair economisch verkeer en niet op niet-economische agenten (studenten, gepensioneerden, toeristen,…), eigen onderdanen van lidstaten en onderdanen uit derdelanden. De Europese instellingen hebben echter onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie gezorgd voor een uitbreiding van het recht op gelijke behandeling als zijnde een recht dat toekomt aan alle Europese burgers.[102] Voor de Europese lidstaten geldt vandaag de verplichting om alle voordelen die zij toekennen aan hun eigen onderdanen, ook open te stellen voor marktdeelnemers uit andere lidstaten.[103] Hierdoor kon artikel 12 uitgroeien tot een autonome bron van rechten en plichten, waarvan de werkingssfeer veel verder gaat dan de strikte sfeer van de gemeenschappelijke markt.[104]

42. **Invloed van het Unie-burgerschap.** De evolutie van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie als marktrecht naar haar vestiging als burgerrecht is sterk in de hand gewerkt door de invoering van het Unie-burgerschap door het Verdrag van Maastricht van 1992.[105] Burger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van één van de lidstaten bezit. De burgers van de Unie genieten de rechten en zijn onderworpen aan de plichten die door het E.G.-Verdrag en later het Werkingsverdrag zijn vastgesteld.[106] Het Unie-burgerschap heeft er in feite voor gezorgd dat alle personen die de nationaliteit hebben van één van de lidstaten van de Europese Unie, beroep kunnen doen op het discriminatieverbod van artikel 12 van het E.G.-Verdrag (artikel 18 Werkingsverdrag), los van de vraag of deze personen gebruik maken van één of andere vorm van vrij verkeer.[107] Op die manier kunnen personen die onderdaan zijn van een lidstaat en die geen enkele grensoverschrijdende activiteit uitoefenen, maar wel op wettige wijze in een andere lidstaat verblijven, beroep doen op artikel 18 Werkingsverdrag voor wat betreft de rechten die hun als Unieburger toekomen.[108] Vanaf het moment dat een bur-

---

[102] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX*, o.c.*, 56 en 148

[103] H.v.J. 13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277, ov. 14. (weigering van premiekorting in verzekering); H.v.J. 13 februari 1985, *Gravier/Ville de* Liège, 293/83, *Jur.* 1985, 593, ov.26 (toegang tot onderwijs voor beroepsopleiding); H.v.J. 2 februari 1989, *Cowan/Trésor Public*, 186/87, *Jur.* 1989, 195, ov. 10 (recht op schadeloosstelling bij geweldmisdrijven).

[104] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *o.c.*, 132. Zie in dit verband H.v.J. 7 september 2004, *Trojani/CPAS*, C-456/02, *Jur.* 2004, I-7573, ov. 43-44, waarin het Hof verklaart dat zodra blijkt dat een economisch niet-actieve burger van de Unie een verblijfsvergunning heeft, deze met een beroep op artikel 12 EG aanspraak kan maken op een uitkering op grond van de sociale bijstandsregeling, zoals het bestaansminimum.

[105] T. TRIDIMAS, *The Generel Principles of EU Law, o.c.*, 134. De invoering van het Unie-burgerschap is een produkt van het Verdrag van Maastricht van 7 maart 1992 (*Pb. C* 29 juli 1992, afl. 191, 1). Zie o.m. P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 78.

[106] Zie artikel 17 van het E.G.-Verdrag en artikel 20 van het Werkingsverdrag.

[107] N. ROGERS en R. SCANNELL, *Free Movement of Persons in an enlarged European Union*, Londen, Sweet & Maxwell, 2005, 52-53.

[108] Dit blijkt bv. uit H.v.J. 13 mei 1998, *Martinez Sala/Freistaat Bayern,* C-85/96, *Jur.* 1998, I-2691, ov. 62 en 63; H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637, ov. 15 en 16. Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 56 en 151; G. MORE, *l.c.*, 540; K. LENAERTS, "Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union", *The Columbia Journal of European Law* 2000, afl. 1, 23. De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Martinez Sala* had betrekking op de toekenning van een ouderschapsuitkering. Als dusdanig wordt dit recht reeds voorzien in secundaire wetgeving (Verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkende en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *Pb. EG L 149,* 5 juli 1971, 2*;* Verordening (EEG) nr.

ger "*gebruik maakt van zijn recht om op het grondgebied van de Unie te reizen of te verblijven*", zo werd door Advocaat-Generaal JACOBS bevestigd in zijn conclusie in de zaak *Bickel en Franz*, zal "*zijn situatie wat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit betreft binnen de werkingssfeer van het Verdrag* val[len].[109]

§ 2. Een direct en horizontaal werkend burgerrecht

43. **Directe werking.** Van het artikel 12 E.G.-verdrag (nieuw-artikel 18 van het Werkingsverdrag) werd door het Hof van Justitie erkend dat het rechtstreekse werking heeft.[110] Ook aan de bepalingen inzake vrij verkeer in het E.G.-verdrag werd directe werking toegekend.[111] Onderdanen van lidstaten kunnen zich dus rechtstreeks op deze bepalingen beroepen voor hun nationale rechter om een nationaliteitsdiscriminatie aan te vechten.

44. **Horizontale werking – betekenis en relevantie.** De vaststelling dat een bepaling uit het E.G.-Verdrag directe werking heeft, staat niet toe automatisch te besluiten dat deze bepalingen ook *horizontale werking* zouden hebben. Het feit dat burgers drager zijn van rechten en verplichtingen maakt geenszins duidelijk dat zij deze naast de overheid ook kunnen laten gelden tegenover hun medeburgers.[112] De vraag naar het bestaan van horizontale werking van het discriminatieverbod is voor particuliere organisaties (zoals verzekeringsmaatschappijen) lange tijd van cruciaal belang geweest. Zonder horizontale werking kon het verdragsrechtelijk verbod van discriminatie op grond van nationaliteit immers niet op hen van toepassing zijn. Het belang van de vraag naar horizontale werking van het verdragsrechtelijk verbod is vandaag minder groot geworden. Het laatste decennium heeft de over-

---

1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *Pb. EG L 257*, 19 oktober 1968*,* 2) en dus had het Hof niet veel moeite om vast te stellen dat dit recht binnen het toepassingsgebied van het Gemeenschapsrecht viel. Hierbij maakte het dan ook geen verschil of de klager al dan niet de status had van werknemer. In de zaak *Garcia Avello* ging het Hof evenwel verder. In deze zaak ging het om een burger die bescherming zocht tegen discriminatie in een materie die traditioneel tot de exclusieve bevoegdheid van de lid-staten wordt gerekend, namelijk de regels die de familienaam bepalen. Het Hof oordeelde in deze zaak dat het feit dat de betrokkenen (kinderen van Unie-burgers) verblijf hielden in een lidstaat van de Europese Unie, reeds een voldoende verband uitmaakte met het Gemeenschapsrecht, waardoor zij konden genieten van de werking van artikel 12. Zie H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello/België*, C-148/02, *Jur.* 2003, I-11613, ov. 27.

[109] Advocaat-Generaal JACOBS, conclusie van 19 maart 1998 voor H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637, ov. 21.

[110] Zie H.v.J. 20 oktober 1980, *Boussac/Gerstenmeier*, 22/80, *Jur.* 1980, 3427, ov. 9; zie ook H.G. SCHERMERS en D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, Den Haag - Londen - New York, Kluwer Law International, 2001, 183; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 68.

[111] Voor discriminaties in het *goederenverkeer*, zie H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend & Loos/Nederlandse administratie der Belastingen*, *26/62*, *Jur.* 1963, 3 (artikel 25); H.v.J. 22 maart 1977, *Ianelli/Meroni,* 74/76, *Jur.* 1977, 575, ov.22 (artikel 28); H.v.J. 29 november 1978, *Pigs Marketing/Redmond*, 83/78, *Jur.* 1978, 2347, ov. 66-67 (artikel 29). Voor discriminaties in het *vrij verkeer van werknemers*, zie H.v.J. 4 december 1974, *Van Duyn/Home Office*, 41/74, *Jur.* 1974*,* 1346, ov. 4 (artikel 39); Voor discriminaties in o.m. het *vrije vestigingsverkeer*, zie H.v.J. 7 juli 1976, *Watson en Belmann*, 118/75, *Jur.* 1196, ov. 1 (meer algemeen artikel 39-55); Voor discriminaties in het *vrije dienstenverkeer*, zie H.v.J. 3 december 1974, *Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor metaalarbeid*, 33/74, *Jur.* 1974, 1312, ov. 27. (artikel 49); Zie ook H.G. SCHERMERS en D.F. WAELBROECK, *o.c.*, 183-184.

[112] J. H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, 231.

grote meerderheid van de Europese lidstaten, waaronder ook België[113], horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving aangenomen waarbij nationaliteit is opgenomen als beschermde discriminatiegrond.[114] Toch blijft het ook vandaag interessant om na te gaan op welke basis en in welke mate het horizontaal werkend karakter van het verdragsrechtelijk beschermd nationaliteitsdiscriminatieverbod door het Hof van Justitie werd erkend. Indien er in een welbepaalde situatie kan worden gesproken van een horizontaal werkend verdragsrechtelijk discriminatieverbod, zal de nationale rechter zich in zijn interpretatievrijheid van het discriminatieverbod immers gebonden weten door de interpretatie en de invulling die het Hof in gelijkaardige zaken aan dit verbod heeft verbonden.[115] Daarnaast blijft de vraag naar horizontale werking eveneens van belang voor lidstaten waarin het verbod van nationaliteitsdiscriminatie niet is opgenomen in de nationale wetgeving.[116]

45. **Eerste erkenning van horizontale werking. Organisaties met overheidsvergelijkende macht.** Van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie werd de horizontale werking door het hof van Justitie slechts geleidelijk aan en met enige aarzeling aanvaard. In 1974 oordeelde Het Hof in de zaak *Walrave-Koch* dat het verbod op nationaliteitsdiscriminatie geldt ten aanzien van eenieder die beperkingen oplegt of toepast, ongeacht of het daarbij gaat om instellingen waarvan openbaar gezag uitgaat.[117] Meerbepaald ging het om de reikwijdte van artikel 39 van het E.G.-Verdrag (nieuw-artikel 45 van het Werkingsverdrag), dat zich volgens het Hof ook uitstrekte tot overeenkomsten en regels die niet uitgaan van de overheid (*in casu* een wielerbond). Tot een gelijkaardige conclusie kwam het Hof in 1977 in de zaak *Thieffry*, waar werd geoordeeld dat het verbod van nationaliteitsdiscriminatie zich eveneens uitstrekte tot de regels van beroepsordes.[118]

---

[113] Zie artikel 3 van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 8 augustus 1981, zoals gewijzigd door de Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de Wet van van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenefobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007. (hierna "Anti-racismewet).

[114] J. H. GERARDS, "Discrimination Grounds" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 64.

[115] Als orgaan van een lidstaat is de nationale rechter krachtens artikel 10 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 4, lid 3 van het Unieverdrag) steeds gehouden om de eerbiediging van het recht van de Unie (dat mede vorm krijgt door de interpretatie ervan door het Hof van Justitie), te verzekeren. Zie bv. H.v.J. 9 maart 1978, *Administratie van de Staatsfinanciën/Simmenthal*, 106/77, *Jur.* 1978, 629, ov. 16-21.

[116] Dit is bv. het geval in Bulgarije. Zie J.H. GERARDS, "Discrimination Grounds", *l.c.*, 64, met verwijzing naar P. JOHANSSON, "Comparing national and community anti-discrimination law", in J. NIESSEN en I. CHOPIN, *The development of legal instruments to combat racism in a diverse Europe*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, 189.

[117] H.v.J. 12 december 1974, Walrave en Koch, 36/74, *Jur.* 1974, 1405, ov. 21 en 27; "[…] dat de non-discriminatieregel wegens haar dwingende aard geldt bij de beoordeling van alle rechtsbetrekkingen, in de mate waarin deze […] wegens de plaats waar zij hun uitwerking hebben, op het grondgebied van de Gemeenschap kunnen worden gelokaliseerd [en dat deze regel] zich ook uitstrekt tot overeenkomsten en regelingen die niet van het openbaar gezag uitgaan." Zie bv. later bevestigd in H.v.J. 15 december 1995, Bosman/*Union royale belge des sociétés de football association e.a.*, C-415-93*, Jur.* 1995, I-4921, ov. 122-137.

[118] In deze zaak verzette het Hof zich tegen de weigering van de Parijse balie om een Belg in te schrijven die een diploma bezat dat door een Franse universiteit als gelijkwaardig was erkend. Het feit dat de man geen verblijfplaats had in Frankrijk werd als een ongeldige reden beschouwd. (H.v.J. 28 april 1977, *Thieffry/Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris*, 71/76*, Jur.* 1977, 765, ov. 27.). De uitspraak in de zaak *Thieffry* bouwde voort op het algemeen discriminatieverbod, waarin het Hof van Justitie België verplichtte om de Nederlander *Reyners*, die een

Na de uitspraken in *Walrave-Koch* en *Thieffry* bleef nog steeds onzekerheid ontstaan omtrent de mogelijkheid van horizontale werking van het discriminatieverbod op basis van nationaliteit. Met name werd de precedentwaarde van de genoemde arresten, als basis voor de horizontale toepassing van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie, sterk in vraag gesteld.[119]

> In de eerste plaats werd geargumenteerd dat het Hof in *Walrave-Koch* en *Thieffry* eigenlijk niet meer had gedaan dan bevestiging geven over de toepassingsmogelijkheden van de bepalingen van het vrij verkeer op de werking van beroepsordes of sportbonden (wielerorganisaties[120] of voetbalbonden[121]). Dergelijke organisaties hebben met elkaar gemeen hebben dat ze "*een zekere overheidsvergelijkende macht*" uitoefenen en dat gegeven zou de eigenlijke rechtvaardiging vormen voor de erkenning van de horizontale werking van het discriminatieverbod.[122] In de tweede plaats werd geargumenteerd dat de horizontale toepassing van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie door het Hof louter werd toegestaan op grond van een economisch geïnspireerde *effet utile*-redenering: indien de handelingen van particulieren niet aan het verbod onderworpen zouden worden, zou afbreuk worden gedaan aan de reeds door de lidstaten opgeheven belemmeringen en aldus aan de goede werking van de regels inzake vrij verkeer.[123] Ten derde en ten laatste werd geargumenteerd dat het Hof het er in de zaak *Walrave-Koch* eerder om te doen was duidelijkheid te scheppen omtrent het toepassingsgebied *ratione territorae* van het verbod op nationaliteitsdiscriminatie eerder dan het toepassingsgebied *ratione personae* te willen verklaren.[124]

Er kon dan ook nog niet worden gesproken over een volkomen horizontaal toepasselijk discriminatieverbod.

46. **Horizontale werking in arbeidsverhoudingen.** Traditioneel wordt aanvaard dat een ondubbelzinnige bevestiging van de horizontale werking van het algemeen verbod op nationaliteitsdiscriminatie er pas kwam met het arrest *Angonese* van 6 juni 2000[125].[126] In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie

---

Belgisch diploma van doctor in de rechten bezat, toe te laten zich in te schrijven als advocaat. (H.v.J. 21 juni 1974, *Reyners/België,* 2/74, *Jur.* 1974, 631).

[119] P.J.G., KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 136.

[120] H.v.J. 12 december 1974, *Walrave en Koch*, 36/74, *Jur.* 1974, 1405.

[121] H.v.J. 15 december 1995, Bosman/*Union royale belge des sociétés de football association e.a.*, C-415/93*, Jur.* 1995, I-4921.

[122] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 157; J. STUYCK, noot onder H.v.J. 9 juni 1992, *Etablissements Delhaize Freres et Compagnie Le Lion SA/Promalvin SA en Bodegas Unidas SA*, C-47/90, *Jur.* 1992, I-3669, *Common Market Law Review* 1993, afl. 30, 859; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.,* 439.

[123] H.v.J. 12 december 1974, *Walrave en Koch*, 36/74, *Jur.* 1974, 1405, ov. 18; Zie ook J. WOUTERS, "The Principle of non-discrimination in European Community Law", *EC Tax Review* 1999, afl. 2, 101; M. QUIN en N. MACGOWAN, "Could article 30 impose obligations on individuals?", *European Law review* 1987, afl. 12, 165 en 175.

D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 157.

[124] De Nationale rechtbank had immers de vraag gesteld in hoeverre de non-discriminatiemaatregel kon worden toegepast op rechtsbetrekkigen die worden aangegaan in het kader van activiteiten van een sportfederatie van wereldomvang. Zie H.v.J. 12 december 1974, *Walrave en Koch*, 36/74, *Jur.* 1974, 1405, ov. 26; Zie ook J. WOUTERS*, l.c.*, p.101, voetnoot 26; M. QUIN en N. MACGOWAN, *l.c.*, 177.

[125] H.v.J. 6 juni 2000, *Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139.

[126] K. LENAERTS en P. VAN NUFEL, *o.c.*, 123; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 158; zie ook J. JANS, "De doorwerking in de internationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen

dat artikel 39 E.G.-Verdrag van toepassing was op de arbeidsverhouding tussen een Italiaanse onderdaan en de particuliere bank *Casso de Rissparmio*:

> *Het in artikel 39 E.G. geformuleerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat in algemene bewoordingen is gesteld en niet in het bijzonder tot de lidstaten is gericht, is ook van toepassing op door particulieren vastgestelde arbeidsvoorwaarden.*[127]

Met deze overweging bleek voor het eerst dat het verdragsrechtelijk verbod op nationaliteitsdiscriminatie (weliswaar in de vorm van het recht op vrij verkeer van werknemers) niet alleen toepassing vindt op de werking van beroepsordes of sportbonden, maar eveneens op individuele particuliere bedrijven, zoals banken.[128] Het Hof nam het standpunt in dat artikel 39 en artikel 12 van het E.G.-Verdrag tot doel hebben een niet-discriminerende behandeling op de arbeidsmarkt te verzekeren.[129] Toch wordt enkel van artikel 39 volmondig toegegeven dat het ook van toepassing is op particulieren, en wordt hetzelfde niet met die woorden gedaan voor het algemene artikel 12.[130] Hierdoor wordt volgens sommigen aangenomen dat het Hof meer aarzelend staat tegenover het aanvaarden van horizontale werking van artikel 12, dan tegenover de bepalingen inzake vrij verkeer.[131] Het feit dat in *Angonese* expliciet wordt verwezen naar arbeidsrelaties en het vrij verkeer van werknemers doet volgens anderen ook afbreuk aan de precedentwaarde van het arrest *Angonese* buiten arbeidsrelaties.[132] Daardoor kan op zijn beurt weer worden getwijfeld of het verdragsrechtelijk verbod van nationaliteitsdiscriminatie wel toepassing kan vinden op op dienstverlenende activiteiten (zoals private verzekering) die worden aangeboden buiten de arbeidssfeer.

47. **Horizontale werking in de dienstverleningssector.** Dat artikel 12 van het E.G.-Vedrag (artikel 18 van het Werkingsverdrag) ook buiten arbeidsrelaties toepassing kan vinden op de verhouding tussen particulieren mag blijken uit het arrest *Ferlini* van 3 oktober 2000. In dit arrest verklaarde het Hof artikel 12 van het E.G.-Verdrag van toepassing in de verhouding tussen een particulier en een samenwerkingverband van ziekenhuizen.[133] Het feit dat deze groep een zekere macht kon uitoefenen over particulieren *en in staat was om hun voorwaarden op te leggen*, bemoeilijkte volgens het Hof de door het E.G.-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.[134] Het valt op dat het Hof in het arrest *Ferli-*

---

beginsel van gemeenschapsrecht, in M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag (eds*.), Sociale zekerheid voor het oog van de meester; Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer, Kluwer, 2006, 126.

[127] H.v.J. 6 juni 2000, *Angonese/ Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139, ov. 30-36.

[128] D .DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX*, o.c.*, 159; P.J.G., KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 439.

[129] H.v.J. 6 juni 2000, *Angonese/ Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139, ov. 35.

[130] Ibidem, ov. 36.

[131] P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 136.

[132] Zie F. SUDRE, C. PICHERAL, S. PRISO-ESSAWE, e.a., "Droit Communautaire des droits fondamentaux - Chronique de la Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2001, 821.

[133] H.v.J. 3 oktober 2000, *Ferlini/ Centre Hospitalier de Luxembourg*, C-411/98, *Jur.* 2000, I-8089, ov. 50.

[134] Ibidem.

ni, net zoals in de zaken *Walrave, Koch* en *Thieffry*, teruggrijpt naar het concept van machtsuitoefening, als rechtvaardiging voor de toelaatbaarheid van horizontale werking. Toch kan worden aangenomen dat het daarbij niet noodzakelijk moet gaan om een overheidsvergelijkende macht. Krachtens het arrest *Ferlini* kan iedere organisatie die ten opzichte van andere particulieren in een dusdanige verhouding staat dat zij hen bepaalde (contractuele) voorwaarden kan opleggen immers onder het discriminatieverbod vallen. Deze rechtspraak past in de tendens om de horizontale werking van grondrechten te verantwoorden op grond van het tegengewicht dat wordt geboden door de dominantie van de ene contractspartij ten opzichte van de andere.[135] Daarbij kan eveneens worden gedacht aan de sector van de financiële dienstverlening. Indien de aanbieders van deze diensten (waaronder ook verzekeringsdiensten) in staat blijken om voorwaarden op te leggen met betrekking tot de toegang of de omvang van deze dienst, zal het verbod van nationaliteitsdiscriminatie wellicht probleemloos toepassing kunnen vinden.

§ 3. Vroeg toepassingsvoorbeeld in verzekering: grensoverschrijdende B.A.-autoverzekering

48. **Horizontale werking in verzekeringsrelaties.** Zoals vermeld gelden de arresten *Angonese* en *Ferlini* als een belangrijke stap in de aanvaarding van de horizontale werking van de E.G.-verdragsbepalingen inzake nationaliteitsdiscriminatie. Zij duiden aan dat de horizontale werking van deze bepalingen niet alleen geldt in arbeidsrelaties of voor organisaties met een zekere overheidsvergelijkende macht, maar ook ten opzichte van dienstverleners die in staat zijn om voorwaarden op te leggen aan de particulieren waarmee zij handelen. Dat daaronder ook de handelingen van financiële dienstverleners, zoals verzekeraars, kunnen worden begrepen, blijkt goed uit het reeds in 1984 gewezen arrest *Haug-Adrion* door het Hof van Justitie.[136] Dit arrest wordt door sommige auteurs overigens aangemerkt als een bevestiging van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel.[137]

49. **Een kortingsweigering voor voertuigen met douane-kenteken.** De feiten die ten grondslag lagen aan het arrest *Haug-Adrion* betroffen een bij de Europese Commissie werkende Duitser (de Heer Haug-Adrion) die woonachtig was in België en kort na zijn verhuis naar België, een auto kocht in Duitsland. In overeenstemming met de geldende Duitse reglementering kreeg hij een douanekenteken om de auto naar België te kunnen uitvoeren en daar te laten registreren. Hierop sloot hij bij een Duitse Verzekeringsmaatschappij een B.A.-verzekering af voor één maand.[138] Vóór de aankoop van

---

[135] A. COLOMBI CIACCHI, "The constitutionalization of European Contract law: judicial convergence and social justice", *European Review of Contract Law* 2006, afl. 2, 178.

[136] H.v.J. 13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277.

[137] E. STEINDORFF, "Freedom of services in the EEC", *Fordham International Law Journal* 1987-1988, 363-364; K. LENAERTS, "Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht" in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 74, noot 102; G. SCHOORENS, "Segmentering en discriminatie" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 249.

[138] Merk op dat het als gevolg van de bepalingen in Richtlijn 2005/14/EG (vijfde richtlijn motorrijtuigenverzekering, *Pb. EG* L 149, 11 juni 2005) vandaag veel eenvoudiger is geworden om een in het buitenland gekochte wagen in te voeren. Bij invoer van het motorrijtuig wordt namelijk onmiddellijk het verzekeringsstelsel van het land van be-

de nieuwe wagen reed de Heer Haug-Adrion sinds vele jaren schadevrij met een in Duitsland geregistreerde en verzekerde wagen. Door deze lange periode van schadevrij rijden kon hij normaal gesproken genieten van een aanzienlijke premiekorting (in het kader van een bonus-malusregeling). De Duitse verzekeringsmaatschappij weigert deze premiekorting echter toe te staan voor het betreffende voertuig onder dounane-kenteken. De ongevallenrisico's zijn volgens de verzekeraar groter voor voertuigen die gewoonlijk in het buitenland gestald staan en tijdens de duur van de overeenkomst worden gebruikt in een gebied waarmee minder bekendheid bestaat. De verzekeraar in kwestie oordeelde dat hij in dit soort van gevallen, om redenen van verzekeringstechnische rationalisatie, verplicht was om uit te gaan van een zekere forfaitaire berekening. Volgens de Heer Haug-Adrion waren de Duitse tariefbepalingen volgens dewelke geen korting wordt verleend voor schadevrij rijden ingeval van motorrijtuigen met douanekenteken, echter een inbreuk op het E.(E.)G.-Verdrag. Hij vordert dan ook de terugbetaling van het gedeelte van de verzekeringspremie dat hij niet had hoeven te betalen indien hem de korting was verleend. Het *Amtsgericht* van Aken, waarvoor de zaak aanhangig was, stelt hierop de volgende prejudiciële vraag:

> *"Is het verenigbaar met het E.(E).G-verdrag en met andere voorschriften van Gemeenschapsrecht, dat geen korting voor schadevrij rijden wordt toegekend aan verzekeringnemers die in een ander E.G-land woonachtig zijn en een motorrijtuig met douanekenteken bezitten?"*

50. **Toepasselijkheid van het verbod op de relatie consument-verzekeraar.** Het was nu aan het Hof van Justitie om na te gaan of de Duitse regeling inzake de B.A. motorrijtuigenverzekering voor motorvoertuigen met douanekenteken, in overeenstemming was met de regels inzake nationaliteitsdiscriminatie en vrij verkeer. Volgens het toenmalige Duitse §7 van de *Verordnung über die Tarife in der Kraftfahrtversicherung* kon voor de B.A.-verzekering voor binnenlandse voertuigen effectief een korting worden toegekend voor schadevrij rijden. Daarbij werd echter niets bepaald voor motorrijtuigen met douanekenteken. Door de vertegenwoordiger van de Duitse bondsregering werd evenwel verklaard dat er rechtens geen beletsel bestond voor Duitse verzekeraars om met betrekking tot motorrijtuigen met douanekenteken de korting voor schadevrij rijden toch toe te staan. Om deze reden kwalificeert Advocaat-Generaal LENZ de niet-toegestane kortingsweigering dan ook als een "*privaatrechtelijk, doch goedkeuring behoevend contractueel aanbod van de verzekeraar, dat verzoeker vrijwillig heeft aanvaard.*"[139] Ook het Hof verklaart dat de prejudiciële vraag erop is gericht duidelijkheid te verschaffen over de rechtsgeldigheid van de "*contractuele bepalingen als die welke zijn vervat in de door verweerster toegepaste algemene verzekeringsvoorwaarden*".[140] Er wordt dus impliciet erkend dat het niet de Duitse regelgeving is, waarvan de geldigheid dient te worden onderzocht, maar wel de

---

stemming toegepast. Dit geldt voor 30 dagen vanaf de aanvaarding van de levering van het voertuig door de koper, zelfs als dat voertuig nog niet officieel in de lidstaat van bestemming is ingeschreven. Zie de aanpassing van het Belgisch recht in deze zin door artikel 18 van de Wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 16 juni 2008 die artikel 2, § 6, 8°, c) van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, *B.S.* 29 juli 1975 (hierna "de Controlewet") in dezelfde zin aanvult.

[139] Advocaat-Generaal LENZ, conclusie van 15 november 1984 voor H.v.J. 13 december 1984, *Haug-*Adrion/*Frankfurter Versicherungs-*AG, 251/83, *Jur.* 1984, 4291, ov. 6.

[140] H.v.J. 13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277, ov. 11.

weigering tot het toekennen van korting door de verzekeraar in kwestie. Daarmee wordt duidelijk hoe weinig moeite het Hof in deze kwestie heeft gehad om de verhouding tussen de consument en de verzekeraar te onderwerpen aan het nationaliteitsdiscriminatieverbod.[141] De voorwaarde dat het verdragsrechtelijk discriminatieverbod maar van toepassing kan zijn op op instellingen met een "zekere overheidsmacht", bleek hier reeds te zijn verlaten.

51. **Een eerste invulling van het discriminatiebegrip in verzekeringsrelaties.** In een volgende beweging werd door het Hof van Justitie onderzocht of de betwiste regeling nu al dan niet strijdig was met het verbod van discrimatie op grond van nationaliteit. Volgens het Hof was dit niet het geval. Het Hof motiveerde haar beslissing op grond van de vaststelling dat de betwiste tariefbepalingen uitsluitend berustten op *objectieve verzekeringstechnische gegevens en op het objectieve criterium dat een voertuig onder douanekenteken is geregistreerd.* De bewuste registratie stond dan ook *los van iedere overweging bettreffende nationaliteit*.[142] Om die reden kon er logischerwijze ook geen sprake zijn van discriminatie *op grond van* nationaliteit. Ondanks het feit dat er *in casu* geen discriminatie werd vastgesteld, dient toch te worden onthouden dat het Hof van Justitie in de zaak *Haug-Adrion* reeds een eerste belangrijke invulling heeft gegeven van de manier waarop het nationaliteitsdiscriminatieverbod in verzekeringsrelaties kan worden begrepen. De vaststelling dat de tariefbepalingen in het geding niet uitgingen van de nationaliteit van de verzekeringnemer maar uitsluitend berustten op objectieve verzekeringstechnische gegevens bleek een belangrijk verweermiddel te zijn voor de verzekeraar, dat nu ook door de nationale rechter in acht zou moeten worden genomen. Verderop zal op dit type verweermiddel dan ook uitgebreid worden teruggekomen.[143]

AFDELING 2. GESLACHTSDISCRIMINATIE

52. **Van marktrecht naar direct en horizontaal werkend burgerrecht.** Net zoals het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit heeft ook het verbod van geslachtdiscriminatie een evolutie doorgemaakt van een zogenaamd marktrecht naar een horizontaal werkend burgerrecht. Op grond van de loutere bewoordingen van artikel 157, lid 1 van het Werkingsverdrag (artikel 141, lid 1 van het EG.-Verdrag), dat voorziet in een verplichting voor de lidstaten om te zorgen voor de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers moest aanvankelijk worden vastgesteld dat deze bepaling zich in de eerste plaats richtte tot het beleid van de lidstaten. Geleidelijk aan is doorheen de rechtspraak van het Hof van Justitie echter duidelijk geworden dat het

---

[141] G. SCHOORENS, *l.c.*, 249. SCHOORENS wijst er wel op dat het beleid van de Duitse verzekeraar in belangrijke mate bepaald is door collectieve afspraken, ondermeer in het CEA (*Comité Européen des Assurances)* en het HUK-verband (*Verband der Haftpflichtversicherer, Unfallverischerer, Autoversicherer und Rechtsschutzversicherer e.V.*).

[142] Dit kon het Hof mede vaststellen op grond van het feit dat de betwiste regeling zowel van toepassing was op Duitsers die in een andere lidstaat wonen als op Duitsers die in Duitsland zelf wonen. Zie H.v.J. 13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277, ov. 17.

[143] De vermoede aanwezigheid van discriminatie op grond van een bepaald kenmerk (in dit geval nationaliteit) kan inderdaad worden weerlegd door het bewijs dat de regeling van toepassing is ongeacht de nationaliteit. Later zal naar deze verweermethode worden verwezen als de doorkruising van het causaal verband tussen het beschermde kenmerk en de benadeling van het slachtoffer. Zie *infra* nrs. 419 e.v. en 799. e.v.

beginsel van gelijke beloning rechtstreeks kon worden ingeroepen door werknemers ten opzichte van hun werkgever. Deze evolutie wordt kort toegelicht onder §§1-2.

53. **Toepassing van het verdragsrechtelijk verbod in verzekeringsrelaties.** Daarnaast is eveneens duidelijk geworden dat via een ruime interpretatie van het begrip loon, het geslachtsdiscriminatieverbod ook kon worden toegepast op premies en bijdragen in aanvullende pensioenvoorzieningen. Dit maakt dat het Hof van Justitie zich in het verleden reeds heeft moeten uitspreken over de geoorloofdheid van het gebruik van actuariële berekeningselementen die uitgaan van de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen. Deze toepassing is dan ook van belang voor andere vormen van aanvullende sociale voorzieningen, waarbij eveneens gebruik wordt gemaakt van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen zoals levensverzekering, arbeidsongeschiktheidsverzekering, hospitalisatieverzekering of ongevallenverzekering. Bij uitbreiding kunnen er ook algemene lessen uit worden getrokken met betrekking tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op verzekeringsrelaties in het algemeen. De toepassingsvoorbeelden die artikel 141 E.G.-Verdrag heeft gekend in aanvullende regelingen van sociale zekerheid wordt besproken onder §3.

§ 1. Van marktrecht naar burgerrecht

54. **Sociale vooruitgang.** Het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen heeft in artikel 141 van het E.G.-Verdrag gedurende twintig jaar een sluimerend bestaan geleden, waarbij de lidstaten ervan uitgingen dat artikel 141 E.G.-Verdrag een louter marktregulerende werking had die de concurrentie ten goede moest komen.[144] Hier kwam in de jaren '70 verandering in als gevolg van de rechtspraak van het Hof van Justie in de zaak *Defrenne* (II). In deze zaak bevestigde het Hof dat artikel 141 niet enkel een economisch doel in zich draagt, maar ook een sociaal doel en past binnen een Europese Gemeenschap, "*die niet slechts een economische unie is maar tevens de sociale vooruitgang en een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder de volkeren van Europa leven en werken, moet verzekeren*."[145]

55. **Impact van *Defrenne*.** Meteen na de uitspraak in *Defrenne* werden door de Europese Commissie stappen ondernomen naar een meer uitgebreide rol van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het E.G.-verdrag bevatte destijds geen bevoegdheid voor een gemeenschapsoptreden waarbij maatregelen konden worden getroffen ter bestrijding van geslachtsdiscrimi-

---

[144] J.M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 635-721; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 57; P. CRAIG, en G. DE BURCA, *EU Law: text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 846, die in eerste instantie wijzen naar *Frankrijk* als vragende partij voor deze bepaling, gezien haar bezorgdheid om competitieve nadelen te ondergaan, daar zij een reeds meer doorgedreven regeling aan de dag had gelegd aangaande het principe van gelijke loon voor gelijk werk dan dit het geval was in de andere lid-staten. Zie hieromtrent nog E. BRIBOSIA, "La lutte contre les discriminations: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 37; D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *European Law Journal* Juni 2002, afl. 2, 292-293.

[145] H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 10.

natie. Men meende echter beroep te kunnen doen op de algemene bevoegdheidsbepalingen van de artikelen 308 en 94 van het E.G.-Verdrag (oude artikelen 235 en 100 E.G.-Verdrag en huidige artikelen 115 en 352 van het Werkingsverdrag) op basis waarvan maatregelen konden worden genomen die noodzakelijk zijn voor de werking van de gemeenschappelijke markt of rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.[146] Al snel werd er door de Europese wetgever nieuwe regelgeving aangenomen die het verbod van loondiscriminatie tussen mannen en vrouwen beter diende te omkaderen.[147] Vervolgens kwam er een Richtlijn die het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen aanzienlijk uitbreidde naar domeinen andere dan de gelijke beloning, zoals daar zijn de toegang tot arbeid, de beroepsopleiding, de promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden.[148] Een volgende Richtlijn leidde ertoe dat het beginsel van gelijke behandeling tussen vrouwen en mannen werd uitgebreid naar het domein van de sociale zekerheid.[149] Deze normatieve uitbreiding zorgde voor een eerste loskoppeling van het gelijkebehandelingbeginsel van zijn economische grondslag, om als dusdanig reeds een meer sociale functie te gaan vervullen.[150]

56. **Ondergeschikt economisch doel.** In latere arresten heeft het Hof verschillende keren vastgesteld dat het recht om niet op grond van zijn geslacht te worden gediscrimineerd, één van de fundamentele rechten van de mens is waarvan de eerbiediging dient te worden verzekerd.[151] In de Zaak *Schröder*, ging het Hof nog een stap verder, door te stellen dat het economisch doel van artikel 141 E.G.-Verdrag, zijnde de opheffing van mededingingsverstorende gedragingen, zelfs een ondergeschikte betekenis heeft gekregen t.a.v. het sociale doel van dit artikel in haar hoedanigheid van uitdrukking van een fundamenteel mensenrecht.[152] Met deze stelling wou het Hof aanduiden dat niets er aan in

---

[146] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 58-59.

[147] Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *Pb.EG* L45, 19 februari 1975, 19

[148] Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden , *Pb. EG* L39, 14 februari 1976, 40, zoals gewijzigd door de Genderrichtlijn arbeid.

[149] Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *Pb.EG* L6, 10 januari 1979, 4.

[150] E. BRIBOSIA, *l.c.*, 38.

[151] H.v.J. 15 juni 1978, *Defrenne/Sabena*, 149/77, *Jur.* 1978, 1365, ov. 26-27; H.v.J. 20 maart 1984, *Razzouk en Beydoun/Commissie*, 75/82 en 117/82, *Jur.* 1984, 1509, ov. 16; H.v.J. 30 april 1996, *P./S. en Cornwall County Council*, C-13/94, *Jur.*, I-2143, ov. 19. In deze laatste zaak gaf het Hof een uitgebreide interpretatie aan het verbod van discriminatie op grond van geslacht door ook gevallen van discriminatie op grond van geslachtsverandering onder het verbod te betrekken. Dergelijke onderscheiden toch gedogen zou volgens het Hof afbreuk doen aan "*het respect voor de waardigheid en de vrijheid, waarop de betrokkene recht heeft en dat het Hof dient te beschermen*". (zie ov. 22 van het arrest). BRIBOSIA wijst erop dat ondanks deze veelbelovende formule, die het potentieel heeft het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bovenaan de hiërarchie der communautaire normen te plaatsen, toch een stap terug werd gezet in het arrest *Grant.* Zie E. BRIBOSIA, *l.c.*, 41-42. In het arrest *Grant* verklaarde het Hof dat de draagwijdte van artikel 141 niet zodanig kon worden verruimd dat het ook toepasselijk zou zijn op discriminaties op grond van seksuele geaardheid. Zie H.v.J. 17 februari 1998, *Grant/South-West Trains*, C-249/96, *Jur.* 1998, I-621, ov. 46.

[152] H.v.J. 10 februari 2000, *Deutsche Telekom/Schröder*, C-50/96, *Jur.* 2000, I-743, ov. 57; zie hierover J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 222; O. DE SCHUTTER, "The promotion of funda-

de weg stond dat de lidstaten maatregelen zouden nemen die verder zouden gaan in de bescherming van de gelijkheid tussen man en vrouw, dan strikt door het Gemeenschapsrecht wordt vereist.[153]

57. **Nieuwe bevoegdheid voor de gemeenschapswetgever.** Met betrekking tot de bestrijding van geslachtsdiscriminatie in de arbeidssfeer kwam er met het Verdrag van Amsterdam een bevoegdheidsuitbreiding voor de Raad. In artikel 141, lid 3 (huidig artikel 157, lid 3 van het Werkingsverdag) wordt bepaald dat de Raad

> *"maatregelen aan[neemt] om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, met inbegrip van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid."*

Op basis van dit artikel is in 2006 een richtlijn aangenomen door het Europees Parlement en de Raad die het geheel van de richtlijnen met betrekking tot geslachtsdiscriminatie in de arbeidssfeer moet vereenvoudigen, moderniseren en verbeteren door ze in één tekst samen te voegen en ze op die manier duidelijker en doeltreffender te maken voor alle burgers.[154] Het gaat om de hoger reeds aangestipte Genderrichtlijn arbeid (Richtlijn 2006/54/EG). In de overwegingen bij deze richtlijn, wordt de gelijkheid van mannen en vrouwen nog eens bevestigd als een fundamenteel beginsel van Gemeenschapsrecht.[155] De inhoud van deze richtlijn is van belang voor verzekeringsrelaties daar zij uitdrukkelijke uitzonderingen voorziet die het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen onder bepaalde omstandigheden toelaat in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.[156]

---

mental rights by the Union as a contribution to the European legal space (II): the balance between economic and social objectives in the European Economic Constitution", *Reflexive Governance in the public interest - http://refgov.cpdr.ucl.ac.be , REFGOV-FR-3*, 2006, afl. Fundamental Rights, 7; T.K. HERVEY, "Thirty years of EU sex equality law: looking backwards, looking forwards", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, afl. 4, 318; zie ook H.v.J. 10 februari 2000, *Deutsche Post/Sievers* (C-271/97) en *Deutsche Post/ Schrage*, (C-271/97), gevoegde zaken C-270/97 en C-271/97, *Jur.* 2000, I, 929, ov. 57.

[153] E. ELLIS, "The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality", *Common Market Law Review* 2000, 1404.

[154] Zie hiervoor Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep. COM/2004/279 def.

[155] Zie ov. 2 van de Genderrichtlijn arbeid.

[156] Zie artikel 9, h), i) en j) van de Genderrichtlijn arbeid (die een kopie is van de bepalingen van artikel 6, h), i) en j) van de Richtlijn 86/378/EEC van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings - en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *Pb.EG* L 225, 12 augustus 1986, 40, zoals gewijzigd bij Richtlijn 96/97/EC van 20 december 1996, *Pb.EG* L 46, 17 februari 1996, 20) en die zowel voor zgn. *streefdoelregelingen* als voor zgn. *vastebijdrageregelingen* ruime uitzonderingen voorzien die grotendeels aansluiten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie in H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, I-6935; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389. Zie over deze problematiek Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, 105-146; J.-M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 635-721; A. EYLENBOSCH, en K. VERRETH, "Gelijke beloning van mannen en vrouwen inzake aanvullende pensioenregelingen: keert het Hof van Justitie op zijn stappen terug?", *Sociale Kroniek* 1994, afl. 4, 145-155; L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, "Gelijkheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenen", *T.S.R.* februari 2003, 261-289; L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *T.S.R.* 2009, afl. 2, 230-240; J. WOUTERS, "Het Hof van Justitie en de gelijke behan-

§ 2. Een direct en horizontaal werkend burgerrecht

58. **Directe werking.** Artikel 141, lid 1 van het E.G.-Verdrag vraagt van de lidstaten dat zij er zorg voor dragen dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. Reeds in 1976 kwam het Hof van Justitie in het Arrest *Defrenne* (II)[157] tot de conclusie dat gezien het "*dubbele doel -economisch zowel als sociaal*" van de bepaling en door het feit dat de nationale rechter "*in staat is alle feiten vast te stellen aan de hand waarvan hij kan beoordelen of een vrouwelijke werknemer minder loon ontvangt dan een man die hetzelfde werk verricht*", [oud-]artikel 119 aan de rechtsonderhorigen "*rechten kan verlenen die de rechterlijke instanties dienen te handhaven*". Artikel 141 E.G.-Verdrag heeft sinds de datum van dit arrest (8 april 1976)[158] dus directe werking, in die zin dat het inroepbaar is voor de nationale instanties.[159] Hiervoor zijn geen maatregelen van afgeleid Europees recht, noch maatregelen van nationaal recht vereist. Met het argument dat artikel 141 zich uitdrukkelijk tot de lidstaten richt, wordt geen rekening meer gehouden.

59. **Horizontale werking.** In eenzelfde beweging heeft het Hof in het Arrest *Defrenne* (II) eveneens verklaard dat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers zoals neergelegd in artikel 141 E.G.-Verdrag "*niet slechts geldt voor overheidshandelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren.*"[160] Artikel 141 kan dus worden ingeroepen zowel ten opzichte van de overheid, als ten opzichte van private personen. Werknemers die slachtoffer zijn van geslachtsdiscriminatie kunnen zich op hun rechten beroepen tegenover hun werkgever.

60. **Toepasselijkheid op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen (IBP) en verzekeraars.** In latere arresten heeft het Hof van Justitie zich nog uitgesproken over de vraag of het verdragsrechtelijk geslachtsdiscriminatieverbod ook van toepassing is op instellingen die geen partij zijn bij de arbeidsovereenkomst maar wel belast zijn met de uitvoering van de verplichtingen van de werkgever. Het hof bevestigde dat aan het nuttig effect van artikel 119 afbreuk zou worden gedaan en de rechtsbe-

---

deling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen", *R.W.* 1994-1995, afl. 41, 1385-1396 en *R. W.* 1994-1995, afl. 42, 1417-1431; C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination" in P. WAUTHELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, 108, Luik, Anthemis - Commission Université-Palais, *l.c.*, 87 en 91-95.

[157] H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 10.

[158] Volgens het Hof heeft de temporele beperking van de directe werking van artikel 119, die met het oog op de rechtszekerheid pas erkend wordt te spelen vanaf de uitspraak van het Hof in het Defrenne-arrest (8 april 1976), niet tot doel om werknemers het recht op gelijke behandeling te ontnemen. Retroactieve wetgeving die werknemers op dit vlak ook voor deze datum beschermt met het oog op hun deelname aan pensioenplannen is dus op geen enkele wijze onverenigbaar met het Gemeenschapsrecht. Zie E. ELLIS, "The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality", *l.c.*, 1404.

[159] Het Hof heeft de gevolgen van de interpretatie dat artikel 119 direct inroepbaar is voor de nationale instanties, enigszins beperkt in de tijd. Het heeft verklaard dat de door haar verklaarde inroepbaarheid niet geldt voor periodes die voorafgaan aan de datum van het arrest *Defrenne* (II), zijnde 8 april 1976. Op die manier werd vermeden dat in het verleden betaalde lonen terug in geding werden gebracht. Zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 75.

[160] H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 39.

scherming, die een daadwerkelijke gelijkheid vereist, ernstig wordt geschaad, indien een werknemer deze bepaling niet tegen dergelijke instellingen zou kunen inroepen.[161] Door deze stellingname vallen dus ook pensioenfondsen en (groeps-) verzekeraars die bv. voorzien in aanvullende regelingen van sociale zekerheid, onder het verbod van loondiscriminatie op grond van geslacht.[162] Het feit dat deze instellingen geen partij zijn bij de arbeidsovereenkomst doet aan dit principe geen afbreuk.[163]

§ 3. Met toepassingsvoorbeelden in verzekering: aanvullende regelingen inzake sociale zekerheid

A. Algemeen

61. **Toepasselijkheid op aanvullende regelingen van sociale zekerheid.** Op grond van artikel 157 van het Werkingsverdrag (oud-artikel 141 E.G.-Verdrag) hebben mannelijke en vrouwelijke werknemers recht op een gelijk loon voor gelijke of gelijkwaardige arbeid. Het in artikel 157 E.G.-Verdrag gehanteerde loonbegrip is breed. Volgens het tweede lid van artikel 157 kan met loon worden gelijkgesteld "*het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt*." Uit de rechtspraak van het Hof is gebleken dat ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, die worden voorzien bovenop de wettelijke beschermingsmechanismen van sociale zekerheid, eveneens onder dit loonbegrip ressorteren.

Sinds het Hof in de arresten *Bilka* en *Barber* bevestigde dat aanvullende pensioenen loon zijn[164] en dat niet alleen de pensioenuitkeringen maar ook de pensioenbijdragen onder het toepassingsgebied van artikel 157 ressorteren[165], is het dit artikel inderdaad gaan toepassen op een brede schare van aanvullende regelingen van sociale zekerheid. Zo oordeelde het Hof dat artikel 157 naast de prestaties bij het bereiken van de pensioenleeftijd (die bescherming bieden tegen het ouderdomsrisico)[166], eveneens van toepassing was op de prestaties bij voortijdig overlijden (overlijdensrisico)[167] de prestaties bij invaliditeit (invaliditeitsri-

---

[161] H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 88; H.v.J. 28 september 1994, *Fisscher/Voorhuis Hengelo en Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de detailhandel*, C-128/93, *Jur.* 1994, I-4583, ov. 31.

[162] J.-M. BINON, "Le principe du traitement égal des sexes: ses incidences en assurance de personnes", *De Verz.* 1996, afl. 314, 10.

[163] J. WOUTERS, "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen", *l.c.*,1424.

[164] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 22.

[165] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889, ov. 27-28. Zie W. VAN GERVEN, "Politics, ethics and the law - Legal practice & Scholarship", *l.c.*, 15-16.

[166] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607 (aanvullende bedrijfspensioenen); H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889 (vervangende particuliere bedrijfspensioenen); H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389; H.v.J. 28 september 1994, *Smith/Avdel Systems*, C-408/92, *Jur.* 1994, I-4435; H.v.J. 22 december 1993, C-110/91, *Jur.* 1993, I-6591; H.v.J. 28 september 1994, *Van Den Akker/Stichting Shell Pensioenfonds*, C-28/93, *Jur.* 1994, I-4527; H.v.J. 28 september 1994, *Bestuur van het algemeen burgerlijk pensioenfonds/Beune*, C-7/93, *Jur.* 1994, 4471.

[167] H.v.J. 6 oktober 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Jur.* 1993, I-4879.

sico)[168] en de prestaties bij de beëindiging van de dienstbetrekking[169]. Doorheen deze evolutie heeft het Hof, zoals het verklaarde in de zaak *Beune*, rekening gehouden met verschillende criteria om te bepalen wat wel en wat niet onder het toepassingsgebied van artikel 141 valt. Aan deze onoverzichtelijkheid is het Hof in deze zelfde zaak tegemoet gekomen door uiteindelijk het element "dienstbetrekking" zoals het in artikel 157 is opgenomen als doorslaggevend (maar niet exclusief) te beschouwen voor de loonkwalificatie.[170]

Hoewel de rechtspraak van het Hof van Justitie tot nog toe voornamelijk gericht was op aanvullende pensioenregelingen en zich nog niet heeft dienen uit te spreken over prestaties in het geval van ziekte, levensverzekering of arbeidsongeschiktheidsverzekering, zijn er geen redenen om aan te nemen dat deze regimes van het toepassingsgebied van artikel 157 zouden uitgesloten zijn.[171]

62. **Toepasselijkheid op bestanddelen van het loon.** Ondanks het feit dat door een ruime interpretatie van het loonsbegrip ook aanvullende regelingen van sociale zekerheid onder het toepassingsgebied van artikel 157 ressorteren, is het een tijd lang onduidelijk gebleven welke *bestanddelen* van het loon zouden kunnen genieten van het beschermingsregime van artikel 157. Zo diende het Hof zich uit te spreken over de vraag of ook de vaststelling van de *pensioenleeftijd* voor mannen en vrouwen onder het toepassingsgebied van het gelachtsdiscriminatieverbod konden vallen. Een zelfde oordeel diende het Hof te vellen met betrekking tot het gebruik van *actuariële berekeningselementen* die afhangen van de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen.

63. **Pensioenleeftijd en actuariële berekeningselementen.** Men kan stellen dat de vraag of artikel 141 een voor mannen en vrouwen verschillende pensioenleeftijd kan verhinderen in aanvullende pensioenen, een aspect uitmaakt van de gelijke *toegang* van mannen en vrouwen tot het loon. De mogelijkheid om bij het bepalen van premies en uitkeringen in aanvullende regelingen van sociale zekerheid, gebruik te maken van naar het geslacht verschillende actuariële gegevens (die rekening houden met de verschillende gemiddelde levensverwachting) maakt dan een aspect uit van de voor mannen en vrouwen gelijke *berekening* van het loon. Daar (bijdragen en uitkeringen in) aanvullende sociale voorzieningen zoals aanvullende hospitalisatieverzekering en levensverzekering eveneens onder het loonbegrip vallen, wordt de vraag in welke mate artikel 141 eveneens een gelijke toegang en een gelijke berekening van het loon afdwingt, ook voor de verzekeraar relevant.

---

[168] H.v.J. 28 september 1994, Vroege/NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV en Stichting Pensioenfonds NCIV, C-57/93, *Jur.* 1994, I-4541.

[169] H.v.J. 27 juni 1990, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Jur.* 1990, I-2591.

[170] Zie H.v.J. 28 september 1994, *Bestuur van het algemeen burgerlijk pensioenfonds/Beune*, C-7/93, *Jur.* 1994, 4471, ov. 43. Zie voor een commentaar, Y. STEVENS, Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen, Leuven, Proefschrift ingediend met het oog op het verwerven van de academische graad van Doctor in de Rechten, 2002, 413; J. WOUTERS, "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen", *l.c.*, 1395-1396; L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, "Gelijkheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenen", *l.c.*, 276.

[171] J. M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 651 en 704; J.-M. BINON, "Le principe d'égalité de traitement en droit européen et ses application à l'assurance" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2006, 26-27, voetnoot 14.

In de hiernavolgende paragrafen zal de manier worden toegelicht waarop het Hof van Justitie is omgegaan met de verhouding tussen artikel 141 E.G.-Verdrag en de gelijke toegang tot het loon enerzijds (zie punt 2) en gelijke berekening van het loon anderzijds (zie punt 3).

B. Gelijke toegang tot het loon: vaststelling van de pensioenleeftijd en "Barberisatie"

64. **Strijdigheid van verschillende pensioenleeftijd in aanvullende pensioenvoorzieningen.** Een voor mannen en vrouwen verschillende pensioenleeftijd in aanvullende pensioenvoorzieningen schept voor hen een ongelijke toegang tot de prestaties die hen toekomen indien zij de pensioenleeftijd bereiken. Er heeft echter een tijd onduidelijkheid bestaan omtrent de vraag of het verschil in pensioenleeftijd eigenlijk wel onder het toepassingsgebied van de in artikel 141 E.G.-Verdrag geformuleerde gelijkebehandelingsnorm kon worden gebracht. Op basis van eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie kon worden verwacht van niet. In deze rechtspraak[172] werd namelijk gesuggereerd dat er een verschil bestond tussen de '*hoeveelheid'* van de betaling - in welk geval artikel 141 E.G.-Verdrag van toepassing was - en de '*toegangsvoorwaarden'* tot de betaling, in welk geval beroep zou moeten gedaan worden gedaan op de bepalingen van Richtlijn 76/207/EEG, maar waaraan in tegenstelling tot artikel 141, geen rechtsreekse horizontale werking was verbonden.[173]

Meer duidelijkheid kwam er in de zaak *Barber* voor het Hof van Justitie. In deze zaak diende het Hof van Justitie te oordelen over de vraag of er sprake was van discriminatie in een geval waarbij een man aan wie gedwongen ontslag was verleend, slechts aanspraak maakte op een uitgesteld pensioen, terwijl een vrouw in dezelfde omstandigheden recht had op een onmiddellijk ingaand pensioen. Deze ongelijke behandeling spruitte rechtstreeks voort uit het feit dat voor mannen en vrouwen in de betrokken pensioenregeling een verschillende leeftijdsvoorwaarde gold.

Het Hof oordeelde dat de toepassing van het beginsel van gelijke beloning moest worden verzekerd ten aanzien van élk onderdeel van de beloning en men niet kon volstaan met de aan de werknemers toegekende voordelen in hun totaliteit te beoordelen.[174] Hierdoor kwam de ongelijke pensioenleeftijd onder het toepassingsgebied van het horizontaal werkende artikel 141 E.G.-Verdrag en werd een ongelijke pensioenleeftijd in een systeem van aanvullende werknemerspensioenen beschouwd als een

---

[172] H.v.J. 16 februari 1982, *Burton/British Railways Board*, 19/91, *Jur.* 1982, 554, ov. 14; H.v.J. 15 juni 1978, *Defrenne/Sabena*, 149-77, *Jur.* 1878, 1365, ov. 21.

[173] Deze moeilijkheid werd als dusdanig aan het Hof voorgelegd door Advocaat-Generaal VAN GERVEN in zijn conclusies bij de zaak *Barber*; zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, conclusie van 30 januari 1990 voor H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889, ov. 32-52. Zie daarvoor N. BURROWS en R. GREAVES, *l.c.*, 103-104. Zie ook E. ELLIS, "Recent case law of the Court of Justice on the equal treatment of women and men", *Common Market Law Review* 1994, afl. 31, 46.

[174] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889, ov. 31-35. Men had verwacht dat het Hof van Justitie nochtans rekening zou houden met het argument dat een pensioenregeling die een loutere aanvulling was van een wettelijk pensioenschema, bezwaarlijk kon leiden tot een kwalificatie van deze pensioenregeling als loon. Het Hof was van echter van oordeel dat de rechterlijke controle op het geslachtsdiscriminatieverbod sterk zou worden bemoeilijkt indien de nationale rechter "alle voordelen van verschillende aard die naargelang van de omstandigheden aan mannelijke en vrouwelijke werknemers worden toegekend, zouden moeten beoordelen en vergelijken" (zie ov. 34).

met het E.G.-Verdrag strijdige discriminatie.[175] Door de verschillende pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen te beoordelen onder artikel 141, kon ook geen beroep meer gedaan worden op de belangrijke uitzonderingsbepaling onder artikel 9, *sub* a) van Richtlijn 86/378/EEG, die de lidstaten toestond om de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling uit te stellen wat betreft de gelijkstelling van de pensioengerechtigde leeftijd.[176] De uitspraak in *Barber* hield namelijk een impliciete ongeldigverklaring in van dit oorspronkelijke artikel 9, *sub* a).[177]

65. **"Barberisatie".** Het arrest *Barber* bracht in Europese verzekeringsmiddens een schokgolf teweeg. Gecombineerd met de horizontale werking van artikel 141, kwam het *Barber*-arrest erop neer dat mannen voortaan op dezelfde leeftijd als vrouwen om de toekenning van een bedrijfspensioen konden verzoeken.[178] Een belangrijke aanpassingsoperatie in de bestaande pensioenreglementen was dan ook het gevolg.[179] Vele pensioenplannen hanteerden immers een verschillende pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen.[180]

66. **Beperking in de tijd.** Ter wille van de creatie van meer rechtszekerheid en ook met het oog op het behoud van het financiële evenwicht in vele aanvullende pensioenregelingen in de Europese Gemeenschap, heeft het Hof van Justitie haar oordeel in de zaak *Barber* in de tijd willen beperken.[181] Om de gevolgen van haar uitspraak te milderen besloot het Hof dat op de rechtstreekse werking van [oud-] artikel 119 géén beroep zou kunnen worden gedaan "*om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen voor 17 mei 1990* ", zijnde de datum van het arrest *Barber*. Het Hof wou met deze beperking in de tijd de dreiging verzachten die rustte op groepsverzekeraars en pensioenfondsen. Deze riskeerden snel te worden geconfronteerd met claims komende van al diegenen die in het verleden benadeeld waren door de discriminatoire voorwaarden van pensioenplannen. Dit bracht hen in een bijzonder rechtsonzekere situatie, daar de lidstaten er tot dan redelijkerwijze van waren uitgegaan dat, gelet op de in de richtlijnen 79/7/EG en 86/378/EG voorziene uitzonderingen met betrekking tot verschillen in pensioenleeftijd, [oud-] artikel 119 niet van toepassing was op pensioenen uit hoofde van een vervangende regeling. Het Hof wou met haar beperking in de tijd dan ook vermijden dat "*rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding [zouden] worden gebracht.*"

---

[175] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889, ov. 34.

[176] Richtlijn 86/378/EEC van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings - en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *Pb.EG* L 225, 12 augustus 1986, 40, zoals gewijzigd bij Richtlijn 96/97/EC van 20 december 1996, *Pb.EG* L 46, 17 februari 1996, 20.

[177] H. GILLIAMS, "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990", *R.W.* 1990-1991, afl. 40, 1368. Dit leidde dan ook tot een wijziging van Richtlijn 86/378/EEG in 1996 door Richtlijn 96/97/EG van 20 december 1996, *Pb.EG* L 46, 17 februari 1996, 20, die een nieuw artikel 9 invoerde dat enkel betrekking had op uitstel voor wat betreft zelfstandigen en dat later werd overgenomen in artikel 11 van Richtlijn 2006/54/EG.

[178] H. GILLIAMS, *l.c.*, 1368.

[179] In verzekeringsmiddens bezigt men de term "*Barberisatie";* zie Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.,* 132; Y. STEVENS, *o.c.*, 413-414.

[180] L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, "Gelijkheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenen", *l.c.*, 271.

[181] Ibidem.

Omwille van de doortastendheid van de gevolgen van het *Barber*-arrest en de daarbijgaande interpretatieproblemen omtrent de werking in de tijd,[182] is in 1991 op de Europese top in Maastricht een aanvullend interpretatief protocol aangenomen.[183] In dit zogenaamd *Barber*-protocol verklaarden de lidstaten dat "*uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid niet als beloning zouden worden beschouwd indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid voor 17 mei 1990*". Uitkeringen die betrekking hadden op tijdvakken van arbeid voor 17 mei 1990 zouden op die manier wel nog kunnen worden berekend op basis van een verschillende pensioenleeftijd.[184]

67. **Gelijke toegang tot aanvullende sociale voorzieningen.** De rechtspraak van het Hof van Justitie in *Barber* maakt duidelijk dat het geslachtdiscriminatieverbod zoals het vandaag is opgenomen in artikel 157 van het Werkingsverdrag, een gelijke toegankelijkheid voor mannen en vrouwen oplegt tot aanvullende pensioenvoorzieningen. Gezien het ruime toepassingsgebied van artikel 157 kan hieruit worden afgeleid dat ongelijke toegangsvoorwaarden voor mannen en vrouwen op grond van dit artikel niet alleen kunnen worden afgedwongen voor pensioenvoorzieningen, maar ook voor alle andere aanvullende sociale voorzieningen.[185]

C. Gelijke berekening van het loon: het gebruik van actuariële berekeningselementen

68. **Verschillende levensverwachting voor mannen en vrouwen.** Nu er in de zaak *Barber* fel de nadruk op was gelegd dat het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen moest worden verzekerd voor élk onderdeel van de beloning,[186] rees de vraag of het loonbegrip van artikel 141 zover leidde dat ook het gebruik van *actuariële berekeningselementen* die rekening hielden met geslacht, werden onderworpen aan het geslachtsdiscriminatieverbod. Voor verzekeringsrelaties is dit een cruciale vraag, daar in aanvullende pensioenen en andere vormen van levensverzekering traditioneel wordt rekening gehouden met de voor mannen en vrouwen verschillende levensverwachting. Daar op

---

[182] Zie hierover Y. STEVENS, *o.c.*, 414, die een onderscheid maakt tussen de zgn. *uitkeringsinterpretatie*, waarbij het recht op een gelijke pensioenuitkering ontstond vanaf 17 mei 1990, ongeacht de pensioenopbouw in het verleden en de zgn. *opbouwinterpretatie*, waarbij er slechts vanaf 17 mei 1990 recht ontstond op gelijke opbouw van pensioenaanspraken.

[183] *Pb. EG* C 29 juli 1992, afl. 191, 3.

[184] L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, "Gelijkheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenen", *l.c.*, 272. Ook na 17 mei 1990 kunnen er nog twee periodes worden onderscheiden. Wat betreft de periode tussen 17 mei 1990 en de (verplichte) aanpassing van de pensioenplannen aan de Barber-rechtspraak (Barberisatie) wordt aangenomen dat hierbij de zogenaamde regel van "*best of*" geldt, die erop neerkomt dat de minst bevoordeelde groep aanspraak kon maken op de prestaties die voorzien waren voor de meest bevoordeelde groep. Zie H.v.J. 28 september 1994, *Smith/Avdel Systems*, C-408/92, *Jur.* 1994, I-4435, ov. 16-18; zie ook Y. STEVENS, *l.c.*, 415; P. CRAIG and G. DE BURCA, *o.c.*, 881; L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, "Gelijkheid op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen", *l.c.*, 275; Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, 133. Vanaf het moment dat een pensioenplan echter is aangepast, moet er volledige gelijke behandeling zijn. Hierbij is het niet verboden om het uitkeringsniveau van de bevoordeelde groep gelijk te trekken met het niveau van de minst bevoordeelde groep, waardoor in de praktijk, vele pensioenprestaties uiteindelijk ook zijn verlaagd. Zie Y. STEVENS, o.*c.*, 416.

[185] J.-M. BINON, Le principe d"égalité de traitement en droit européen et l'assurance, *l.c.*, 26.

[186] D. CURTIN, "Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and "Barber"", *Common Market Law Review* 1990, afl. 27, 494; zie ook C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 129.

basis van statistische gegevens wordt aangenomen dat vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen, is het gevolg dat vrouwen na het bereiken van een bepaalde leeftijd (bv. de pensioenleeftijd) hun pensioen of rente-uitkering gemiddeld langer opnemen, waardoor zij een grotere kost vertegenwoordigen. Dit leidt ertoe te denken dat de bijdragen voor vrouwen hoger dienen te zijn dan voor mannen, willen zij gedurende een langere tijd een even hoge pensioenrente kunnen genieten als mannen.[187] Is er nu sprake van discriminatie op grond van artikel 141 E.G.-Verdrag indien bij het bepalen van deze bijdrage wordt rekening gehouden met de verschillende levensverwachting?

69. ***Neath* en *Coloroll.* Niet-toepasselijkheid op financieringsmodaliteiten.** Over de toelaatbaarheid van een onderscheiden behandeling in de berekening van premies en uitkeringen, gebaseerd op voor mannen en vrouwen verschillende levensverwachting, heeft het Hof voor het eerst moeten oordelen in de zaken *Neath*[188] en *Coloroll*[189]. Het Hof van Justitie heeft in deze zaken de unieke gelegenheid gehad om duidelijkheid te scheppen omtrent de overeenstemming tussen het gebruik van actuariële elementen en het gelijkheidsbeginsel. Toch is deze duidelijkheid achterwege gebleven, omdat het Hof besloot tot de niet-toepasselijkheid van artikel 141 E.G.-Verdrag op bepaalde aspecten van de bijdrageregeling.

Volgens het Hof van Justitie dient de betaling van een periodiek pensioen in het kader van een zogenaamde streefdoelregeling (waar de uit te keren rente op voorhand wordt bepaald) in ieder geval te worden beschouwd als *loon* in de zin van artikel 141 E.G.-Verdrag.[190] De hoogte van de pensioenrente voor mannen en vrouwen dient dan ook gelijk te zijn, ook al geniet de gemiddelde vrouw hier langer van.

Anders is het volgens het Hof met de *financieringsmodaliteiten* die zijn gekozen voor de uitbetaling van deze pensioenrente.[191] Volgens het Hof hebben deze financieringsmodaliteiten niets van doen met de loonsverbintenis van de werkgever. Het Hof maakt daarbij wel een onderscheid tussen *werk-*

---

[187] Of zoals Y. STEVENS het formuleert: “Moeten mannen en vrouwen dus ongelijk behandeld worden bij de bijdrageregeling om uiteindelijk gelijk behandeld te kunnen worden bij de uitkeringsregeling?”, Zie Y. STEVENS, o.c., 425.

[188] Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath*/*Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935. De zaak *Neath* betrof een pensioenstelsel waarbij van te voren vaststaande uitkeringen (defined benefit) op basis van het eindsalaris werden uitbetaald. De regeling werd gefinancierd door bijdragen van de werknemer en van de werkgever. De werkgeversbijdragen, in tegenstelling tot de werknemersbijdragen, waren hoger voor vrouwelijke dan voor mannelijke werknemers, als gevolg van het feit dat in het financieringsmechanisme van de regeling, gebruik werd gemaakt van actuariële gegevens die gebaseerd waren op de omstandigheid dat vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen. Het gevolg hiervan was dat het bedrag waarop mannelijke werknemers die met vervroegd pensioen gingen en waarbij een deel van het pensioen ineens werd uitgekeerd, zoals het geval was bij de Heer Neath, lager was dan dat van zijn vrouwelijke collega’s.

[189] Zie H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees*/*James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389. Ook de pensioenregeling in de zaak *Coloroll* was opgebouwd volgens het *defined benefit*-principe waarbij aangesloten mannelijke werknemers bij de keuze voor de (gedeeltelijke) uitkering van een pensioen ineens een lagere uitkering kregen dan vrouwen, als gevolg van het feit dat rekening werd gehouden met op grond van het geslacht verschillende actuariële gegevens. Ook waren de werkgeversbijdragen voor vrouwen hoger dan die voor mannen.

[190] H.v.J. 22 december 1993, *Neath*/*Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 30; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees*/*James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 79.

[191] Ibidem.

geversbijdragen ter financiering van het pensioen en *werknemersbijdragen*. *Werknemersbijdragen* zouden wél als loon moeten worden beschouwd, daar zij worden ingehouden op het salaris, dat per definitie onder het begrip beloning valt.[192] *Werkgeversbijdragen* dienen echter enkel ter aanvulling van de financiële middelen opdat deze (in streefdoelregelingen) toereikend zouden zijn om de kosten van de toegezegde pensioenen te dekken. In het bepalen van de hoogte van *werkgeverspremies* kan volgens het Hof daarom wél rekening worden gehouden met naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren. Artikel 141 is volgens het Hof immers niet van toepassing op deze werkgeversbijdragen.[193]

70. **Omzetting van rente naar kapitaalsom.** De toelaatbaarheid van hogere werkgeversbijdragen voor vrouwen kan ertoe leiden dat mannen en vrouwen uiteindelijk van een gelijke periodieke pensioenrente genieten. Een probleem doet zich echter voor indien de pensioenregeling in een mogelijkheid voorziet om in de loop van de arbeidsovereenkomst, de reeds gekapitaliseerde rentes om te zetten in een uit te keren kapitaal. Mannelijke werknemers die met vervroegd pensioen gaan, krijgen op dat moment een deel van het pensioen ineens uitgekeerd en het bedrag daarvan zal lager zijn dan dat van vrouwelijke werknemers. Het is precies dit soort van omzettingsregeling die ter discussie lag in de genoemde zaken *Neath* en *Coloroll* voor het Hof van Jusitie. Het Hof nam hier de stelling aan dat de omzetting van een periodiek pensioen in een kapitaalsom (net zoals wergeversbijdragen) eveneens niet viel onder de plicht van de werkgever tot gelijke beloning.[194] Kapitaaluitkeringen in streefdoelregelingen mogen volgens het Hof dan ook zonder meer ongelijk zijn voor mannen en vrouwen op basis van actuariële factoren.

71. **Geen uitspraak over geoorloofdheid actuariële berekeningsfactoren.** STEVENS noemt deze houding van het Hof op termijn echter onhoudbaar, daar in pensioenregelingen type vaste bijdragen[195] de pensioenuitkering in kapitaal wél gelijk dient te zijn.[196] Er is niet direct een grondige reden te be-

---

[192] Ook in eerdere uitspraken kwam het Hof reeds tot die conclusie. Zie meerbepaald H.v.J. 11 maart 1991, *Worringham en Humphreys/Lloyds Bank Limited*, 69/80, *Jur.* 1980, 767, ov.28; Zie J. M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 683.

[193] Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 31; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 81.

[194] Dit vloeit volgens het Hof logisch en noodzakelijk voort uit het besluit dat werkgeversbijdragen buiten het toepassingsgebied van artikel 141 vallen. Kapitalen kunnen volgens het Hof namelijk maar worden bepaald in functie van de wijze van financiering. Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 32-33; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 82. Zie Y. STEVENS, *o.c.*, 428.

[195] Regelingen waarbij de bijdragen aan het plan vooraf zijn vastgelegd, maar de definitieve uitkering, die bestaat uit de gekapitaliseerde som van de bijdragen, pas gekend is op het moment van uitkering. Zie voor het onderscheid met streefdoelregelingen, Y.STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, 134-135.

[196] Y. STEVENS, *o.c.*, 429. Het feit dat in vastebijdrageregelingen het uit te keren kapitaal wél gelijk dient te zijn voor mannen en vrouwen wordt afgeleid uit het feit dat de werkgeversbijdragen in vastebijdrageregelingen (in tegenstelling tot in streefdoelregelingen) eveneens gelijk dienen te zijn. Werkgeversbijdragen vallen namelijk onder het loonsbegrip dat in de zaken *Neath* en *Coloroll* werd gehanteerd. (zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 29; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 78.) Loon is volgens het Hof van Justitie immers de verbintenis van de werkgever om *op een bepaald tijdstip een periodiek pensioen toe te kennen waarvan de vaststellingscriteria reeds*

denken waarom op het vlak van kapitaaluitkering een onderscheid moet worden gemaakt tussen vastebijdrageregelingen en streefdoelregelingen. Men kan zich dan ook moeilijk van de gedachte ontdoen dat de keuze van het Hof om de financieringsmodaliteiten uit het toepassingsgebied van artikel 141 te sluiten, een *ad-hoc* oplossing is geweest, die erop gericht was geen oordeel te moeten vellen over de eigenlijke grond van de zaak, namelijk de geoorloofdheid van het gebruik van actuariële berekeningsfactoren in streefdoelregelingen.

72. **Beoordeling ten gronde door de Advocaat-Generaal.** Er dient op te worden gewezen dat de aanzet tot een beslissing ten gronde in de zaken *Neath* en *Coloroll* wél reeds voldoende was gegeven door Walter VAN GERVEN, destijds Advocaat-Generaal voor het Hof in deze zaken. In zijn gezamenlijke conclusies in de zaken *Ten Oever*, *Moroni*, *Neath* en *Coloroll* durfde hij wél een standpunt in te nemen ten opzichte van de overeenstemming van het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen met artikel 141 E.G.-Verdrag.

73. **Interne actuariële beheersmethode vs. externe betrekkingen**. Op zichzelf was de Advocaat-Generaal het eens met de idee dat artikel 141 E.G.-Verdrag zich niet inlaat met de financieringswijze van een pensioenregeling. Artikel 141 legt geen verbod op ten opzichte van het gebruik van geslachtsgebonden actuariële berekeningselementen, indien dit gebeurt met het oog op de raming van de financiële verbintenissen van een pensioenstelsel evenals op het behoud van het financieel evenwicht tussen bijdragen en uitkeringen.[197] Zo kunnen verschillende sterftetabellen bv. worden gebruikt met het oog op reservevorming.[198] Indien echter in de financiering van bedrijfspensioenen, het gebruik van actuariële berekeningsfactoren wordt doorgerekend in de kosten en deze doorrekening vervolgens leidt tot verschillende werknemersbijdragen en/of verschillende uitkeringen, blijft artikel 141 E.G.-Verdrag voor de Advocaat-Generaal onverkort van toepassing.[199] De Advocaat-Generaal maakt hier een onderscheid tussen de zogenaamde interne actuariële beheersmethoden van de pensioenregeling en de externe betrekkingen waarbij verschillen zichtbaar zijn in de eigenlijke bijdragen en uitkeringen.[200]

---

bekend zijn op het moment waarop de verbintenis wordt aangegaan. Dit is precies het geval in vastebijdrageregelingen. De bijdragen aan het plan zijn vooraf vastgelegd en maken dus loon uit. Zie Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, 140; J.-M. BINON en H. CLAASSENS, "La protection sociale complementaire en droit Européen" in C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *De aanvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie - Pensioenen en gezondheidszorg*, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 2003, 120, voetnoot 127; J.M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 688; L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 243-244.

[197] Zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll/Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 34 en 39.

[198] A. EYLENBOSCH en K. VERRETH, *l.c.*, 150, Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, 127.

[199] Zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll/Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 33-34.

[200] Ibidem, ov. 39. “Ik kan weliswaar begrijpen”, zo verklaart Advocaat-Generaal VAN GERVEN, “dat het van belang is voor een pensioenstelsel om zich, met het oog op een raming van de uitstaande en toekomstige verbinte-

74. **Groep vs. individu**. In de ogen van de Advocaat-Generaal is artikel 141 E.G.-Verdrag niet enkel *toepasselijk* op het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren. Het gebruik ervan is er ook *niet mee in overeenstemming*.[201] Deze niet-overeenstemming leidt de Advocaat-Generaal af uit de vaststelling dat artikel 141 ernaar streeft de werknemer met betrekking tot zijn recht op gelijke loon voor gelijke arbeid te behandelen als *individu* en niet als lid van de ene of de andere *geslachtsgroep*.[202] Volgens de Advocaat-Generaal kan het wel zo zijn dat vrouwen gemiddeld langer leven dan de gemiddelde man, maar dat geeft nog geen uitsluitsel over de individueel te verwachten levensduur van de benadeelde man. Inspiratie voor deze stelling haalt VAN GERVEN in de uitspraken van het Amerikaanse Supreme Court in de zaken *Manhart*[203] en de zaak *Norris*[204] waarin in een gelijkaardige feitenconstellatie voor het eerst beroep werd gedaan op dit onderscheid tussen een groeps- en individuele benadering van gelijkheid. Advocaat-Generaal VAN GERVEN was van mening dat in plaats van de gemiddelde levensverwachting van een man of vrouw men evengoed (of zelfs beter) een onderscheid kon maken tussen de gemiddelde levensverwachting op basis van de uitoefening van een bepaald beroep, rookgedrag of eet- en drinkgewoonten.[205] Daar gaat het immers om factoren die een rechtstreekse impact hebben op de levensverwachting van een bepaald individu. De Advocaat-Generaal stuurt dan ook aan op het gebruik van zogenaamde uni-seks sterfetafels. Door het gebruik van dergelijke tafels kan de kost van een statistisch verschillende levensduur gespreid worden over alle werknemers in een pensioenplan, waarbij zowel de prestaties als de bijdragen zijn afgestemd op de levensduur van het gemiddeld indivu en niet op de levensduur van mannen en vrouwen apart. Het Hof van Justitie is in haar uiteindelijke uitspraak in de zaken *Neath* en *Coloroll* niet toegekomen aan de beoordeling van deze argumentatie, nu het van mening was dat artikel 141 van het E.G.-Verdrag geheel niet van toepassing was op de financieringsmodaliteiten van een pensioenregeling.

---

nissen, een juist beeld te vormen van de levensverwachting van de deelnemers aan het stelsel. Maar dit betreft enkel de interne actuariële beheersmethoden die door actuarissen worden aangewend om na te gaan welke middelen er nodig zijn om, rekening houdend met de levensduur van de pensioengerechtigden, het financieel evenwicht tussen bijdragen en uitkeringen in stand te houden. Niets verhindert de actuarissen om, bij het bepalen van dat evenwicht, rekening te houden met naar geslacht verschillende actuariële factoren. […] Wat evenwel door artikel 119 wordt verlangd, is dat de vaststelling van het bedrag van bijdragen en uitkeringen die aan de pensioengerechtigde werknemer worden gevraagd respectievelijk uitbetaald - en dus wat de externe betrekkingen van het stelsel met zijn aangeslotenen betreft - voor mannen en vrouwen plaats heeft op grond van dezelfde criteria."

[201] *Ibidem*, ov. 39.

[202] *Ibidem*, ov. 35. De Advocaat-Generaal verwijst hierbij naar de uitspraken van het Amerikaanse Supreme Court van 25 april 1978, Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart, 435 *U.S.* 702, 708-709 en 6 juli 1983, Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris, 463 *U.S.* 1073. Zie voor een eerdere suggestie in deze richting reeds D. CURTIN, *l.c.*, 495.

[203] United States Supreme Court 1978, City of Los Angeles, Department of Water and Power v. Marie Manhart, , 435 U.S. 677, 708-709.

[204] United States Supreme Court 1983, Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris, 463 U.S. 1073.

[205] Zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll/Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 36.

75. **Beoordeling ten gronde in *Lindorfer*.** De uitspraken in de zaken *Neath* en *Coloroll* hebben voor het Hof van Jusitie zeker niet het eindpunt betekend voor de discussie of het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren in overeenstemming is met de gelijkebehandelingsnorm. In het recente arrest *Lindorfer* van 11 september 2007 heeft het Hof namelijk wél (voor de eerste maal) de gelegenheid gehad zich uit te spreken over het gebruik van geslachtsspecifieke actuariële gegevens, weliswaar binnen de specifieke context van het pensioenstelsel dat geldt voor ambtenaren bij de Europese Instellingen.[206] Het Hof heeft zich in deze zaak echter niet rechtstreeks gebaseerd op de gelijkebehandelingsnorm zoals die is vervat in artikel 141 van het E.G.-Verdrag, maar wel op het zogenaamde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als *algemeen beginsel van het recht van de Unie*.[207] Zonder hierover reeds in detail te treden, kan worden gesteld dat het Hof op deze manier, onafhankelijk van haar eerdere rechtspraak, "rechtvaardigingsmogelijkheden" kon toestaan voor de vastgestelde ongelijke behandeling.[208] Ten minste voor wat betreft de context van de gemeenschapspensioenen kwam het Hof tot de conclusie dat het gebruik van actuariële berekeningselementen niet in overeenstemming was met de door de inrichter van het stelsel vooropgestelde doelstelling van gezond financieel beheer.[209] Om die reden kwam het Hof tot het besluit dat er *in casu* sprake was van een discriminatie op grond van geslacht.[210] Verderop zal duidelijk worden gemaakt op basis van welke redenering het Hof precies tot deze uitspraak is gekomenen en wat de gevolgen van deze uitspraak kunnen zijn buiten de context van de gemeenschapspensioenen. Vast staat wel dat een uitsluitend beroep op artikel 141 E.G.-Verdrag in de tot nu toe bekende rechtspraak van het Hof van Justitie nog niet tot een definitieve beoordeling ten gronde heeft geleid van de geoorloofdheid van het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen.

---

[206] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767,ov. 57-58.

[207] *Ibidem*, ov. 50.

[208] Zie over de aanwendingsmogelijkheden van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie, *infra* nrs. 126 e.v. Zie over de mogelijkheid tot "rechtvaardiging", alsook de inhoud ervan, *infra* nrs. 469.

[209] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-57. Volgens GIESELINK en DAEMS zijn er redenen om aan te nemen dat de uitspraak van het Hof van Justitie in *Lindorfer* weinig betekenis heeft *buiten* de context van de gemeenschapspensioenen. Zie H. DAEMS en G. GIESELINK, "De federale antidiscriminatiewetten en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), De nieuwe federale antidiscriminatiewetten, Brugge, Die Keure, 2008, 674-676. Zie ook C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 134.

[210] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 59.

HOOFDSTUK III. NIEUWE BEVOEGDHEDEN VOOR DE GEMEENSCHAPSWETGEVER: ARTIKEL 13 E.G.-VERDRAG (NIEUW-ARTIKEL 19 WERKINGSVERDRAG)

AFDELING 1. ALGEMEEN

76. **Nieuwe rechtsgrond – nieuwe Richtlijnen.** Sinds het Verdrag van Amsterdam van 1997 is er een nieuwe rechtsgrond opgenomen voor discriminatiebestrijding in het E.G.-Verdrag, die de Raad de bevoegdheid geeft om communautaire wetgeving aan te nemen inzake discriminatie op basis van ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. In tegenstelling tot artikel 141 van het E.G.-Verdrag biedt artikel 13 een rechtsgrond voor het uitvaardigen van discriminatiewetgeving die ook búiten de arbeidssfeer geldt.[211] Deze rechtsgrond werd opnieuw terug opgenomen onder artikel 19 van het Werkingsverdrag. Op basis van artikel 13 E.G.-Verdrag werden tot op heden reeds drie Richtlijnen aangenomen. Dit waren de zogenaamde 'Rasrichtlijn' van 29 juni 2000 (Richtlijn 2000/43/EG), de Kaderrichtlijn arbeid van 27 november 2000 (Richtlijn 200/78/EG) en de Genderrichtlijn van 13 december 2004 (Richtlijn 2004/113/EG). Op 2 juli 2008 diende de Commissie nog een voorstel van Richtlijn in (Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid) dat zou moeten leiden tot een vierde Richtlijn[212]. Verder zal naar het geheel van de op basis van artikel 13 (huidig artikel 19 van het Werkingsverdrag) aangenomen Richtlijnen, alsook het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, worden verwezen als de "Artikel 19-Richtlijnen".

77. **Naar een geharmoniseerd anti-discriminatierecht.** Hoewel betreurd werd (en wordt) dat de burger aan het in het E.G.-Verdrag ingevoerde artikel 13 niet *rechtstreeks* rechten kan ontlenen (noch artikel 13 E.G.-Verdrag, noch artikel 19 Werkingsverdrag hebben directe werking) heeft deze bevoegdheidsuitbreiding toch geleid tot een stroomversnelling in het Europees discriminatierecht.[213] Alle reeds uitgevaardigde richtlijnen dienden ondertussen te zijn omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten van de EU. Dit heeft er voor gezorgd dat, minstens voor het toepassingsgebied van deze Richtlijnen, kan worden gesproken van een relatief uniform beschermingsminimimum van horizontaal werkende anti-discriminatiewetgeving doorheen de EU. Van een volledig harmonisering kan evenwel niet worden gesproken, daar de lidstaten op heel wat belangrijke aspecten een relatief grote bewegingsvrijheid genieten, die ertoe heeft geleid dat de artikel 19-Richtlijnen slechts op fragmentarische wijze werden omgezet.

> Ondanks het feit dat de artikel 19-richtlijnen helpen om een doorheen de Unie geharmoniseerd geheel van anti-discriminatiewetgeving tot stand te brengen, worden bepaalde keuzes inderdaad aan de lid-staten gelaten. Zo kon worden geopteerd voor een grond-specifieke benadering, waar voor iedere discriminatie-

[211] E. CARACCIOLO DI TORELLA, "The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual analysis", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, afl. 3, 343.

[212] Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid (COM (2008) 426).

[213] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 65.

grond of groep van discriminatiegronden een afzonderlijke wetgevende akte werd gepubliceerd (zie bv. het Verenigd Koninkrijk), dan wel voor een algemene benadering waarbij al de te beschermen discriminatiegronden in één unieke gelijkebehandelingswet terechtkomen (zie bv. de Belgische anti-discriminatiewetgeving van 2003 of de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling). Ook stond het de lidstaten vrij om discriminatiegronden toe te voegen naast deze door de Richtlijnen beschermde, door middel van een opsomming van bijkomende gronden (zoals bv. in België, *infra* nr. 344-345) of via een expansieclausule (zoals bv. in de Finse, Hongaarse of Poolse wetgeving). De Richtlijnen lieten de lidstaten eveneens vrij om te kiezen voor een geïntegreerde methode, waarbij het anti-discriminatierecht wordt gezien als een apart gecodificeerd geheel van normen, dan wel voor een specifieke verticale benadering, waarbij de non-discriminatieregels worden geïmplementeerd in wetgeving die telkens andere toepassingsgebieden beheerst. Ook inhoudelijk lieten de richtlijnen de lidstaten op heel wat punten vrij om nadere keuzes te maken. Zo konden de lidstaten op bepaalde domeinen, met name in verzekeringsrelaties, keuzes maken omtrent de al dan niet rechtvaardigbaarheid van directe geslachtsdiscriminatie (cf. *infra* nr. 487 e.v.) en stond het de lidstaten ook vrij om zelf een mix te bepalen van (voldoende doeltreffende) sanctiemechanismen.[214]

78. **Veruitwendiging van een Europees mensenrechtenbeleid.** In de door de Commissie geformuleerde voorstellen van Richtlijn die hebben geleid tot het bestaande beschermingssysteem, wordt duidelijk aangeven dat deze Richtlijnen niet een bevordering van de integratie van de Europese markt beogen maar ook beschouwd dienen te worden als elementen van een Europees mensenrechtenbeleid.[215] Met de Richtlijnen werd inderdaad beoogd een algemene bescherming in te richten tegen discriminatie op basis van de geviseerde gronden, die geldt voor alle burgers van de Europese Unie en in alle lidstaten een basisniveau van bescherming tegen discrimatie moet bieden. De Richtlijnen, zo wordt verklaard, zullen de sociale en economische cohesie helpen verbeteren, de fundamentele waarden die aan de Unie ten grondslag liggen – vrijheid, democratie, eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en het beginsel van de rechtsstaat - versterken en verder ook bijdragen tot de ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.[216] Hierbij komt nog dat alle artikel 19-Richtlijnen (slechts) “minimum”-standaarden voorschrijven die niet beletten dat de lidstaten opteren voor bepalingen die gunstiger zijn voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling.[217] Samen met de meer expliciete fundering voor de Richtlijnen

[214] Zie voor een nadere exploratie van deze omzettingsopties, D. SCHIEK, "Implementing EU Non-Discrimination Directives: Typologies of legal transplanting" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve, Maklu / Academia Bruylant, 2007, 70-83.

[215] J.-M. BINON, "Le principe d'égalité de traitement en droit européen et ses application à l'assurance" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 25; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 65.

[216] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad houdende tenuivoerlegging van het beginsel van personen ongeacht ras of entische afstamming, COM (2000) 328 def., 4.

[217] Zie artikel 6, lid 1 van de Rasrichtlijn, artikel 8, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid, artikel 7 van de Genderrichtlijn en artikel 6, lid 1 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

in de rechten van de persoon, wordt de breuk met de economische oorsprong van dit beginsel als marktintegrerende factor nogmaals bevestigd.[218]

AFDELING 2. DE BETEKENIS VAN ARTIKEL 19 WERKINGSVERDRAG ALS RECHTSGROND

79. **Aanvullend of subsidiair karakter.** In tegenstelling tot andere artikelen van het Werkingsverdrag die nuttig zouden kunnen zijn als rechtsgrond voor het uitvaardigen van communautaire wetgeving ter bestrijding van discriminatie, valt artikel 19 op door zijn aanvullend of subsidiair karakter. De eerste zin van deze bepaling luidt namelijk dat het artikel als rechtsgrond kan dienen "*Onverminderd de andere bepalingen van de Verdragen".* Dit wil zeggen dat indien een andere verdragsbepaling als rechtsgrondslag kan worden gebruikt, de Europese wetgever voor deze rechtsgrondslag dient te kiezen, ook al is die rechtsgrondslag minder specifiek.[219] Dit is een belangrijk verschil ten opzichte van bv. artikel 18 van het Werkingsverdrag dat volgens haar bewoordingen niet geldt onverminderd de *andere* bepalingen, maar wel onverminderd de "*bijzondere* bepalingen", zoals bijvoorbeeld artikel 45 Werkingsverdrag (oud-artikel 39 vanhet E.G.-Verdrag) inzake het vrij personenverkeer. De verhouding tussen artikel 19 Werkingsverdag en artikel 157 Werkingsverdrag laat zich in die zin beschrijven dat niets van het bepaalde in artikel 19 afbreuk kan doen aan de werking van artikel 157, indien artikel 157 kan dienen als rechtsgrond voor het bestrijden van (geslachts)discriminatie in arbeidsrelaties.[220]

80. **Eenparigheid in de Raad en "opting-out-clausules".** Het aannemen van wetgeving op grond van artikel 19 Werkingsverdrag vereist een relatief zware besluitvormingsprocedure. De Raad kan maar maatregelen nemen op voorstel van de Commissie, na "goedkeuring" van het Europees Parlement (op grond van artikel 13 E.G.-Verdrag was slechts een "raadpleging" vereist) én met eenparigheid van stemmen. Dit unanimiteitsvereiste zorgt ervoor dat wetgevingsinitiatieven die op grond van artikel 19 worden genomen, op basis van een veto door elke lidstaat kunnen worden tegengehouden.[221] Het unanimiteitsvereiste van artikel 19 heeft ertoe geleid dat de Europese wetgever op punten waarover de lidstaten het niet eens raakten, zijn toevlucht heeft genomen tot zogenaamde "opting-out clausules". In het geval van de artikel 19-Richtlijnen betreft het clausules waar het de lidstaten wordt toege-

---

[218] E. BRIBOSIA, *l.c.*, 48.

[219] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 77; M. BELL en R. WHITTLE, "Between social policy and union citizenship: the framework directive on equal treatment in employment", *European Law Review* 2002, 677; M. BELL, Anti-discrimination law and the European Union, *o.c.*, 129.

[220] M. BELL, "The new article 13 EC Treaty: A sound basis for European anti-discrimination law", *Maastricht Journal* 1999, afl. 1, 9, met verwijzing naar H.v.J. 2 februari 1989, *Cowan/ Trésor Public*, 186/87, *Jur.* 1989, 195, ov. 14, waar een analoge interpretatie werd gemaakt met betrekking tot artikel 12 E.G.-Verdrag met betrekking tot nationaliteitsdiscriminatie, zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 77; M. BELL en R. WHITTLE, "Between social policy and union citizenship: the framework directive on equal treatment in employment", *European Law Review* 2002, 677.

[221] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 76.

staan om op het belangrijke thema van de rechtvaardiging van onderscheid, af te wijken van de principieel toepasselijke regels die in de Richtlijnen worden gesteld.[222]

81. **Concurrentie met andere gelijkebehandelings-rechtsgronden.** Het unanimiteitsvereiste van artikel 19 staat in contrast met andere mogelijke rechtsgronden die dienend kunnen zijn voor communautaire gelijkebehandelingswetgeving. Hierbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan artikel 153, lid 2 Werkingsverdrag (sociale uitsluiting en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen) of 157, lid 3 Werkingsverdrag (gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep), waar kan gestemd worden met gekwalificeerde meerderheid volgens de zogenaamde "gewone wetgevingsprocedure" van artikel 294 van het Werkingsverdrag (oud-artikel 251 E.G.-Verdrag – aangepaste medebeslissingsprocedure).[223]

---

[222] Het betreft telkens afwijkingen waarbij het aan de vermeend discriminerende partij wordt toegestaan om eventueel gemaakte onderscheiden op grond van de door de Richtlijn beschermde kenmerken, te rechtvaardigen, waarbij een dergelijke rechtvaardiging door de Richtlijn principieel niet wordt toegestaan.

Zie artikel 4 van de Rasrichtlijn waarbij de lidstaten kunnen bepalen dat een onderscheid in behandeling dat berust op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming, geen discriminatie vormt indien dit kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. Voor een bespreking zie *infra* nr. 481. Zie artikel 4 van de Kaderrichtlijn arbeid, waarbij de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen disriminatie vormen indien leeftijd een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. Voor een bespreking zie *infra* nrs. 529.

Zie artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid waarbij de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijke worden gerechtvaardigd. Voor een bespreking, zie *infra* nrs. 530 e.v. Zie ook artikel 6, lid 2 van de Kaderrichtlijn arbeid waarbij de lidstaten kunnen bepalen dat in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid een toetredingsleeftijd kan worden vastgesteld. Op grond van dit artikel konden de lidstaten eveneens toelaten dat verschillende leeftijden voor werknemers werden vastgesteld in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid en konden zij bepalen dat in het kader van die regelingen, het gebruik van leeftijdscriteria in de acturariële berekeningen geen discriminatie vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Zie daarvoor *infra* nr. 534.

Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn waarbij de lidstaten kunnen bepalen dat proportionele verschillen in premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten kunnen worden toegestaan in de gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Voor een bespreking zie *infra* nrs. 487 e.v.

Zie het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid waar artikel 2, lid 6 bepaalt dat de lidstaten kunnen toestaan dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd. Voor een bespreking zie *infra* nrs. 537 e.v.

Onder artikel 2, lid 7 van hetzelfde voorstel wordt bepaald dat de lidstaten voor de verstrekking van financiële diensten proportionele verschillen in behandeling toestaan wanneer het gebruik van leeftijd of handicap voor het betrokken product een essentiële factor is in de risicobeoordeling op basis van relevante actuariële en statistische gegevens. Voor een bespreking zie *infra* nrs. 539 e.v.

[223] Zie M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, *o.c.*, 129; K. MONAGHAN, *Equality Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 123; E. CARACCIOLO DI TORELLA, "The goods and services Directive: limitations and opportunities", *Feminist Legal Studies* 2005, afl. 13, 340.

Een vroeger verschil tussen het gebruik van de medebeslissingsprocedure en de procedure op grond van oud-artikel 13 E.G.-Verdrag is de geringe invloed van het Europees Parlement, die in tegenstelling tot het medebeslissingrecht onder de medebeslissingprocedure beperkt bleef tot een adviserende bevoegdheid, hetgeen een eerder zwakke democratische legitimatie opleverde. Zie P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 137. Deze zwakke directe democratische legitimatie houdt nochtans niet in dat het parlement haar adviserende rol niet als (indirect) drukkingsmiddel kon gebruiken. Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 76, met verwijzing naar de totstandkoming van de Rasrichtlijn. De zwakke adviserende rol is ondertussen onder het Verdrag van Lissabon versterkt nu van het Europees Parlement niet langer advies, maar wel goedkeuring vereist wordt (zie nieuw artikel 19 van het Werkingsverdrag).

82. **Concurrentie met bevoegdheidsbepaling totstandkoming interne markt.** Artikel 19 van het Werkingsverdrag kan eveneens in concurrentie treden met rechtsgronden die niet rechtstreeks betrekking hebben op gelijkebehandelingsvoorschriften, maar om andere redenen in aanmerking komen als basis voor regulering op dit domein. In dit verband kan worden verwezen naar een belangrijke discussie die is gevoerd naar aanleiding van de totstandkoming van de hogervermelde Genderrichtlijn. Het voorstel dat moest leiden tot de uiteindelijke Genderrichtlijn greep volgens de Commissie juridische zaken en interne markt van het Europees Parlement krachtig in op de contractuele betrekkingen tussen privé-personen en zou duidelijke gevolgen hebben voor de werking van de *interne markt*.[224] Dit werd verklaard door het feit dat het oorspronkelijke voorstel een volledige harmonisatie van de toepasselijke voorschriften voor actuariële berekeningsfactoren in verzekerings- en aanverwante financiële diensten belichaamde. Aan de lidstaten werd een uniform te bereiken eindresultaat opgelegd, waarbij het geslacht als factor voor het berekenen van premies en uitkeringen voor verzekerinsdiensten werd verboden.[225] De enige plaats waar de lidstaten zich van elkaar konden onderscheiden was hun keuze voor de termijn waarbinnen de bepalingen inzake actuariële geslachtsgerelateerde berekeningselementen kon worden omgezet.[226] Door de grote invloed die de Genderrichtlijn zou hebben op de financiële dienstensector en met name het verzekeringswezen, suggereerde de Commissie juridische zaken en interne markt van het Europees Parlement dat in de plaats van artikel 13 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 19 Werkingsverdrag), het artikel 95 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 114 Werkingsverdrag) als rechtsgrondslag zou moeten dienen, daar dit laatste artikel de basis is voor maatregelen die de interne markt tot stand moeten brengen.[227]

> De suggestie dat niet artikel 13 E.G.-Verdrag maar wel artikel 95 E.G.-Verdrag de te gebruiken rechtsgrond zou hebben uitgemaakt bij de totstandkoming van de Genderrichtlijn, zou gevolgen hebben gehad voor de te volgen besluitvormingsprocedure. Het is namelijk zo dat artikel 95 E.G.-Verdrag als rechtsgrond (net zoals artikel 141, lid 3 E.G.-Verdrag en artikel 137, lid 2 E.G.-Verdrag) aan het Europees Parlement een veel grotere rol zou hebben toebedeeld in het wetgevingsproces. Besluiten op basis van artikel 95 E.G.-verdrag (nieuw artikel 114 Werkingverdrag) worden namelijk genomen via de medebeslissingsprocedure. Dit in tegenstelling tot de besluitvorming op grond van het vroegere artikel 13 E.G.-Verdrag waarbij aan het Europees Parlement slechts een raadgevende rol werd toegekend. Daar een verbod op het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten in de verzekeringssector duidelijke gevolgen zou hebben, kan worden aangenomen dat de verzekeringslobby via een pleidooi voor het gebruik van artikel 95 E.G.-Verdrag, haar invloed via het Parlement niet heeft willen kwijtraken.

---

[224] Verslag over het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, A5 (2004) 155, 38.

[225] Zie het oorspronkelijke artikel 4, lid 1 van het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM (2003) 657 def. (hierna "Voorstel van Genderrichtlijn").

[226] Zie het oorspronkelijke artikel 4, lid 2 van het voorstel van Genderrichtlijn. Zie ook Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Proposal for a Directive on sex discrimination: civil rights "individualistic" tradition versus insurance "group" tradition", *l.c.* 2004, 610-611.

[227] Verslag over het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, A5 (2004) 155, 38.

Ondanks de invloed die de artikel 19-Richtlijnen kunnen uitoefenen op de werking van de interne markt kan worden ingezien dat de Genderrichtlijn in de eerste plaats heeft willen bijdragen aan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Aangezien een gecombineerde rechtsgrondslag in het geval van de artikelen 13, 95 en 141, lid 3 E.G.-Verdrag bovendien niet mogelijk was[228] en ook de Rasrichtlijn reeds op basis van artikel 13 E.G.-Verdrag een discriminatieverbod instelde op het vlak van het leveren van goederen en diensten, lijkt de uiteindelijke keuze voor artikel 13 E.G.-Verdrag als rechtsgrondslag voor de Genderrichtlijn, de meest verantwoorde te zijn geweest.

AFDELING 3. DE ARTIKEL 19-RICHTLIJNEN

83. **3 Richtlijnen – 1 Voorstel.** Zoals gezegd werden op basis van artikel 13 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 19 werkingsverdrag) reeds drie verschillende Richtlijnen aangenomen en werd er één voorstel ingediend waarvan de wetgevingsprocedure nog niet is afgerond. Het gaat om de zogenaamde "Rasrichtlijn", "Kaderrichtlijn arbeid", "Genderrichtlijn" en het "Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid".

84. **Rasrichtlijn.** De eerste op grond van artikel 13 E.G.-Verdrag aangenomen Richtlijn, de Rasrichtlijn, verbiedt discriminatie op basis van ras in domeinen die gerelateerd zijn aan arbeid en beroep, maar ook daarbuiten. De rasrichtlijn richt zich naast andere toepassingsgebieden zoals het lidmaatschap van organisaties en sociale voordelen, ook tot de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.[229] De rasrichtlijn appelleert dus rechtstreeks aan verzekeringsdiensten.

85. **Kaderrichtlijn arbeid.** Enkele maanden na de Rasrichtlijn werd op 27 november 2000 de zogenaamde "Kaderrichtlijn arbeid" (Richtlijn 2000/78/EG) aangenomen. Deze gaat discriminatie tegen op basis van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid' en dit in aangelegenheden van arbeid en beroep. De Richtlijn is o.m. van toepassing op de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, mét inbegrip van beloning.[230] De Kaderrichtlijn arbeid legt naast een verbod van directe en indirecte discriminatie op basis van de genoemde discriminatiegronden, eveneens een verplichting op tot redelijke aanpassingen voor personen met een handicap.[231]

86. **Genderrichtlijn**. Vier jaren na de komst van voornoemde twee richtlijnen werd op 13 december 2004 de zogenaamde Genderrichttlijn (Richtlijn 2004/113/EG) aangenomen, die discriminatie wil tegengaan op basis van geslacht en dit voor domeinen die zich bevinden *buiten* de sfeer van arbeid en beroep. Deze Richtlijn is van bijzonder belang voor verzekeringsdiensten daar zij een optiemogelijk-

[228] Toch niet in het geval wanneer de procedures welke voor de verschillende rechtsgrondslagen zijn voorgeschreven, onverenigbaar zijn. Zie hiervoor H.v.J. 11 juni 1991, *Commissie/Raad*, C-300/89, *Jur.* 1991, I-2867, ov. 17-21; H.v.J. 25 februari 1999, *Parlement/Raad*, gevoegde zaken C-164/97 en C-165/97, *Jur.* 1999, I-1139, ov.14; H.v.J. 11 september 2003, *Commissie/Raad*, C-211/01, *Jur.* 2003, I-8913, ov. 23.

[229] Zie artikel 3, h) van de Rasrichtlijn.

[230] Zie artikel 3, c) van de Kaderrichtlijn arbeid.

[231] Zie artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid.

heid voorziet voor de lidstaten om verschillen in premies en uitkeringen toe te staan, indien daarvoor actuariële en statistische gegevens voorhanden zijn.[232]

87. **Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.** Nog eens een kleine vier jaar na het verschijnen van de Genderrichtlijn diende de Commissie het Voorstel van Richtlijn in dat bescherming moet bieden tegen discriminatie op grond van handicap, leeftijd, godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid buiten de arbeidssfeer. Dit met name op het vlak van de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, de sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg, de sociale voordelen en onderwijs.[233] Het voorstel werd op 2 juli 2008 voorgelegd aan de Raad van Ministers en ter raadpleging ook aan het Europees Parlement, conform de wetgevingsprocedure die hoort bij de rechtsgrond van artikel 13 E.G.-Verdrag.[234]

88. **Meerwaarde.** De tot nu toe uitgevaardigde artikel 19-richtlijnen betekenen niet alleen een aanzienlijke uitbreiding naar nieuw-beschermde discriminatiegronden ten opzichte van de bestaande verdragsrechtelijke bescherming tegen geslachts- en nationaliteitsdiscriminatie. Zij voeren daarenboven nieuwe definities in met betrekking tot discriminatie, positieve actie en de verplichting tot het nemen van redelijke maatregelen. Daarenboven wordt meer aandacht besteed aan een efficiënter handhavingskader. Ook het recente Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid van de Europese Commissie bouwt voort op de aanpak en de begrippen van de bestaande artikel 19-Richtlijnen, wat betreft de definities van discriminatie en intimidatie, de verplichting om redelijke aanpassingen te doen en de procedurele regels.

89. **Uiteenlopend beschermingsniveau.** Hoewel de definiëring en formulering van de belangrijkste concepten (directe en indirecte discriminatie, positieve actie, minimumeisen, bewijslast) grotendeels uniform zijn, kan echter nog niet worden gesproken van een uniform beschermings*niveau* voor alle betrokken discriminatiegronden.[235] Eerst en vooral kennen al deze richtlijnen een apart toepassingsgebied. Zo is de Kaderrichtlijn arbeid in tegenstelling tot de andere richtlijnen niet van toepassing op het leveren van goederen en diensten[236] en kennen enkel de Genderrichtlijn en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid bepalingen die specifiek gericht zijn op verzekeringsrelaties (in verband met het gebruik van actuariële en statistische berekeningselementen). Verder wordt enkel voor de grond handicap voorzien in aanvullende en meer specifieke bepalingen met betrekking tot redelijke aanpas-

---

[232] Cf. *infra* nr. 484 e.v.

[233] Zie artikel 3 van het Voorstel.

[234] Cf. *infra* nr. 536 e.v. Zie voor een uitgebreide bespreking, K. LEMMENS en S. VAN DROOGHENBROECK, "Les nouvelles initiatives législatives Européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination - Un corpus juris en quête de cohérence" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 80-118.

[235] L. WADDINTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing European Union Equality directives", *l.c.*, 588; D. SCHIEK, “Implementing EU non-discrimination directives – Typologies of legal transplanting”, in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 66-67;

[236] Zie artikel 3 van de Kaderrichtlijn arbeid.

singen[237] en gelden er voor leeftijdsdiscriminatie duidelijk meer rechtvaardigingsgronden dan voor andere beschermde gronden[238]. Deze verscheidenheid is ruim bekritiseerd in de rechtsleer, daar zij een hiërarchie in bescherming creëert binnen de door artikel 19 Werkingsverdrag geviseerde discriminatiegronden.[239] Het nieuwe Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid dat discriminatie op grond van handicap, leeftijd, seksuele voorkeur, religie en geloofsovertuiging ook buiten de arbeidssfeer wil bestrijden, is alvast een stap waarmee wordt tegemoet gekomen aan een betere bescherming van deze tot nog toe minst beschermde gronden.

AFDELING 4. BESCHERMDE DISCRIMINATIEGRONDEN

§ 1. Gebrek aan definitie van de beschermde discriminatiegronden

90. **Gemeenschappelijke eigenschap.** De door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde discriminatiegronden hebben de eigenschap gemeen dat zij door de drager ervan onveranderlijk of minstens moeilijk beïnvloedbaar zijn. Van bepaalde gronden kan wel worden gezegd dat zij een invloed kunnen hebben op de geschiktheid om een bepaalde job uit te oefenen of relevant kunnen zijn voor de verstrekker van diensten. Heel vaak gaat het daarbij toch eerder om stereotiepe veronderstellingen, hetgeen volgens BARNARD eveneens een verklaring biedt voor de oplijsting van beschermde gronden.[240]

91. **Interpretatievrijheid van de lidstaten.** Ondanks hun gemeenschappelijke eigenschappen, worden de verschillende gronden niet gedefinieerd in de Richtlijnen. Tijdens de beraadslagingen in de Raad over de tekst van de Kaderrichtlijn arbeid, waren verschillende lidstaten het erover eens dat expliciet moest worden vermeld dat enkel de reeds bestaande nationale definities van toepassing zouden zijn.[241] Het Verenigd Koninkrijk stelde zelfs voor een bepaling in te voeren die het mogelijk zou maken de genoemde gronden te beperken als dit gerechtvaardigd zou zijn om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.[242] Uiteindelijk haalden deze voorstellen het niet, waardoor de definiëring van de bewuste gronden open blijft voor interpretatie. Men kan stellen dat het gaat om een bewuste keuze van de Europese wetgever die voornamelijk te verklaren valt vanuit de gedachte dat het onwenselijk werd geacht om de bescherming voorzien in de richtlijnen te beperken tot

---

[237] Zie artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, lid 5 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[238] Zie artikel 6 van de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[239] L. WADDINTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing European Union Equality directives", *l.c.*, 609-610; D. SCHIEK, “Implementing EU non-discrimination directives – Typologies of legal transplanting”, *l.c.*, 66-67; S. FREDMAN, "Equality: A new Generation?", *Industrial Law Journal* juni 2001, afl. 2, 158; A. MORRIS, "Constitutionalising equality in the European Union: tolerance and hierarchies", *International Journal of Discrimination and the Law* 2005, afl. 8, 38.

[240] C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford Universtity Press, 2006, 384.

[241] Resultaat besprekingen van de Groep Sociale Vraagstukken van de Raad betreffende Voorstel voor een richtijn van de Raad tot instelling van een algemene kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (docnr. 9423/00 SOC 226 JAI 69), 20 juni 2000, 13.

[242] *Ibidem*, 14.

welbepaalde religies, overtuigingen, welbepaalde vormen van handicap of voor handicaps die reiken tot een bepaalde graad, enz...[243] Bovendien wordt op deze manier aan iedere lidstaat de mogelijkheid gegeven haar eigen definitie te geven. Toch is het van belang te kunnen inschatten hoe eng of hoe breed deze discriminatiegronden kunnen worden geïnterpreteerd. De lidstaten zijn immers niet rechtstreeks verplicht om maatregelen te treffen die de reikwijdte van deze richtlijnen te buiten gaan, waardoor het toepassingsgebied van de Richtlijnen mede wordt bepaald door de interpretatie van de beschermingsgronden.

92. **Beperkingsmogelijkheid voor het Hof van Justitie.** In de literatuur is erop gewezen dat de door de lidstaten gegeven invullingen van de betreffende discriminatiegronden voorwerp kunnen zijn van eventuele latere "beperkingen" die aan het begrip worden gegeven door het Hof van Justitie.[244] Hiermee wordt bedoeld dat het vrij staat aan het Hof om in specifieke geschillen aan te geven of de betrokken persoonskenmerken beschermenswaardig zijn onder het regime van de artikel 19-Richtlijnen. Het Hof heeft hiertoe reeds de gelegenheid gehad in de zaak *Chacón Navas*, waar zij een omkadering trachtte te geven aan de grond handicap.[245] Nochtans staat het de lidstaten steeds vrij om (zelfs na afbakening door het Hof van Justitie) steeds een ruimere definitie van de omschreven concepten na te streven. Dit kan expliciet worden afgeleid uit de standaardclausule die in iedere artikel 19-Richtlijn is terug te vinden in verband met minimumvereisten.[246] Hierin wordt bepaald dat de lidstaten bepalingen mogen vaststellen of handhaven die voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling gunstiger zijn dan die van de Richtlijn. Mogelijke invulpogingen door het Hof van Justitie kunnen bijgevolg slechts leiden tot een minimum-definitie van het begrip handicap.[247]

§ 2. Verdere afbakening van enkele van de beschermde discriminatiegronden

93. Onder deze paragraaf wordt nagegaan of en in welke mate er reeds een afbakening bestaat van enkele van de door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde gronden op basis waarvan in verzekeringsrelaties vaak wordt gesegmenteerd. Bedoeld worden de gronden geslacht, leeftijd en handicap.

---

[243] G. QUINN, "Disability discrimination law in the European Union" in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union - understanding the article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 249.

[244] D. HOSKING, "Great expectations: protection from discrimination because of disability in community law", *European Law* Review 2006, 680; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie; Arbeidsverhoudingen* e*n de discriminatiewet, Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 197.

[245] H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 39-47.

[246] Zie artikel 6 van de Rasrichtlijn, artikel 8 van de Kaderrichlijn arbeid, artikel 7 van de Genderrichtlijn en artikel 6 van het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid.

[247] Zie ook M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *R.W.* 2006-2007, afl. 7, 334: L. WADDINGTON en M. GIJZEN, "(Her)definitie van het begrip 'handicap' in ed EG en Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* december 2006, afl. 12, 273.

A. Geslacht

94. **Geen definitie in de Richtlijnen.** In de Genderrichtlijn wordt het concept "geslacht" niet verder uitgelegd, net zoals dat daarvoor bv. niet het geval was in Richtlijn 76/207/EG met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeidsrelaties.

95. **Geslachtsverandering.** Een nadere aflijning van het begrip geslacht wordt wel gevonden in de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat in de zaak *P* v. *S* aangeeft dat onder de term geslacht zowel een *biologische* als een *sociologische* betekenis schuil gaat. Het Hof bepaalde hier namelijk dat de werking van het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen (zoals dat *in* casu werd beschermd door Richtlijn 76/207/EG) niet beperkt is tot discriminaties die verband houden met het behoren tot het ene dan wel het andere geslacht, maar eveneens betrekking heeft op discriminaties die berusten op *geslachtsverandering*, daar deze discriminaties voornamelijk (zo niet uitsluitend) berusten op het geslacht van de betrokkene.[248] Ook Advocaat-Generaal TESAURO verklaarde voorafgaand aan de uitspraak reeds dat "*de discriminatie waarvan vrouwen dikwijls het slachtoffer zijn,* […] *uiteraard niet toe te schrijven* [is] *aan hun fysieke kenmerken, maar eerder aan hun rol, aan het beeld dat de maatschappij van vrouwen heeft. Bijgevolg is de sociale rol die vrouwen worden geacht te spelen, en zeker niet hun fysieke kenmerken, de ratio voor een minder gunstige behandeling.*"[249] Dat het geslachtsdiscriminatieverbod van de Genderrichtlijn toepassing kan vinden op transseksualiteit werd tijdens de voorbereidingen bij de Genderrichtlijn nog eens bevestigd door een gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie, die hierbij eveneens verwezen naar de zaak *P* v. *S*.[250]

96. **Seksuele voorkeur.** In de zaak *Grant* werd echter wel duidelijk dat het Hof van de definitie van geslacht, zoals die *in casu* werd gehandhaafd onder artikel 141 van het E.G.-Verdrag, niet zo ver wou uitbreiden dat de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen ook betrekking zou hebben op *seksuele voorkeur*. Dit wordt bevestigd door het feit dat artikel 13 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) de Raad reeds de bevoegdheid geeft om "*passende maatregelen te nemen om diverse vormen van discriminatie, waaronder die op grond van seksuele geaardheid, te bestrijden.*"[251] Zoals reeds toegelicht is dit voorlopig door middel van de Kaderrichtlijn arbeid gebeurd in aangelegenheden van arbeid en beroep. Ook op het vlak van het leveren van goederen en diensten heeft het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid de grond seksuele voorkeur als afzonderlijke grond mee opgenomen. Zolang dit voorstel echter niet definitief behandeld is door de Raad, kan artikel 19 Werkingsverdrag op dit vlak geen bescherming bieden. De Genderrichtlijn houdt geen bescherming in tegen discriminatie op grond van seksuele voorkeur. Natuurlijk staat

---

[248] H.v.J. 30 april 1996, *P/S en Cornwall County Council,* C-13/94, *Jur.* 1996, I-2143, ov. 20-21; zie ook C. BARNARD, *EC Employment Law*, *o.c.*, 386.

[249] Advocaat-Generaal TESAURO, conclusie van 14 december 1995 bij H.v.J. 30 april 1996, *P/S en Cornwall County Council,* C-13/94, *Jur.* 1996, I-2143, ov. 20.

[250] Gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie op de zitting van de Raad van de Europese Unie op 4 oktober 2004, *http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/04/st13/st13369.nl04.pdf*, 7

[251] H.v.J. 17 februari 1998, *Grant/South West Trains*, C-249/96, *Jur.* 1998, I-621, ov.

dit gegeven er niet aan in de weg dat de lidstaten op het vlak van het leveren van goederen en diensten wel bescherming bieden tegen discriminatie op basis van de door de Kaderrichtlijn arbeid beschermde gronden. Het is alleen zo dat deze lidstaten zich in die gevallen niet dienen in te schrijven in het stramien en de bewoordingen die door de Kaderrichtijn worden opgelegd. Dit betekent ondermeer dat de lidstaten zouden kunnen voorzien in een rechtvaardigingsmogelijkheid van *directe* discriminatie op basis van seksuele voorkeur, dit in tegenstelling tot hetgeen door de Kaderrichtlijn wordt bepaald voor de domeinen van arbeid en beroep waarop zij van toepassing is.

97.**Zwangerschap en moederschap.** De Genderrichtlijn biedt verder ook expliciet bescherming tegen discriminatie op basis van zwangerschap en moederschap. Dit blijkt uit artikel 4, lid 1 a) van de Genderrichtlijn dat onder het verbod van directe discriminatie op grond van geslacht eveneens de ongunstiger behandeling van vrouwen wegens zwangerschap en moederschap verboden stelt.[252] In de Commissie voor de rechten van de vrouw en gelijke kansen van het Europees Parlement is getracht om aan de hand van een amendement de ongunstiger behandeling van mannen wegens vaderschap mee verboden te stellen, daar men van oordeel was dat het verbod op discriminatie voor mannen en vrouwen op dezelfde wijze moest gelden.[253] Bovendien wou men nog een verdere niet-indicatieve opsomming van geslachtgerelateerde discriminatiegronden hieraan toevoegen zoals "gezinssituatie", "echtelijke staat" of "het combineren van werk en gezinsleven". Deze voorstellen hebben uiteindelijk niet tot resultaat geleid. Dit gebeurde misschien mede onder impuls van het Europees Economisch en Sociaal Comité, dat er in haar advies bij het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid sterk op drukte dat het Voorstel "*op geen enkel gebied, en vooral niet op het gebied van verzekeringen,* […] *aanleiding* [zou mogen] *geven tot het invoeren van nieuwe discriminerende criteria.*"[254] Deze quote mag reeds illustreren dat op Europees beleidsniveau zeker reeds de gevoeligheid is opgemerkt die heerst omtrent de toepassing van de gelijkebehandelingsnorm in verzekeringsrelaties.

B. Leeftijd

98.**Leeftijdscategorieën / oude en jonge leeftijd.** Ook voor de grond leeftijd wordt geen definitie voorzien in de Kaderrichtlijn arbeid of het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid. In de meeste lidstaten is ook niet getracht om een verdere invulling te geven aan het leeftijdsbegrip. De betekenis van leeftijd wordt dan ook beschouwd als de vanzelfsprekende verwijzing naar het onderscheid tussen oude-

[252] Reeds in de zaak *Dekker* voor het Hof van Justitie bleek dat, tenminste voor de toepassing van artikel 141 E.G.-Verdrag, zwangerschapsdiscriminatie moest worden gelijkgesteld met geslachtsdiscriminatie. Zie H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 12. Mevrouw *Dekker* was een zwangere dame die door een werkgever niet werd aangenomen omdat de sociale verzekeraar de ziekte-uitkeringen die aan haar zouden moeten worden uitgekeerd tijdens haar zwangerschapsverof, niet zouden terugbetalen. Het Hof oordeelde dat, gezien het feit dat het enkel vrouwen zijn die zwanger kunnen worden, Mevrouw Dekker enkel was geweigerd vanwege haar geslacht, waardoor er sprake was van directe discriminatie en waardoor er ook geen rechtvaardiging kon worden ontleend aan het financiële nadeel dat zou kunnen worden geleden door de werkgever. Zie o.m. P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 902-904.

[253] Resultaat besprekingen van de Commissie Rechten van de Vrouw en Gelijke Kansen bij het Voorstel van Genderrichtlijn (docnr. A5-0155/2004), 16 maart 2004, 62.

[254] Advies van het Europees en Economisch Sociaal Comité over het voorstel voor Genderrichtlijn, SOC/114 - CESE 853/2004, *Pb.*C 241/43 28 september 2004, nr.2.6.

ren en jongeren.[255] Interessant voor verzekering is de vraag of ook het gebruik van leeftijdscategorieën kan worden beschouwd als een handeling die op grond van de artikel 19-Richtlijnen kan worden bestreden. Denk bv. aan de groep van jongeren tussen 18 en 25 jaar in de WAM-verzekering of de groep +65-jarigen in de ziekteverzekering. Wellicht is het gebruik van dergelijke leeftijdscategorieën even discriminatoir als het gebruik van leeftijdscriteria.[256] In de voorbereidende werken bij de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving werd expliciet bevestigd dat er eveneens kan worden gesproken van een onderscheid op grond van leeftijd, indien een *leeftijdscategorie* wordt toegepast. GERARDS wijst erop dat er in de meeste lidstaten eveneens van uit wordt gegaan dat ook leeftijdsonderscheid op grond van *jonge* leeftijd onder het toepassingsgebied van de antidiscriminatiewetgeving valt.[257] De discriminatiegrond leeftijd wordt aldus beschouwd als *symmetrisch* van aard: zowel oude als jonge personen worden beschermd.[258]

C. Handicap

1. Nood aan en belang van verdere afbakening

99. **Nood aan verdere afbakening.** Net zoals het geval is voor de discriminatiegronden leeftijd, seksuele geaardheid, godsdienst en overtuiging, wordt ook de term "handicap" op geen enkele plaats in de Kaderrichtlijn of het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid gedefinieerd. De situatie wordt er niet eenvoudiger op nu het handicap-begrip in de verschillende tekstversies van de Richtlijnen ook verscheidene ladingen lijkt te dekken. Zo verwijst men in de Engelse tekstversie niet naar het woord "*handicap*", dat nochtans een gangbaar begrip is in het Engels, maar wel naar de term "*disability*". Dit schept de nodige verwarring, daar "*handicap*" in de Engelse taal verwijst naar het verlies of de beperking van kansen om volwaardig en op gelijke basis te kunnen deel nemen aan het maatschappelijk leven, terwijl "*disability"* (in het Engels), slechts overeenkomt met de functionele beperkingen *an sich* waar een persoon mee kampt.[259] Ook de verschillende andere talen waarin de betreffende Richtlijnen werden opgesteld lopen qua betekenis uiteen. In het Duits is er sprake van "*Behinderung"*, in het Spaans van *"discapacidad",* in het Portugees van *deficiência*" en in het Zweeds van *"funktionshinder".*

100. **Belang van de begripsafbakening.** De inhoudelijke afbakening van het begrip handicap is op minstens 2 punten van bijzonder belang.

---

[255] Zie J. H. GERARDS, "Discrimination Grounds", *l.c.,* 148.

[256] Zie bv. De voorbereidende werken bij de Nederlandse Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid, *Kamerstukken II,* 2001/02, 28170, nr. 3, 17.

[257] Zie J.H. GERARDS, "Discrimination grounds", *l.c.*, 148, met verwijzing naar de voorbereidende werken bij de Oostenrijkse gelijkebehandelingswetgeving, waar men het toch nodig achtte een bepaling in die zin op te nemen. (zie haar verwijzing naar "*307* der *Beilagen XXII.GP*, Regieringsvorlage, *Maeterialen*, 15.)

[258] Daarentegen is de discriminatiegrond handicap een voorbeeld van een *assymetrische* beschermingsgrond. Enkel personen met een handicap worden beschermd.

[259] Zie J. H. GERARDS, "Discrimination Grounds", *l.c.* 130, met verwijzing naar de UN General Assembly Standard Rules on the equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, A/RES/48/96, december 1993.

Ten eerste is het zo dat speciaal voor de grond handicap een bijkomende vorm van discriminatie wordt geëxpliciteerd die erin bestaat dat voor gehandicapte personen een plicht wordt opgenomen tot het nemen van redelijke aanpassingen.[260] Nu in het Europees discriminatierecht vooralsnog weinig bewijs terug te vinden is omtrent de hypothese dat buiten "gehandicapten" ook andere groepen personen aanspraak kunnen maken op redelijke aanpassingen[261], blijkt vanzelf het belang van een begripsomschrijving van het concept "handicap".

Een tweede reden voor een welomschreven beschrijving van het concept "handicap" blijkt uit het feit dat in heel wat lidstaten geen expliciete melding wordt gemaakt van beschermingsgronden zoals ziekte, gezondheidstoestand of fysieke of genetische eigenschap. Hierdoor blijft er voor grote groepen van personen zoals bv. chronisch zieken of psychisch gehandicapten, heel wat onzekerheid bestaan of zij nu wel of niet beschermd worden door de anti-discriminatiewetgeving. Zeker in lidstaten waar een limitatieve (gesloten), niet-uitbreidbare reeks van discriminatiegronden wordt gehandhaafd is de behoefte aan een gedegen begripsomschrijving van het concept handicap groot.[262]

2. Afbakeningsopties

101. **Afbakeningsopties.** Het gebrek aan definiëring in de Richtlijnen en de taalverwante begripsverwarring die omtrent het begrip handicap heerst, maken het bijzonder moeilijk om te weten welke persoonseigenschappen nu wel en welke niet beschermenswaardig genoeg kunnen worden geacht om te kunnen genieten van de door de Kaderrichtlijn en het Voorstel van de Commissie ingerichte beschermingsregime. Minstens twee opties kunnen hierbij als antwoord naar voor worden geschoven. Enerzijds kan worden uitgegaan van een zogenaamde *medische definitie* van handicap die de problemen waarmee gehandicapte personen kampen voornamelijk toeschrijven aan hun eigen afwijkingen of gebreken. Anderzijds zou men eveneens een *sociale definitie* van handicap kunnen aanhangen die deze problemen lokaliseert in de maatschappelijke barrières die gelegen zijn buiten de persoon van de gehandicapte.[263]

(a) Medische definitie.

102. **Inhoud.** De medische definitie van het begrip handicap legt de nadruk op de mentale of fysieke beperkingenen van het individu, die hem de mogelijkheid ontnemen om op een volwaardige manier

[260] Op de omvang van deze plicht, die zowel voorzien wordt in de Kaderrichtlijn als in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, wordt later teruggekomen. Cf. *infra* nrs. 710 e.v.

[261] L. WADDINGTON, "Reasonable Accomodation" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 701. Zie over een eventuele uitbreidbaarheid van de plicht tot redelijke aanpassingen tot andere discriminatiegronden, *infra* nrs. 739 e.v..

[262] Zie omtrent de keuze voor een limitatieve of niet-limitatieve opsomming van discriminatiegronden, *infra* nrs. 342 e.v.

[263] T. DEGENER, "Definition of Disability" in G. QUINN (ed.), *E.U. Networks of experts on disability discrimination*, Brussel, European Commission - Anti-discrimination and relations with the civil society unit, 2004, 1. Zie ook M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.*, 333.

aan de maatschappij deel te nemen.[264] Voor het recht wordt in het medisch model van het begrip handicap de rol weggelegd om voorwaarden te scheppen onder dewelke individuen toegang zouden hebben tot sociale programma's, te bepalen welke hun rol is in deze programma's en welke voordelen zij hierbij kunnen genieten.[265] Op maatregelen die gehandicapten in staat moeten stellen op hetzelfde niveau mee te draaien als niet-gehandicapten, wordt niet gefocust.

103. **Brits voorbeeld.** Een medische definitie van het begrip handicap kan duidelijk worden teruggevonden in de Britse *Disability Discrimination Act*[266], waarin verklaard wordt dat er voor de doelstellingen van deze Act sprake is van "disability", wanneer een persoon

> *"has a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities."*
>
> In de *Disability Discrimination Act* worden verder nog uitleggingsbepalingen toegevoegd voor de omschrijving van de concepten "*long-term effect*" en "*ability to carry out normal day-to-day activities*". Zo wordt zeer objectief gestipuleerd dat er pas sprake kan zijn van een lange-termijn effect indien de beperking langer dan 12 maanden duurt. Er kan ook maar sprake zijn van een beperking die effect heeft op de dagdagelijke activiteiten indien de beperking invloed heeft op een limitatief aantal opgesomde menselijke capaciteiten. De verwijzing naar een *substantial effect* laat uitschijnen dat alleen de "*truly disabled*" aanpraak kunnen maken op bescherming tegen discriminatie.[267] Personen die slachtoffer kunnen worden van een toekomstige handicap of personen met een veronderstelde handicap worden niet in de definitie begrepen.[268] Ondanks het limitatief karakter van deze uitleggingsbepalingen is er toch sprake van een vrij ruime formulering van de gebieden waarop men functieverlies kan leiden. Zo worden opgesomd: mobiliteit, de spraak, het gehoor, het zicht, het geheugen, het vermogen om zich te concentreren, leren of begrijpen, fysische coördinatie en het vermogen om "zaken van alledag" op te lichten, te dragen of te verplaatsen.

104. **Kritiek.** De medische definite van handicap wordt in de literatuur vaak bekritiseerd in die zin dat men zich afvraagt of zij wel voldoende adequate bescherming kan bieden tegen discriminatie op grond van handicap. Er zou namelijk te sterk worden gefocust op aanpassing aan de gangbare normen en standaarden in het maatschappelijk leven en te weinig op de tekortkomingen van de sociale omgeving om tegemoet te komen aan de noden en verlangens van personen met een handicap.[269]

---

[264] D. L. HOSKING, "A High Bar for EU Disability Rights", (noot onder H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467), *Industrial Law Journal* juni 2007, afl. 2, 229; J.H.GERARDS, "Discrimination Grounds", *l.c.*, 131.

[265] D. L. HOSKING, "A High Bar for EU Disability Rights", *l.c.*, 229.

[266] c. 50, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/ukpga_19950050_en_1.

[267] T. DEGENER, *l.c.*, 9.

[268] Ibidem.

[269] M. GIJZEN, Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, 381.

(b) Sociale definitie

105. **Inhoud.** Op grond van de sociale definitie van het begrip handicap wordt een handicap van een persoon niet langer gezien als een eigenschap van een persoon en het onvermogen van die persoon om zich aan te passen aan de omgeving.[270] Eerder wordt de nadruk gelegd op het onvermogen van de omgeving om zich aan te passen aan de gehandicapte.[271] Men ziet in dat de omgevingsfactoren van de gehandicapte een complex samenspel van voorwaarden vormen die niet overeenkomen met de noden en verwachtingen van de gehandicapte persoon.[272] In dit model wordt voor het recht de rol weggelegd om te zorgen voor een plicht tot integratie en redelijke aanpassingen (*accommodation*) van gehandicapten en wordt niet langer naar oplossingen gestreefd die gehandicapten in een afhankelijke positie plaatsen.[273]

106. **Iers voorbeeld.** In de literatuur wordt de Ierse definitie van handicap vaak omschreven als een definitie die tegemoetkomt aan het sociale model, daar zij (in tegenstelling tot bv. de Britse definitie) de bescherming tegen discriminatie op grond van handicap niet beperkt ziet tot personen met een bepaalde graad van handicap (*"truly disabled*") en zowel personen met een veronderstelde handicap als personen met een toekomstige handicap insluit.[274] De Ierse definitie van "disability" zoals opgenomen in de Employment Equality Act van 1998 en de Equal Status Act van 2000[275], luidt als volgt:

> *"a) the total or partial absence of a person's bodily or mental functions, including the absence of a part of a person's body, b) the presence in the body of organisms causing, or likely to cause, chronic disease or illness, c) the malfunction, malformation or disfigurement of a part of a person's body, d) a condition or malfunction which results in a person learning differently from a person without the condition or malfunction, or e) a condition, illness or disease which affects a person's thought processes, perception of reality, emotions or judgement, or which results in disturbed behaviour, and shall be taken to include a disability which exists at present, or which previously existed but no longer exists, or which may exist in the future or which is imputed to a person."*

---

[270] Voor een vroeg pleidooi voor een dergelijk sociaal model, zie bv. M. OLIVER, "Social policy and disability: some theoretical issues", *Disability & Society* 1986, afl. 1, 16.

[271] D. HOSKING, "A high bar for E.U. disability rights", *l.c.*, 229.

[272] L. WADDINGTON en M. GIJZEN, *l.c.*, 272. Zie verder voor een bespreking van de verschillende modellen, L. WADDINGTON en M. DILLER, "Tensions and coherence in disability policy: the uneasy relationship between social welfare and civil rights models of disability in American, European and international employment law", *http://www.dredf.org/international/waddingtsocial on.html*.

[273] M. GIJZEN, *o.c.*, 385.

[274] T. DEGENER, *l.c.*, 9.

[275] *http://www.irishstatutebook.ie/2000/en/act/pub/0008/index.html*.

Gehandicapte personen worden dooor deze definitie niet afgetekend als hulpeloos of behoeftig en evenmin worden veronderstellingen opgenomen omtrent de effecten van bepaalde afwijkingen of gebreken.[276]

(c) Afbakening door het Hof van Justitie

107. **Nadere omschrijving in *Chacón Navas*:** Zoals hierboven werd aangegeven heeft het Hof van Justitie reeds de gelegenheid gekregen om zelf een inhoudelijke afbakening vast te stellen met betrekking tot het begrip handicap. In de zaak *Chacón Navas* diende het Hof te oordelen of een persoon die omwille van haar ziekte werd ontslagen, gediscrimineerd werd op grond van haar handicap. Voor de gediscrimineerde partij was het van belang dat haar ziekte werd erkend als een handicap in de zin van artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag), nu het toepasselijke Spaanse antidiscriminatierecht de discriminatiegrond ziekte als zodanig niet erkende.

Het oordeel van het Hof luidde dat het begrip "handicap" in de context van de Kaderrichtlijn arbeid dient te worden begrepen

> *"als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert."*[277]

Nog volgens het Hof kan een beperking slechts als een handicap worden opgevat "*indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is*."[278]

Volgens het Hof vormt deze definitie een autonome en uniforme uitlegging van het begrip handicap, die in de gehele Europese Unie dient te worden gevolgd.[279] Hierbij moet er evenwel aan worden herinnerd dat de interpretatie van het Hof enkel een minimum-definitie uitmaakt en het de lidstaten aldus vrij staat om een verdergaande bescherming in te richten.[280]

108. **Keuze voor het medisch model.** De door het Hof gekozen formulering komt duidelijk overeen met hetgeen tot hiertoe als een medische definitie van het handicap werd omschreven.[281] Het Hof legt enkel de nadruk op de functionele beperking van de persoon die zich gediscrimineerd voelt en houdt geen rekening met de vraag of de omgeving van deze persoon wel voldoende is aangepast aan deze beperkingen. De oorzaak van de benadeling is de aandoening zelf en aan de sociale ge-

---

[276] Ibidem.

[277] H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 43.

[278] *Ibidem*, ov. 45.

[279] *Ibidem*, ov. 42.

[280] Cf. *supra* nr. 92. Zie ook M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.*, 334: L. WADDINGTON en M. GIJZEN, *l.c.*, 273.

[281] Zie in die zin reeds G. QUINN, *l.c.*, 256-257.

volgen die de beperking ernstiger maken wordt geen gevolg gegeven.[282] Door het vereiste van een "lange duur" die wordt gekoppeld aan het handicap-begrip wordt bovendien, net zoals bv. het geval was in de Britse definitie van het concept handicap, een drempel opgeworpen waaraan een gehandicapte moet voldoen alvorens als gehandicapte te kunnen worden beschouwd (*true disability*). In deze benadering van het begrip handicap zal het de gehandicapte persoon zelf zijn die het moeilijke bewijs dient te leveren dat hij voldoet aan de criteria van de begripsomschrijving.

109. **Handicap staat niet gelijk met ziekte.** Los van de impliciete keuze voor het zgn. medisch model als opvulling van het handicap-begrip, maakt het Hof van Justitie in *Chacón Navas* ook nog eens een strikt onderscheid tussen de concepten handicap en ziekte. Het Hof verklaart namelijk dat het verbod op discriminatie op grond van handicap geen bescherming kan bieden aan werknemers "*van zodra zij een of andere ziekte opdoen*".[283] Een werknemer die aldus uitsluitend op basis van ziekte een ongelijke behandeling geniet, valt *niet* binnen het beschermingskader van de Kaderrichtlijn. Dit wil niet zeggen dat daarom alle ziektes per definitie uitgesloten zijn van bescherming door de Kaderrichtlijn arbeid. De vraag wat voor soort ziektes wel en wat voor soort ziektes niet als een handicap mogen worden gezien werd niet aan het Hof voorgelegd en het is voorlopig dus niet duidelijk onder welke voorwaarden een ziekte toch zou kunnen worden beschouwd als een handicap. Wellicht maken bepaalde chronische ziektes omwille van hun "*lange duur*" kans om als handicap te worden gecatalogeerd.[284] Dit werd althans bevestigd door Advocaat-Generaal GEELHOED in zijn conclusies bij de zaak *Chacón Navas*. Volgens hem dienen ziektes die langdurige of blijvende functionele beperkingen teweegbrengen inderdaad als handicaps te worden aangemerkt.[285] Hierdoor zouden bv. hartziekte, diabetes, nierdisfunctie, astma en ziekten van de geest, zoals depressie en schizofrenie wel degelijk kunnen worden aangemerkt als een handicap in de zin van artikel 19 Werkingsverdrag. Allen lijken zij te voldoen aan de criteria die gesteld zijn om te worden aangemerkt als 'handicap' en als '*een lichamelijke, geestelijke of psychische aandoening*'.[286]

110. **Invloed van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.** In afwachting van toekomstige uitspraken van het Hof van Justitie die meer duidelijkheid zouden kunnen scheppen omtrent de definitie van de grond handicap, kan toch worden voorspeld dat het Hof zich in volgende uitspraken meer zou kunnen gaan aansluiten bij de definitie van handicap zoals die ondertussen is ontwikkeld onder de auspiciën van de Verenigde Naties.[287] Op 13 december 2006 werd namelijk de

---

[282] M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.*, 335, die het op zijn minst verbazend acht dat de medische afbakening van het begrip handicap er, mede gelet op de gevarieerde ervaring en literatuur die op dit vlak voorhanden is, "*lapidair en laconiek als een evidentie uitkomt*".

[283] H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 43-44 en 47.

[284] L. WADDINGTON en M. GIJZEN, *l.c.*, 273.

[285] Advocaat-Generaal GEELHOED, conclusie van 16 maart 2006 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 85.

[286] L. WADDINGTON en M. GIJZEN, *l.c.*, 273.

[287] R. ALLEN, "Article 13 EC, evolution and current contents" in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union - understanding the article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 65.

tekst van het zogenaamd “Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap” aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.[288] Het Verdrag is ondertussen reeds geratificeerd door 41 landen, waaronder EU-lidstaten zoals Spanje, Oostenrijk, Hongarije en Slovenië. In tegenstelling tot de Kaderrichtlijn geeft dit verdrag wél een definitie van het concept handicap. In tegenstelling tot de medische invulling die tot nu toe werd gevolgd door het Hof van Justitie, lijkt in het genoemde verdrag expliciet te worden gekozen voor een “sociale definitie”. Handicap wordt in artikel 1 van het Verdrag inderdaad gedefinieerd als

> *“[including] those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.”*

In deze definitie wordt expliciet erkend dat de belemmeringen waarmee personen met fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen worden geconfronteerd, niet louter afhangen van deze beperkingen zelf, maar mede worden bepaald door een gebrek aan gevoeligheid voor deze beperkingen vanuit de maatschappij.[289] Het is ook reeds in de definitie zelf dat het recht wordt ingeschreven voor gehandicapten om volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.

111. **Naar een overname van het sociaal model.** Het Europees Parlement diende reeds een amendement in bij het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid om een definitie in de tekst van het Voorstel op te nemen die identiek is aan degene die vervat ligt in het genoemde VN-Verdrag. Nu dit verdrag bovendien mee is ondertekend door de Europese Unie als zodanig (de eerste keer dat de Europese Unie een dergelijk VN kern-Verdrag mee ondertekent), en in het verleden bovendien ook duidelijk is geworden dat de Europese instellingen hun voorkeur voor een sociaal model reeds in verschillende initiatieven hebben laten blijken[290], zijn er voldoende indicatoren waaruit blijkt dat het Hof van Justitie in de toekomst een ruimere, sociale definitie van handicap zal moeten hanteren.

---

[288] Convention on the rights of Persons with Disabilities, *http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=259*. Voor de officiële vertaling in het Nederlands, zie *http://www.un.org/disabilities/documents/natl/netherlands.doc*.

[289] G. QUIN, *l.c.*, 257.

[290] Zowel de Commissie als de Raad hebben reeds in de jaren ’90 de keuze gemaakt om hun beleid af te stemmen op het sociale model van handicap. Zie bv. Mededeling van de Commissie betreffende gelijke kansen voor gehandicapten – een nieuwe strategie van de Europese Gemeenschap inzake gehandicapten, COM (1996) 406 en de Resolutie van de Raad en van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, betreffende gelijke kansen voor mensen met een handicap, van 20 december 1996, *Pb.* C 13 januari 1997, afl. 12, 1.

AFDELING 5. DE ARTIKEL 19-RICHTLIJNEN EN HUN RELEVANTIE VOOR VERZEKERINGSRELATIES

112. **Impact op verzekeringsrelaties.** De industrietak die bij uitstek niet ontsnapt aan de tendens om via artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) een grotere bescherming te bieden aan het gelijkheidsbeginsel als burgerrecht of mensenrecht, is de verzekeringssector.[291] Door de uitvaardiging van de artikel 19-Richtlijnen en de overeenkomstig deze richtlijnen uit te vaardigen horizontale anti-discriminatiewetgeving, wordt het gebruik van sommige door de verzekeraar het frequentst gebruikte segmentatiegronden (geslacht, leeftijd, handicap) doorheen heel de Unie in hoge mate beperkt.

113. **Invloed van de Genderrichtlijn.** In Europese verzekeringskringen heeft vooral (de totstandkoming van) de Genderrichtlijn erg veel ophef gemaakt.[292] Het is de eerste keer dat de Europese instellingen wetgeving omtrent gelijke behandeling van mannen en vrouwen goedkeurden buiten de arbeidssfeer[293] en de gevolgen voor de verzekeringssector zijn dan ook niet uitgebleven. De Richtlijn is namelijk expliciet van toepassing op het leveren van goederen en diensten, waaronder dus ook verzekeringsdiensten. De Richtlijn weidt zoals gezegd zelfs expliciete bepalingen aan de toepassing van het gelijkebehandelingsprincipe in het kader van verzekeringsdiensten.[294] In artikel 5 van de Genderrichtlijn wordt namelijk bepaald dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het gebruik van geslacht als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen. De Lidstaten kunnen echter onder strikt geformuleerde voorwaarden besluiten om proportionele verschillen in premies en uitkeringen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.[295] Dit zogenaamd “optierecht” heeft reeds heel wat stof doen opwaaien, in die zin dat openlijk wordt gevreesd voor marktdistorsies als gevolg van het feit dat bepaalde lidstaten wel en anderen niet hebben besloten om deze optie te lichten.[296] Verderop zal echter worden aangetoond dat verzekeringsondernemingen die zijn gevestigd in landen waar de zogenaamde optie niet gelicht wordt, weinig te vrezen hebben van concurrentie van verzekeringsondernemingen die niet in deze landen gevestigd zijn, daar deze buitenlandse verzekeringson-

---

[291] J.M. BINON, “L’égalité de traitement en droit européen et ses applications à l’assurance. Obligation morale ou croisade idéologique ?”, *l.c.,* 22, nr. 4;

[292] Zie voor referenties o.m. J.M. BINON, “L’égalité de traitement en droit européen et ses applications à l’assurance. Obligation morale ou croisade idéologique ?”, *l.c.,* 32-35, nr. 17-21; P. MACDONNELL, "Equal Treatment Directive misunderstands risk and threatens insurance markets", *Iea - Economic Affairs* maart 2005, 48-52; P. WIELS, "Europees parlement schokt verzekeraars", *De Verz.* april 2004, 22-26.

[293] T.K. HERVEY, “Thirty years of EU sex equality law: looking backwards, looking forwards”, *l.c.*, 310.

[294] Zie reeds *supra* nr. 86, met verwijzing naar de *opt-out* clausule van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn.

[295] Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Voor een verdere bespreking, zie *infra* nr. 487 e.v.

[296] Zie bv. P. COLLE, "Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen" in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Mechelen, Kluwer, september 2007, 65.

dernemingen zich in de meerderheid van de gevallen dienen te conformeren aan de plaatselijke anti-discriminatiewetgeving.[297]

114. **Invloed van de Rasrichtlijn.** Naast de Genderrichtlijnvormt vormt ook de rasrichtlijn een belangrijk deel van het juridisch kader inzake discriminatie in verzekeringsrelaties. Hoewel vaak wordt beweerd dat de factor ras slechts zelden of nooit gebruikt wordt als segmentatiecriterium, is het gevaar van discriminatie in verzekering op basis van ras toch reëel.[298]

115. **Invloed van de Kaderrichtlijn arbeid.** De kaderrichtlijn arbeid wil een algemeen kader scheppen voor de bestrijding van discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid in arbeid en beroep. Vooral het discriminatieverbod op grond van handicap en leeftijd, evenals de verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap zijn daarbij van belang voor de verzekeraar. Als dusdanig richt de Kaderrichtlijn zich niet tot het leveren van goederen en diensten, maar is zij wel van toepassing op de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, mét inbegrip van beloning. Uit de bewoordingen van de Kaderrichtlijn en ook uit de overwegingen bij deze richtlijn kan worden opgemaakt dat zij ook van toepassing is op pensioenen en andere aanvullende regelingen inzake sociale zekerheid.[299] Naast pensioenregelingen kan daarbij eveneens worden gedacht aan arbeidsgerelateerde aanvullende ziekteverzekering of arbeidsongeschiktheidsverzekering. De in de *Barber*-rechtspraak gehanteerde ruime interpretatie van het loonbegrip laat er verder geen twijfel over bestaan dat bijdragen/premies en uitkeringen die in het kader van deze aanvullende regelingen worden betaald of uitgekeerd eveneens onder de gelijkebehandelingsnorm zullen vallen.[300] Naar analogie van de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van artikel 141 E.G.-Verdrag kan er evenmin aan worden getwijfeld dat de verplichtingen inzake

---

[297] Zie *infra* nr. 499 e.v.

[298] Zie bv. de rechtspraak van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (hierna "CGB"), CGB Oordeel 2006-5, *http://cgb.nl/oordeel/2006-5,* waarbij een indirect onderscheid op basis van ras werd vastgesteld bij het aangaan van een verzekeringsovereenkomst. Meerbepaald ging het om de weigering van een inboedelverzekering aan een woonwagenbewoner. De CGB vond echter een objectieve rechtvaardiging in het argument van de verzekeraar dat de verzekering van de inboedel van een woonwagen verzekeringstechnisch complex is. Er zou relatief veel onderzoek moeten worden verricht bij elk verzoek om in aanmerking te komen voor een inboedelverzekering en verweerster zou een relatief kostbare risicoanalyse moeten verrichten om een premie voor het verzekeren van een woonwagen te kunnen vaststellen. Zie voor een bespreking *infra* voetnoot nr. 1129.

[299] C. BAYART, *o.c.*, 452-453, met verwijzing naar artikel 3, lid 1, sub a) van de Kaderrichtlijn waar bepaald wordt dat de kaderrichtlijn van toepassing is op de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning. Zie ook overweging 13 bij de Kaderrichtlijn arbeid, die bepaalt dat deze richtlijn niet van toepassing is op regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming "*waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan het woord is gegeven bij de toepassing van artikel 141 van het E.G.-Verdrag*." In de rechtspraak van het Hof in verband met de werkingssfeer van artikel 141 inzake loongelijkheid bij mannen en vrouwen, bleek het enige beslissende criterium om bv. bedrijfspensioenen onder het toepassingsgebied van dit artikel te laten vallen, de vaststelling te zijn of het pensioen aan de werknemer wordt uitgekeerd op grond van de *arbeidsverhouding* tussen de betrokkene en zijn werkgever. H.v.J. 28 september 1994, *Bestuur van het algemeen burgerlijk pensioenfonds/Beune*, C-7/93, *Jur.* 1994, 4471, ov. 43, zie ook *supra* nr. 61.

[300] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/ Guardian Royal Exchange Assurance Group,* 262/88, *Jur.* 1990, I-1889, ov. 27-28. Zie reeds *supra* nr. 61.

gelijke beloning eveneens van toepassing zijn op instellingen zoals pensioenfondsen en groepsverzekeraars ook al zijn zij geen partij bij de arbeidsovereenkomst.[301]

116. **Invloed van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.** Ten slotte is ook het recente voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid van groot belang voor verzekeringsrelaties. Indien deze Richtlijn er komt zal een regelgevend kader worden geschapen voor het bestrijden van discriminatie op grond van handicap, leeftijd, godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid in o.m. het leveren van goederen en diensten.[302] Het voorstel bevat eveneens een verbod van directe en indirecte discriminatie, alsook een verplichting van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap. Net zoals in de Genderrichtlijn krijgen de lidstaten ook in dit Voorstel een zogenaamd "optierecht" waarbij zij kunnen beslissen dat onder bepaalde voorwaarden het gebruik van in verzekeringrelaties courant toegepaste segmentatiegronden wordt toegestaan onder de door de Richtlijn beschreven voorwaarden. In artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn wordt inderdaad besloten dat proportionele verschillen in behandeling op grond van leeftijd of handicap zijn toegelaten, indien voor het "product in kwestie", de factor leeftijd of geslacht een "essentiële factor" is in de beoordeling van het risico, gebaseerd op relevante en accurate actuariële en statistische data. Verderop zal uitgebreid op de in deze formule geschetste voorwaarden worden teruggekomen.[303]

AFDELING 6. NIET-OVEREENSTEMMING TUSSEN LIDSTATELIJK RECHT EN DE RICHTLIJNEN: GEVOLG VOOR DE RELATIES TUSSEN PARTICULIEREN

117. **Gebrek aan horizontale werking van richtlijnen.** Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justite dat Europese richtlijnen, dus ook de artikel 19-Richtlijnen, geen horizontale directe werking hebben: particulieren kunnen zich tegenover andere particulieren niet rechtstreeks beroepen op de verplichtingen die door de Richtlijn worden geschapen ten opzichte van andere particulieren.[304] De Richtlijn is immers gericht tot de lidstaten en dient eerst te worden omgezet in het nationale recht. De vraag rijst echter wat er dient te gebeuren wanneer het nationale recht wordt omgezet in strijd met de Richtlijn. Kan een particulier dan alsnog beroep doen op de bepalingen uit de Richtlijn zelf, door te vragen aan de nationale rechter om het eigen recht buiten toepassing te laten? Een juist antwoord op deze vraag kan van belang zijn voor verzekerden die zich door een foutieve omzetting van één van de artikel 19-Richtlijnen, niet zouden kunnen beroepen op de manier waarop de Europese wetgever vorm heeft gegeven aan het gelijkebehandelingsverbod.

---

[301] Zie reeds *supra* nr. 60, met verwijzing naar H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 88; H.v.J. 28 september 1994, *Fisscher/Voorhuis Hengelo en Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de detailhandel*, C-128/93, *Jur.* 1994, I-4583, ov. 31.

[302] Zie artikel 3, lid 1, d) van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[303] Cf. *infra* nr. 540 e.v.

[304] H.v.J. 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur.* 1986, 723, 48; H.v.J. 14 juli 1994, *Faccini Dori/Recreb,* C-91/92, *Jur.* 1994, I-3325, ov. 20; H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 109.

118. **Principe van voorrang.** In principe is het zo dat nationale wetgeving die de Richtlijn in de nationale rechtsorde omzet en die strijdig is met deze richtlijnen, buiten toepassing dient te worden gelaten door de nationale rechter.[305] Volgens het voorrangsbeginsel genieten Europese Richtlijnen immers voorrang op daarmee strijdige regels van nationaal recht.[306] Nu is het echter zo dat het Hof van Justitie de sanctie van niet-toepasselijkheid in een geschil tussen particulieren heeft begrensd tot Richtlijnen die niet tot doel hebben om particulieren rechten te verlenen ten opzichte van andere particulieren.[307] Men kan dan ook aannemen dat nationale wetgeving die in strijd is met de artikel 19-Richtlijnen in de relatie tussen particulieren, niet buiten toepassing kan worden gelaten.[308] Hier staat echter tegenover dat het Hof van Justitie zich in geschillen tussen particulieren niet heeft verzet tegen het buiten toepassing laten van een nationale norm die een bijkomende voorwaarde stelt aan de uitoefening van een recht (uitspraak van het Hof in *Bellone*)[309], een welbepaalde uitzondering toevoegt aan een recht dat uit de Richtlijn in de nationale wetgeving wordt omgezet (uitspraak in *Ruiz-Bernaldez*)[310], of die een procedurele verplichting schendt (*CIA-Security*, *Unilever*)[311].[312] Deze houding van het Hof wordt door LENAERTS en CORTHAUT verklaard door het feit dat in deze gevallen geen beoordeling voorligt van het gedrag van private partijen, maar wel van het gedrag van de wetgever.[313] Het feit dat het buiten toepassing laten in dergelijke gevallen negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor de rechten van anderen, kan geen rechtvaardiging zijn om aan een particulier het

---

[305] H.v.J. 24 oktober 1996, *Kraaijeveld/ Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, *Jur.* I-5403, ov. 56-61. Hierbij gaat het zowel over wetgeving die naar aanleiding van of na de uitvaardiging van de Richtlijn is aangenomen, als over wetgeving die reeds bestond vóór de Richtlijn werd aangenomen. Zie H.v.J. 29 november 1978, *Delkvist/ Openbaar Ministerie*, 21/78, *Jur.* 1978, 2327, ov. 16.

[306] H.v.J. 1 februari 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen/ Inspecteur der invoerrechten en accijnzen,* 51/76, *Jur.* 1977,ov. 22-23 en H.v.J. 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur.* 1986, 723, 46- 48; zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 472-473.

[307] H.v.J. 24 oktober 2002, *Rimunione Adriatica di Securtà/ Dario Lo Bue*, C-233/01, *Jur.* 2002, I-9411, ov. 20-22; H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./ Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 109; zie ook de opinie van Advocaat-Generaal TRSTENJAK, conclusie van 29 maart 2007 voor H.v.J. 7 juni 2007, *Carp/ Ecorad*, C-80/06, *Jur.* 2007, I-4473, ov. 39; zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 474; W. DEVROE, "Impact van door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen" in A. S. HARTKAMP, C. H. SIEBURGH en L. A. D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming & Recht, Deel 42-I, Algemeen Deel, Deventer, Kluwer, 2007, 159; J. JANS, *l.c.*, 125.

[308] Zie voor een gelijkaardige redenering met betrekking tot de hypothese dat een Spaanse overgangsregeling die niet in overeenstemming zou zijn met de bepalingen van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb. EG* L303, 2 december 2000, 16, de opinie van Advocaat-Generaal MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/ Cortefiel/ Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 128-129.

[309] H.v.J. 30 april 1998, *Bellone/ Yokohoma*, C-215/97, *Jur.* 1998, I-2191, ov. 14.

[310] H.v.J. 28 maart 1996, *strafzaak t. Ruiz Bernáldez*, C-129/94, *Jur.* 1996, I-1829, ov. 24; zie ook H.v.J. 12 maart 1996, *Pafitis/ Trapeza Ketrikis*, C-441/93, *Jur.* 1996, I-1347, ov. 70.

[311] H.v.J. 30 april 1996, *CIA Security International / Signalson en Securitel*, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201, ov. 42-55; H.v.J. 26 september 2000, *Unilever/ Central Food*, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535, ov. 49.

[312] K. LENAERTS en T. CORTHAUT, *l.c.*, 306. Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 21; M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.*, 328.

[313] K. LENAERTS en T. CORTHAUT, *l.c.*, 306-307.

recht te ontzeggen om zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van een richtlijn.[314]

> Verderop zal blijken dat deze conclusies met name hun belang hebben voor de toepassing van de sanctie van niet-toepasselijkheid op de Belgische wetgeving met betrekking tot de toelaatbaarheid van het geslacht als differentiatiefactor in levensverzekeringsovereenkomsten.[315] De Belgische wetgever heeft met de wet van 21 december 2007[316] (de zgn. Gender-wijzigingswet) besloten dat het voor levensverzekeringsovereenkomsten (in de zin van artikel 97 van de Wet van 25 juni 1992 op de Landverzekeringsovereenkomst[317]) mogelijk moet zijn dat proportionele directe onderscheiden kunnen worden gemaakt op grond van het geslacht voor de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties, als het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Het betreft een omzetting van de *opting-out* clausule van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. De wetgever diende volgens de Genderrichtlijn reeds vóór 21 december 2007 een besluit in deze zin te hebben geformuleerd. Doordat kan geargumenteerd worden dat de Belgische wetgever niet aan deze *procedurele verplichting* heeft voldaan, zou kunnen worden opgeworpen dat de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007 buiten toepassing zou moeten worden gelaten in een geschil tussen particulieren, waardoor de genoemde uitzondering voor levensverzekeringsovereenkomsten niet zou gelden.[318]

119. **Richtlijnconforme interpretatie.** Het eventuele buiten toepassing laten van de nationale norm is niet de enige mogelijkheid die de nationale rechter heeft in het geval in een geschil tussen particulieren de overeenstemming van de nationale norm met de Richtlijn wordt betwist. Het is namelijk eveneens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de nationale rechter het nationale recht steeds zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de Richtlijn.[319] Deze verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt ongeacht of het daarbij gaat om de bepalingen van eerdere of latere datum dan de richtlijn[320] en dus *a fortiori* wanneer het gaat over omzettingswetge-

---

[314] H.v.J. 7 januari 2004, *Wells/Secretary of State for Transport*, C-210/02, *Jur.* 2004, I-723, ov. 57; H.v.J. 12 november 1996, *Smith & Nephew Pharmaceuticals/Medicine Control Agency*, C-201/94, *Jur.* 1996, I-5819, ov. 33-39. Tot hetzelfde oordeel kwam het Hof ook in H.v.J. 26 september 2000, *Unilever/Central Food*, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535, ov. 45-52.

[315] Cf. *infra* nr. 515.

[316] Wet van 21 december 2007 tot wijziging van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, *B.S.* 31 december 2007. (hierna de "Gender-wijzigingswet").

[317] *B.S.* 20 augustus 1992. (hierna "W.LVO")

[318] Voor een bespreking, zie *infra* nr. 515.

[319] H.v.J. 10 april 1984, *Von Colson en Kamann/Land Nordrhein Westfalen*, 14/83, *Jur.* 1984, 1891, ov. 26; H.v.J. 10 april 1984, *Harz/Deutsche Tradax*, 79/83, *Jur.* 1984, 1921, ov. 26;

[320] H.v.J. 13 november 1990, *Marleasing/La Comercial Internacional de Alimentacion*, C-106/89, *Jur.* 1990, I-4135, ov. 8; H.v.J. 25 februari 1999, *Carbonari/Università degli studi di Bologna*, C-131/97, *Jur.* 1999, I-1103, ov. 48. Als rechtsbasis voor de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie baseert het Hof zich op [oud-]artikel 10 E.G.-Verdrag alsook op de in [oud-]artikel 249 E.G.-Verdrag bepaalde verbindende kracht van richtlijnen. In de zaak *Pfeiffer* voegt het Hof daar nog aan toe dat het beginsel van richtlijnconforme uitlegging *inherent* is *aan het systeem van het verdrag.* Zie H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 114.

ving.[321] Bovendien wordt door het Hof van Justitie in de zaak *Pfeiffer* erkend dat deze verplichting des te meer geldt indien aan de nationale rechter een geschil is voorgelegd over de toepassing van nationale voorschriften die zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan *particulieren*.[322] Deze regel gaat niet in tegen het principe dat regels zoals die worden bepaald in een richtlijn, niet kunnen worden ingeroepen tussen particulieren. Het is immers niet de richtlijn zelf die in stelling wordt gebracht tegen een particulier; de rechter laat enkel een andere – vaak algemene – norm van nationaal recht herleven middels richtlijnconforme uitleg.[323] Hierbij geldt wel als grens dat het beginsel van richtlijnconforme uitlegging niet kan gebruikt worden voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht,[324] tenzij het nationale recht een dergelijke *contra*-legem uitleg zelf toestaat.[325]

120. **Het belang van de verstreken omzettingstermijn.** Van belang is nog dat de verplichting tot richtlijnconforme uitleg zich eveneens uitstrekt tot Richtlijnen waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, dit in tegenstelling tot de sanctie van niet-toepasselijkheid van nationale normen.[326] Specifiek voor het geval van de artikel 19-Richtlijnen dient daarbij wel te worden gewezen op een belangrijke evolutie in de rechtspraak van het Hof in de zaak *Mangold* voor het Hof van Justitie inzake de sanctie van niet-toepasselijkheid.[327] Het betrof een geschil tussen particulieren, waar de oveenstemming van een nationale norm werd betwist met de Kaderrichtlijn arbeid, waarvan de omzettingstermijn nog niet verstreken was ten tijde van het geschil. Het Hof besloot in deze zaak toch tot de sanc-

---

[321] H.v.J. 16 december 1993, *Wagner Miret/ Fondo de garantia salarial*, C-334/92, *Jur.* 1993, I-6911.

[322] Zie H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./ Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 112. Hierbij zal de rechter volgens dezelfde rechtspraak het gehele nationale recht in beschouwing dienen te nemen, hetgeen impliceert dat indien zich een conflict zou voordoen tussen twee nationale normen, het nationale recht zodanig moet worden uitgelegd dat daarmee wordt tegemoetgekomen aan de inhoud van de Richtlijn. Zie H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./ Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 116.

[323] G. BETLEM, , "Richtlijnconforme interpretatie" in A. S. HARTKAMP, C. H. SIEBURGH en L. A. D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming & Recht, Deel 42-I, Algemeen Deel, Deventer, Kluwer, 2007, 108.

[324] H.v.J. 16 juni 2005, *Strafzaak t. Maria Pupino*, C-105/03, *Jur.* 2005, I-5285, ov. 47; zie ook Advocaat-Generaal SAGGIO, conclusie van 16 december 1999 voor H.v.J. 27 juni 2000, *Océano Grupo/ Murciano Quintero* (C-240/98) en *Salvat Editores/ Sanchez Alcón Prades* (C-241/98), *Copano Badillo* (C-242/98), *Berraone* (C-243/98) en *Viñas Feliú* (C-244/98, gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, *Jur.* 2000, I-4941, ov. 27; Advocaat-Generaal JACOBS, conclusie van 16 maart 2000, voor H.v.J. 13 juli 2000, *Centrosteel/ Adipol*, C-456/98, *Jur.* 2000, I-6007, ov. 32.

[325] Bijvoorbeeld indien de toepasselijke nationale wetsbepaling niet langer kan geacht worden de juiste oplossing te bieden; zie M. H. WISSINK, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2001, 448; zie ook G. BETLEM, *l.c.*, 130; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 207.

[326] Zie reeds H.v.J. 8 oktober 1987, *Strafgeding t. Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, *Jur.* 1987, 3969, ov. 15-16; zie ook Advocaat-Generaal TIZZANO, conclusie van 30 juni 2005, voor H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 115 en ov. 121-122, die deze verplichting op dezelfde hoogte stelt met de rechtspraak van het Hof in *Inter-environnement Wallonie*, waaruit blijkt dat hoewel op de lidstaten geen verplichting rust om de maatregelen ter uitvoering van een richtlijn vast te stellen vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van een Richtlijn, uit artikel 10 en uit de bindende kracht van richtlijnen volgt dat zij zich gedurende deze termijn *dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de Richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen*. (zie Zie H.v.J. 18 december 1997, *Inter-environnement Wallonie/ Région Wallonne*, C-129/96, *Jur.* 1997, I-7411, ov. 45.)

[327] Zie H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981.

tie van niet-toepasselijkheid van de nationale norm, omwille van een schending van het zogenaamde algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.[328] Dat de omzettingstermijn van de Kaderrichtlijn arbeid (één van de artikel 19-Richtlijnen) nog niet verstreken was bleek daarbij van geen belang te zijn. In latere rechtspraak heeft het Hof evenwel verklaard dat zolang de omzettingstermijn van een op basis van artikel 13 E.G.-Verdrag aangenomen Richtlijn niet is verstreken, de nationale rechter niet gehouden is de naleving te waarborgen van een algemeen beginsel van het recht van de Unie.[329] In dergelijke gevallen kan hij zich wel nog altijd beroepen op de mogelijkheid van richtlijnconforme interpretatie en in navolging van de plicht zoals omschreven in *Pfeiffer* om hierbij *"het gehele nationale recht*" te betrekken[330], een norm opsporen in het eigen nationale recht, die in overeenstemming met het gemeenschapsrecht kan worden toegepast.[331] Indien de omzettingstermijn daarentegen wel reeds is verstreken en wanneer de betreffende regeling niet richtlijnconform kán worden uitgelegd, zo blijkt uit de recente uitspraak van het Hof in de zaak *Küküdvedecci*, kan een nationale regeling wél buiten toepassing laten in een geschil tussen particulieren, wanneer deze regeling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie, zoals het is geconcretiseerd in secundaire uniewetgeving.[332] Hiermee staat vast dat het principe dat Europese Richtlijnen geen horizontale directe werking hebben, eenmaal de omzettingsdatum verstreken, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie, kan worden omzeild.

---

[328] Zie H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 76-77. Zie over de rol van algemene beginselen van het recht van de Unie en hun verhouding tot de artikel 19-Richtlijnen en de nationale wetgeving, *infra* nrs. 128 e.v.

[329] Zie H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 25. Het Hof liet daarbij uitschijnen dat het hier niet om een koerswijziging ging t.a.v. haar rechtspraak in *Mangold*, daar deze laatste zaak immers ging om een nationale regeling die eveneens was genomen in uitvoering van een richtlijn waarvan de uitvoeringsdatum wél reeds verstreken was. (Meerbepaald ging het om richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Pb. EG* L 175/3, 10 juli 1999).

[330] H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 115.

[331] Er is dan ook geen reden om richtlijnen die algemene rechtsbeginselen concretiseren, te kwalificeren als een *casus specialis* ten opzichte van andere richtlijnen. Zie G. BETLEM, *l.c.*, 116, 121.

[332] Zie H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdevecil/Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 53.

HOOFDSTUK IV. HET HANDVEST VAN DE GRONDRECHTEN

121. **Bevestiging van de burgerrechtelijke status van het gelijkheidsbeginsel.** Een belangrijke stap in het voortschrijdingsproces van het gelijkheidsbeginsel van marktrecht naar (horizontaal werkend) burgerrecht is de totstandkoming van het zogenaamde Handvest van de Grondrechten. Het Handvest, dat in 2000 door de voorzitters van het Europees parlement, de Raad en de Commissie plechtig werd afgekondigd te Nice,[333] kan worden gezien als een duidelijk teken vanwege de Europese Unie dat groot belang wordt gehecht aan de bescherming van grondrechten.[334] Het gelijkheidsbeginsel krijgt in dit Handvest een voorname plaats. Artikel 21 verbiedt discriminatie op alle gebieden van het dagelijks leven en op basis van een uitgebreider set discriminatiegronden als bv. het geval is in artikel 119 Werkingsverdrag. Het gaat om de criteria: geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid (artikel 21, 1°lid) en nationaliteit (artikel 21, 2°lid). Artikel 23 waarborgt eveneens op alle mogelijke domeinen, de gelijkheid tussen mannen en vrouwen. Verder is er nog een bepaling die de rechten van ouderen beschermt (artikel 25) en een bepaling omtrent de integratie van personen met een handicap. (artikel 26).

122. **Bindend voor de ondertekenaars.** Het Handvest is gericht tot de instellingen en organen van de Europese Unie en ook de lidstaten wanneer zij het recht van de Europese Unie ten uitvoer brengen.[335] Hoewel het Handvest van de Grondrechten niet geïncorporeerd is in de Verdragen, wordt er naar aanleiding van een wijziging die het Verdrag van Lissabon aanbrengt in het nieuwe artikel 6, lid 1 van het Unieverdrag, wel expliciet naar verwezen en wel door de bepaling dat het Handvest *dezelfde juridische waarde* heeft als de Verdragen.[336] Dit wil zeggen dat deze grondrechten juridisch bin-

---

[333] Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, *Pb.EG* C 364/1, 18 december 2000. Na afloop van de Intergouvernementele conferentie van 2007 werd het Handvest opnieuw afgekondigd met enkele aanpassingen waarin de oorspronkelijk geplande EU-Grondwet had voorzien, zie Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie *Pb.EG* C 303/1, 14 december 2007. Het Handvest van de Grondrechten werd na het Verdrag van Lissabon opnieuw officieel gepubliceerd in 2010. Zie *Pb. C* 30 maart 2010, afl. 83, 389 (hierna "Handvest van de Grondrechten").

[334] J.M. BINON, "L'égalité de traitement en droit européen et ses applications à l'assurance. Obligation morale ou croisade idéologique ?", *l.c.,* 21, nr. 2. Sommigen hebben een negatiever beeld van het Charter. Volgens BAQUERO CRUZ heeft de Europese Unie geen probleem inzake fundamentele rechten. Hij ziet het Charter eerder als een legitimatie of compensatie van het democratische deficit dat zou schuilen in de structuren van het Europa van de 27 lidstaten; Zie J. BAQUERO CRUZ, "What's left of the Charter? Reflections on law and political mythology", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, afl. 1, 74. Hierbij kan nog worden gemeld dat het Handvest het eerste juridisch bindende document is dat op internationaal niveau wordt aangenomen en dat niet alleen politieke rechten, maar ook sociale en milieurechten waarborgt.

[335] Zie artikel 51(1) van het Handvest van de Grondrechten.

[336] Zie ook K. LENAERTS en P. VANNUFFEL, *o.c.,* 437; zie ook artikel 6, lid 1 van het EU-verdrag. Overigens werd ook vóór de ondertekening van het Verdrag van Lissabon reeds aangenomen dat de instellingen en organen van de Europese Unie en ook de lidstaten gebonden waren om het Charter te respecteren. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 436; zie ook Mededeling van de Commissie over de aard van het handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, COM (2000) 644 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/com/2000/com2000_0644nl01.pdf, 5.

dend zijn voor de ondertekenaars.[337] Zowel de lidstaten als de instellingen en organen van de Unie zijn tot eerbiediging van deze rechten gehouden ten opzichte van de burger. Eenieder kan de grondrechten van het Handvest inroepen tegen de genoemde overheden, ook personen die geen onderdanen zijn van de lidstaten.[338] Door de verwijzing naar het handvest in het EU-Verdrag wordt de catalogus van de in het Handvest opgenomen rechten voor de burger ook zichtbaarder.

123. **Bevestiging van de constitutionele tradities van de lidstaten.** Het belang van het Handvest van de Grondrechten is groter dan haar verdienste als codificatie van burgerrechten die kunnen gelden tussen burger en overheid. Het Handvest wordt namelijk eveneens beschouwd als een gezaghebbende neerslag van de gemeenschappelijke tradities en de internationale verplichtingen van de lidstaten op het gebied van grondrechten, waarvan het Hof van Justitie de toepassing verzekert.[339] Het Handvest wordt door het Hof dan ook gezien als een tekst waaruit aanwijzingen kunnen worden ontleend om de *inhoud van grondrechten te bepalen*.[340] Als dusdanig werd het Handvest reeds (voor het Verdrag van Lissabon) aangewend in de praktijk van de Europese Ombudsman[341], de rechtspraak van het Gerecht van eerste Aanleg[342] en in de opinies van de Advocaten-Generaal.[343] Ook het Hof van Justitie, in een aantal zaken buiten de bevoegdheid van het Gerecht, liet zich reeds expliciet leiden door bepalingen in het Handvest van de Grondrechten. Het Hof deed dit door naar het Handvest te verwijzen als bevestiging van de algemene beginselen van de rechtsstaat die gemeen zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten.[344]

---

[337] Zie evenwel de afwijkende regeling voor Polen en het Verenigd Koninkrijk in het protocol betreffende de toepassing van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie op Polen en het Verenigd Koninkrijk, bij het Verdrag van Lissabon, *Pb. EG* C 306/156, 17 december 2007.

[338] Behoudens dan de enkele rechten die samenhangen met het burgerschap van de Unie. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, 2008, *o.c.*, 435.

[339] K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 437; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 228; G. DE BURCA en J. ASCHENBRENNER, "The development of European constitutionalism and the role of the EU Charter of Fundamental Rights", *Columbia Journal of Fundamental Rights* 2003, afl. 9, 364.

[340] D. DE PRINS, J. VRIELINK, S. SOTTIAUX, *o.c.*, 228.

[341] http://www.euro-ombudsman.eu.int/report05/pdf/en/rap05_en.pdf, 60.

[342] Gerecht van Eerste Aanleg 30 januari 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T-54/99, *Jur.* 2002, II-313, ov. 48 en 57; Gerecht van Eerste Aanleg 3 mei 2002, *Jégo-Quéré & Cie SA/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T-177/01, *Jur.* 2002, II-2365, ov. 42 en 47. In deze zaken werd een poging gedaan het Handvest bindend te verklaren. Zie evenwel Gerecht van eerste Aanleg 15 januari 2003, *Philip Morris International/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Gevoegde zaken T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 en T-272/01, *Jur.* 2003, II-1, ov. 122.

[343] Advocaat-Generaal KOKOTT, conclusie van 8 september 2005 voor H.v.J. 27 juni 2006, *Europees Parlement/Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.*2006, I-5769, ov. 108 ; zie voor het gebruik van art. 21 in een zaak aangaande het gebruik van actuariële waarden bij het berekenen van een pensioen dat geacht werd discriminatoir te zijn op basis van geslacht en leeftijd: Advocaat-Generaal F. JACOBS, conclusie van 27 oktober 2005 voor H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 89.

[344] H.v.J. 27 juni 2006, *Europees Parlement/Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.* 2006, I-5769, ov. 4, 38 en 58; H.v.J. 18 december 2007, *Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, C-341/05, *Jur.* 2007, I-11767, ov. 90-91 – recht om collectieve actie te voeren; H.v.J. 29 januari 2008, *Promusicae/Telefónica de España*, C-275/06, *Jur.* 2008, I-271, ov. 61-65 - fundamentele eigendomsrecht, waaronder de intellectuele-eigendomsrechten. Nochtans heeft het Hof daarvoor lang de lippen stijf op elkaar gehouden, ook al hadden partijen in hun argumenten uitdrukkelijk naar het Handvest verwezen. Zie S. DEWULF, ""Europese" grondrechten: De plaats van fundamentele rechten en vrijheden in de vernieuwde Europese Unie", *R.W.* 2007-08, afl. 37, 1522-1540.

124. **Verhouding met de artikel 19-Richtlijnen.** Het was voor het eerst in de zaak *Europees Parlement/Raad* in 2006, dat het Hof van Justitie verwees naar het Handvest van de Grondrechten.[345] *In casu* ging het om een geschil waarbij de nietigverklaring werd gevorderd van een bepaling van Gemeenschapswetgeving (*in casu* een bepaling in de richtlijn inzake het recht op gezinshereniging), en waar in de inleidende overwegingen gerefereerd werd aan bepalingen uit het Handvest.[346] Hoewel deze uitspraak nog dateert van voor de bindendverklaring in het Verdrag van Lissabon, bleek reeds dat door een loutere verwijzing naar het Handvest in de overwegingen bij een Richtlijn, juridische gevolgen konden worden toegekend aan de rechten uit het Handvest (waaronder ook het gelijkheidsbeginsel).[347] Hierbij kan dan ook nuttig worden verwezen naar de overwegingen bij de Genderrichtlijn[348] de Kaderrichtlijn arbeid[349] en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid[350] waar eveneens aan het Handvest wordt gerefereerd. In de gevallen waarop deze richtlijnen van toepassing zijn bestaat de mogelijkheid dat het Hof zich op de bepalingen uit het Handvest beroept wanneer de geldigheid van de richtlijnen zelf, of hun omzettingsmaatregelen door de lidstaten, in vraag zouden worden gesteld.[351] In die zin zou het Handvest kunnen worden aangewend als toetsingsbasis voor prejudiciële vragen omtrent de invulling die door Unie-wetgeving wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel.

125. **Overname van de inhoud van het Handvest in de nationale wetgeving**. Naast expliciete verwijzing naar het Handvest van de Grondrechten in wetgeving van de Unie, zou het Handvest eveneens doorwerking kunnen vinden in horizontale verhoudingen wanneer de nationale wetgever de inhoud of formulering van bepaalde van de in het Handvest opgenomen grondrechten overneemt. Zo is bijvoorbeeld de in de Belgische horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving opgesomde lijst van beschermingsgronden rechtstreeks geïnspireerd op de opsomming van discriminatiegronden in het Handvest van de Grondrechten.[352]

---

[345] H.v.J. 27 juni 2006, *Europees Parlement/Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.* 2006, I-5769, ov. 4, 38 en 58.

[346] Richtlijn 2003/86/EG van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, *Pb.EG* L251, 3 oktober 2003, 12, ov. 2.

[347] Zie H.v.J. 27 juni 2006, *Europees Parlement/Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.* 2006, I-5769, ov. 58, 69 en 76; zie ook E. BRIBOSIA, "La lutte contre les discriminations: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 50.

[348] Zie ov. 4. van de Genderrichtlijn.

[349] Zie ov. 5 van de Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[350] Zie ov. 3 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[351] In deze zin K. LENAERTS en T. CORTHAUT*, l.c.*, 302.

[352] Zie *infra* nr. 191.

HOOFDSTUK V. GELIJKHEID EN NON-DISCRIMINATIE ALS ALGEMEEN BEGINSEL VAN HET RECHT VAN DE UNIE

AFDELING 1. BESTAAN VAN HET BEGINSEL

126. **Grondrechten als algemene beginselen.** In artikel 6, lid 3 van het Unieverdrag (oud-artikel 6, lid 1 van het E.U.-Verdrag) wordt bepaald dat de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als *algemene beginselen* deel uitmaken van het recht van de Unie. Op grond van artikel 220 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 19, lid 1 van het Unieverdrag), volgens hetwelk het Hof van Justitie bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen *het "recht"* dient te eerbiedigen, wordt door het Hof een machtiging afgeleid om beroep te doen op deze algemene beginselen.[353] Volgens de gevestigde rechtspraak van het Hof van Justitie kan ook het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd als één der algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.[354] Dit beginsel vindt het Hof zowel terug in de grondslagen van het Verdrag zelf, als in de gemeenschappelijke rechtstradities van de lidstaten en in de door hen gesloten internationale Verdragen.[355]

127. **Bescherming tegen discriminatie op specifieke gronden?** De vaststelling dat het algemene gelijkheidsbeginsel op zich een van de grondslagen van de Gemeenschap vormt en terug te vinden is in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, neemt niet weg dat twijfels kunnen worden geuit bij de vraag of het algemeen beginsel ook bescherming biedt tegen discriminatie op *specifieke gronden* zoals leeftijd, handicap, seksuele voorkeur of religie en geloofsovertuiging.[356] Het Hof van Justitie had in de zaak *Mangold* weliwaar niet veel moeite om de hypothese te aanvaarden dat het beginsel van non-discriminatie *op grond van leeftijd* moest worden beschouwd als een algemeen beginsel van het recht van de Unie.[357] Toch werd deze aanvaarding door de Advocaten-

---

[353] Zie T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 19-20; W. DEVROE, "Impact van door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen, *l.c.*, 134; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 421 en 428.

[354] H.v.J. 19 oktober 1977, *Ruckdeschel/ Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* (117/76) en *Diamalt/ Hauptzollamt Itzehoe* (16/76), gevoegde zaken 117/76 en 16/76, *Jur.* 1977, 1753, ov. 7; H.v.J. 8 oktober 1980, *Überschär/ Bundseversicherungsanstalt für Angestellte*, 810/79, *Jur.* 1980, 2747, ov. 16; H.v.J. 7 juni 2007, 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/ Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 56. Zie ook T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 5.

[355] Zie H.v.J. 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur/ Bundesrepublik Deutschland* (C-46/93) en *The Queen/ Secretary of State for transport, ex parte: Factortame* (C-48/93), gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029, ov. 27; zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 223.

[356] Zie bv. Advocaat-Generaal MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/ Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 128-129. Zie in dit verband eveneens W. VAN GERVEN, "Politics, ethics and the law - Legal practice & Scholarship", *l.c.*, 19.

[357] H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov.75.

Generaal in latere conclusies bijzonder kritisch onthaald.[358] De twijfel omtrent het bestaan van een algemeen gelijkheidsbeginsel voor specifieke discriminatiegronden, zoals die worden beschermd door artikel 19 Werkingsverdrag, spruit voort uit het feit dat discriminatie op basis van deze laatste (door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde) gronden, doorheen de Unie niet op even uniforme wijze wordt beschermd. Dit in tegenstelling tot de hierboven besproken rechtstreeks werkende discriminatieverboden inzake nationaliteit of geslacht. In een recente procedure voor het Hof van Justitie lieten enkele lidstaten zich dan ook reeds de stelling ontvallen dat artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) zonder functie zou zijn, moest er sprake zijn van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van de door artikel 13 E.G.-Verdrag beschermde discriminatiegronden.[359] Vanuit deze opinie wensten deze lidstaten te besluiten dat een beginsel van non-discriminatie op één van de genoemde gronden dan wel onbestaande moest zijn.[360] Deze gevolgtrekking werd door Advocaat-Generaal SHARPSTON in haar conclusies in dezelfde procedure echter als fundamenteel onjuist ingeschat.[361]

> Volgens Advocaat-Generaal SHARPSTON is het net *omdat* thans wordt erkend dat het algemene gelijkheidsbeginsel ook gelijke behandeling ongeacht leeftijd (en bij uitbreiding ook de andere discriminatiegronden uit artikel 13) omvat, dat het noodzakelijk is om een machtigingsbepaling zoals artikel 13 E.G.-Verdrag te kunnen gebruiken.[362] Het beginsel *an sich* zou dan volgens de Advocaat-Generaal kunnen worden ingeroepen om op te treden tegen bepaalde situaties waarin sprake is van "*duidelijke, onbehouwen of willekeurige discriminatie*" op grond van één van de door artikel 13 E.G.-Verdrag beschermde gronden. Wanneer de situatie evenwel complexer is, en de scheidingslijn tussen gerechtvaardigde en niet-gerechtvaardigde discriminaties minder duidelijk is, zal er een noodzaak aan passende definities ontstaan.[363]

Artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag), als rechtsgrondslag voor wetgevend optreden op gemeenschapsniveau, biedt de gemeenschapswetgever volgens Advocaat-Generaal SHARPSTON weliswaar de mogelijkheid om discriminatie op grond van o.m. leeftijd *nauwkeuriger te definiëren*. Volgens haar moet echter de *oorsprong* van het beginsel, namelijk de gedachte dat het thans onaanvaardbaar is om te discrimineren op een van de in artikel 13 E.G-Verdrag genoemde

---

[358] Advocaat-Generaal GEELHOED, conclusie van 16 maart 2006 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, 46-56; Advocaat-Generaal MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 94-95.

[359] Zo was bv. het Verenigd Koninkrijk van mening dat het door de kennelijke bedoeling van de opstellers van artikel 13 EG om de gemeenschapswetgever in staat te stellen om maatregelen te nemen om onder meer discriminatie op grond van leeftijd te bestrijden, duidelijk moest zijn dat een dergelijk beginsel niet bestaat. Deze stelling werd *grosso modo* gevolgd door Duitsland, Nederland en de verwerende partij, zie Conclusie van Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 29.

[360] Ibidem.

[361] *Ibidem*, ov. 50.

[362] D. MARTIN, "De Mangold à Bartsch: heurts et malheurs du principe d'égalité en droit communautaire", *Journal des Tribunaux du Travail* 2008, 427, die deze stelling niet in harmonie kan brengen met de vaststelling dat artikel 13 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 19 Werkingsverdrag) geen rechtstreekse werking heeft.

[363] Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J., *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 49.

gronden, nog steeds worden gevonden in "*een vroegere tijd en plaats*" als het artikel 13 E.G.-Verdrag of de op grond van dit artikel aangenomen Richtlijnen.[364] Het gelijkheidsbeginsel kan dus ook in haar hoedanigheid van een verbod van discriminatie op basis van meer specifieke discriminatiegronden, de status aannemen van een algemeen beginsel van het recht van de Unie.

AFDELING 2. BELANG VAN HET BEGINSEL VOOR VERZEKERINGSRELATIES

128. **Drie impactdomeinen.** Het bestaan van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie, met inbegrip van de meer specifieke discriminatieverboden op grond van de door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde gronden, zou op minstens drie vlakken een impact kunnen hebben op de bescherming tegen discriminatie in particuliere verzekeringsrelaties.

129. **Strijdigheid van secundaire uniewetgeving met het algemeen beginsel.** Ten eerste kan men zich de vraag stellen of en in welke mate het mogelijk is om de geldigheid te betwisten van secundaire Unie-wetgeving die is aangenomen op grond van artikel 13 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 19 Werkingsverdrag), en die gestalte geeft aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in vezekeringsrelaties. Denk in dat verband aan de Genderrichtlijn en het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid, die via opting-outclausules aan de lidstaten de mogelijkheid geven om voor de toepassing van de gelijkebehandelingsnorm in verzekeringsrelaties, bijzondere rechtvaardigingsmogelijkheden te voorzien.[365] De vraag naar de mate waarin secundaire Uniewetgeving kan worden getoetst aan het algemeen gelijkheidsbeginsel, zal worden behandeld onder §1.

130. **Strijdigheid van nationale wetgeving met het algemeen beginsel.** Ten tweede rijst de vraag in welke mate een verzekerde zich in een geschil met een verzekeraar zou kunnen beroepen op het algemeen beginsel, indien blijkt dat de nationale wetgeving, zoals die op grond van de artikel 19-Richtlijnen is totstandgekomen, in strijd is met dit algemeen beginsel. Meer concreet rijst hier de vraag naar de mogelijkheid tot horizontale werking van het algemeen beginsel en de mogelijkheid tot het buiten toepassing laten van de ermee strijdige nationale norm. Deze problematiek wordt besproken onder §2.

131. **Afwezigheid van secundaire en nationale wetgeving. Autonome functie van het beginsel?** Ten derde rijst de vraag of een particulier (verzekerde) zich in een geschil met een andere particulier (verzekeraar) eveneens kan beroepen op het algemeen beginsel wanneer er, door het feit dat er nog geen secundaire wetgeving is gestemd, nog geen nationale wetgeving voorhanden is waarop de particulier zich kan beroepen. Meer algemeen dient een antwoord te worden gevonden op de vraag of er een autonome functie kan uitgaan van het algemeen beginsel van gelijke behandeling. Een antwoord op deze vragen wordt gezocht onder §3.

---

[364] *Ibidem*, ov. 57. Zie ook L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 201-203.

[365] Zie in dat verband artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn en artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid. (zie reeds *supra* voetnoot nr. 222)

§ 1. Strijdigheid van secundaire unie-wetgeving met het algemeen beginsel

132. **Geldigheid van de opting-outclausules.** Via de bevoegdheid die haar op grond van artikel 19 Werkingsverdrag wordt geschonken, is de Europese wetgever doorheen de uitvaardiging van de artikel 19-Richtlijnen in de gelegenheid geweest om zelf de scheidingslijn aan te geven van wat het beschouwt als een gerechtvaardigde en een niet-gerechtvaardigde discriminatie.[366] Voor verzekeringsrelaties zou het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie van belang kunnen zijn wanneer de Europese wetgever via haar bevoegdheid op grond van artikel 19 Werkingsverdrag een zodanige invulling heeft gegeven aan het discriminatieverbod (zoals dat geldt binnen verzekeringsrelaties), dat dit in strijd zou zijn met het algemeen beginsel. Zo gaf de Europese wetgever in de zogenaamde *opt-out* clausule van de Genderrichtlijn aan de lidstaten het recht om in de omzetting van de Genderrichtlijn, verschillen in premies en uitkeringen toe te staan in gevallen waarbij het geslacht "*een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens*." (zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn). Ook in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt in artikel 2, lid 7 voorzien in een vergelijkbaar optierecht voor de discriminatiegronden leeftijd en handicap.

133. **Toetsingsbevoegdheid van het Hof van Justitie.** Volgens Advocaat-Generaal SHARPSTON, in haar conclusies in de zaak *Lindorfer* voor het Hof van Justitie, wil de kwalificatie van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen als een beginsel van het recht van de Unie niet zeggen dat de Uniewetgever nooit mag voorzien in gerechtvaardigde uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling.[367] Zo herinnert de Advocaat-Generaal eraan dat de Europese wetgever het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële tabellen reeds mogelijk heeft gemaakt in het kader van bedrijfspensioenregelingen.[368] Eveneens herinnert de Advocaat-Generaal eraan dat de geldigheid van dergelijke maatregelen steeds kan worden worden aangevochten voor het Hof van Justitie.[369] Het is wel enkel aan het Hof van Justitie (en niet aan de nationale rechter) om te beoordelen of dergelijke uitzonderingen gerechtvaardigd zijn.[370] Wanneer een Europese richtlijn regels formuleert met betrekking tot mogelijke rechtvaardigingsgronden of bewijslast om aan dit beginsel gestalte te geven in een verzekeringscontext, kunnen nadere invullingen aan de kant worden gezet middels een beroep op

---

[366] Conclusie van Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J., *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 49.

[367] Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese* Unie, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 136-139

[368] Zie reeds *supra* nr. 57, met verwijzing naar artikel 9, h), i) en j) van de Genderrichtlijn arbeid (die een kopie is van de bepalingen van artikel 6, h), i) en j) van de Richtlijn 86/378/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 96/97/EC van 20 december 1996, *Pb.EG* L 46, 17 februari 1996, 20.

[369] Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese* Unie, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 46 en voetnoot 19.

[370] Het feit dat enkel het Hof van Justitie kan oordelen over de geldigheid van een handeling van de instellingen van de Gemeenschap, blijkt nog uit artikel 267, lid 3 van het Werkingsverdrag (oud-artikel 234, lid 3 van het E.G.-Verdrag), dat bepaalt dat bij iedere vraag die te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instante waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, deze instantie gehouden is zich tot het Hof van Justitie te wenden.

het primair recht van de Europese Unie (zoals o.m. algemene beginselen van gemeenschapsrecht).[371]

> Een dergelijke beoordeling door het Hof kan gebeuren op *indirecte* wijze, door middel van een prejudiciële vraagstelling over de geldigheid van de norm van secundair gemeenschapsrecht.[372] Het kan dan gaan om een beroep tot nietigverklaring dat wordt ingesteld door een particulier of een verbruikersvereniging voor een nationaal Grondwettelijk Hof, wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel in de nationale Grondwet, gekoppeld aan het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Hier dient nog aan toe te worden gevoegd dat een dergelijke beoordeling ook *direct* op de tafel van het Hof van Justitie kan vallen, indien de particuliere verzekeringnemer in een positie is die hem toelaat de richtlijnbepaling aan te vechten middels een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht van Eerste Aanleg.[373]

134. **Prejudiciële vraag van het Belgisch grondwettelijk Hof.** De primeur voor het stellen van een prejudiciële vraag in welke mate een artikel uit een Richtlijn met betrekking tot de invulling van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties al dan niet in overeenstemming zou zijn met een beginsel van gemeenschapsrecht, bleek uitgerekend weggelegd te zijn voor het Belgisch Grondwettelijk Hof. Het betreft een zaak waarbij de Belgische verbruikersvereniging Test-Aankoop, samen met 2 particuliere belanghebbenden, een beroep tot vernietiging heeft ingesteld tegen de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007[374], wegens strijdigheid met de artikel 10, 11 en 11 bis van de Belgische grondwet.[375] Als uitzondering op het discriminatieverbod in de Genderwet van 10 mei 2007, staat deze wet toe dat op het domein van levensverzekeringsovereenkomsten directe onderscheiden worden gemaakt op grond van het geslacht voor de bepaling van verzekeringspremies- en prestaties, onder de inhoudelijke voorwaarden die door de Genderrichtlijn worden bepaald.[376] Volgens de verbruikersvereniging

---

[371] Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 43, 46 en 62. Men moet in gedachte houden dat algemene rechtsbeginselen de status genieten van *primair Unierecht* en wel degelijk in staat zijn om de geldigheid van bepalingen van secundair recht, zoals Europese richtlijnen, te helpen bepalen. Zie J. JANS, *l.c.*, 121. Zie ook T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law, o.c.*, 29-31.

[372] Volgens artikel 267, derde lid van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 309 Werkingsverdrag) is de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen *niet* vatbaar zijn voor hoger beroep, in zo een geval verplicht om de vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie, indien zij die beslissing noodzakelijk acht om een oordeel te kunnen vellen. Ook lagere nationale rechterlijke instanties zijn echter verplicht om een prejudiciële vraag over de geldigheid van de nationale norm te stellen, indien deze geldigheid wordt betwist, ook al acht de nationale rechter zelf deze norm niet ongeldig. Zie E. CLOOTS, "Het grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten" in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVEN (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, Die Keure, 2008, 4-5.

[373] De verzekeringnemer zal hierbij wel dienen aan te tonen dat hij individueel geraakt wordt door de Richtlijn. Hij zou dit kunnen doen door te bewijzen dat hij over een recht beschikte dat door de gemeenschapsinstellingen had dienen in acht te worden genomen toen zij de Richtlijn aannamen; zie H.v.J. 18 mei 1994, *Codorniu/Raad*, C-309/89, *Jur.* 1994, I-1853, ov. 17-18; zie ook K. LENAERTS en D. ARTS, *Europees Procesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 220-221; V. WELLENS, *o.c.*, punt 3.2.1.(c).

[374] *B.S.* 31 december 2007. Zie voor een bespreking van de wijzigingen die deze wet aanbrengt in artikel 10 van de Genderwet, *infra* nr. 498.

[375] Zie het bericht voorgeschreven bij artikel 74 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de bekendmaking van de indiener en het onderwerp van het beroep tot vernietiging, *B.S.* 24 juli 2008, 38.628.

[376] Zie artikel 3 van de Wet van 21 december 2007, dat een nieuwe artikel artikel 10 heeft ingeschreven in Genderwet. Het nieuwe artikel 10, §1 van deze wet luidt: "*In afwijking van artikel 8 kan een proportioneel direct onderscheid gemaakt worden op grond van het geslacht voor de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties, als*

Test-Aankoop is een dergelijke afwijking echter strijdig met het algemeen beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, ook al vormt deze afwijking de omzetting van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn.[377] Het Grondwettelijk Hof heeft inmiddels besloten om vooraleer uitspraak te doen over de geldigheid van de overeenstemming van de wet van 21 december 2007 met de Belgische grondwet, een prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie over de conformiteit tussen het artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn en het algemeen beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zoals dat wordt gegarandeerd door artikel 6 van het Unieverdrag.[378] Verderop zal dieper op deze problematiek worden ingegaan.[379] Het Hof van Justitie heeft in de zaak nog geen uitspraak gedaan.

§ 2. Strijdigheid van nationale wetgeving met het algemeen beginsel

135. **Beroep op het algemeen beginsel in een geschil tussen particulieren.** Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie is niet enkel van belang om de overeenstemming na te gaan van mogelijke uitzonderingen in de artikel 19-Richtlijnen met dit beginsel. Men kan zich eveneens de vraag stellen of particulieren (verzekerden) op het beginsel zouden kunnen beroep doen in een geschil tegen andere particulieren (verzekeraars), in het geval er in de lidstaten een foutieve omzetting heeft plaatsgevonden van de bepalingen van deze richtlijnen. Wegens het principieel gebrek aan horizontale werking van Europese Richtlijnen[380], zou het interessant zijn om in een dergelijk geval alsnog beroep te kunnen doen op het algemeen beginsel als beginsel van het recht van de Unie, voor zover daarvan tenminste wél horizontale werking kan worden afgedwongen.

> Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Defrenne II*, bleek reeds meer dan dertig jaar geleden dat het zogenaamde 'beginsel' van gelijke beloning van mannen en vrouwen niet enkel geldt voor overheidshandelingen, maar ook voor contractuele relaties tussen particulieren.[381] Het feitelijk gemak waarmee de horizontale werking van het algemeen beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen voor gelijke arbeid werd aangenomen, had te maken met het feit dat het oordeel van het Hof in *Defrenne II* gebaseerd was op het vroegere artikel 141 E.G.-Verdrag (het huidige artikel 157 Werkingsverdrag), waarvan de rechtstreekse horizontale werking reeds lang niet meer betwist is. Ook het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, zoals dat is geïncorporeerd in artikel 12 E.G.-Verdrag (huidig artikel 18 Werkingsverdrag) biedt een voldoende basis om te kunnen spreken over een horizontaal werkend algemeen be-

---

het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens."

[377] Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.5.

[378] Zie Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, 18. Het Hof van Justitie behandelt de zaak onder het nummer C-236/09. Zie H.v.J. *Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier/ Ministerraad*, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, *Pb.* C 29 augustus 2009, afl. 205, 28.

[379] Cf. *infra* nr. 229 e.v.

[380] Zie reeds *supra* nr. 117, met verwijzing naar H.v.J. 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur*. 1986, 723, 48; H.v.J. 14 juli 1994, *Faccini Dori/ Recreb,* C-91/92, *Jur*. I-3325, ov. 20; H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./ Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 109.

[381] H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/ Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 46.

ginsel.[382] De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie lijkt minder evident met betrekking tot de discriminatieverboden die zijn aangenomen op grond van artikel 19 van het Werkingsverdrag. Artikel 19 is immers (slechts) een machtigingsbepaling, die de Raad de *bevoegdheid* geeft om communautaire wetgeving aan te nemen op basis van de beschermingsfactoren ras, geslacht, geloof, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Van een directe horizontale werking van dit artikel is geen sprake en de vraag rijst vervolgens welke functie dan nog is weggelegd voor algemene beginselen in gevallen waarbij sprake is van discriminatie anders dan op grond van geslacht in arbeidsrelaties of op grond van nationaliteit.

136. **Precedent in *Mangold*.** De eerste keer dat het Hof van Justitie binnen de beschermingssfeer van artikel 19 Werkingsverdrag (oud-artikel 13 E.G.-Verdrag) gebruik heeft gemaakt van het gelijkheidsbeginsel als beginsel van het recht van de Europese Unie, was in de zogeheten zaak *Mangold*. Het Hof heeft in deze zaak het bestaan erkend van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van *leeftijd* en heeft binnen de contouren van de haar voorliggende zaak een eerste toepassingsmogelijkheid van het algemeen beginsel in de relatie tussen particulieren geschetst.

In de zaak *Mangold* voor het Hof van Justitie was een Duitse regelgeving aan de orde waarvan de strijdigheid werd nagegaan met een bepaling uit de Kaderrichtlijn Arbeid (één van de artikel 19-Richtlijnen).[383] Volgens het Hof kon effectief een strijdigheid worden vastgesteld tussen de Duitse regelgeving en de aangezochte bepaling uit deze Richtlijn.[384] Er rees echter een probleem met betrekking tot de datum dat de Kaderrichtlijn arbeid diende te worden omgezet. De omzettingstermijn van de richtlijn verstreek pas in 2006, terwijl de Duitse regeling dateerde van 2002. Duitsland kon in principe dan ook nog niet gebonden zijn door de inhoud van deze Richtlijn.[385] Bovendien kon men niet langs de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een richtlijn, die formeel aan de lidstaten is gericht, „*geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en [...] een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen",* a fortiori *niet wanneer de omzettingstermijn voor deze richtlijn nog niet is verstreken*.[386] De strijdigheid van de Duitse regelgeving met de inhoud van de Kaderrichtlijn had op zich dan ook geen gevolgen voor de geldigheid van de overeenkomst tussen de heer *Mangold* en zijn werkgever.

---

[382] Zie de beslissing van het Hof van Justitie in *Angonese*. H.v.J. 6 juni 2000, *Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139, ov. 30-36.

[383] Het ging om een regel die bepaalde dat tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor werknemers die jonger waren dan 52 jaar, enkel konden worden aangegaan mits een rechtvaardiging werd gegeven voor de beperktheid in duur. Deze rechtvaardiging was echter niet nodig voor werknemers ouder dan 52 jaar. De betreffende regeling had tot doel de opneming van oudere werkloze werknemers in het arbeidsproces te bevorderen. Hierin zag men echter een strijdigheid met artikel 6 van de Kaderrichtlijn Arbeid dat zegt dat de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief gerechtvaardigd worden.

[384] J. JANS, *l.c.*, 115-129.

[385] Om deze barrière te overwinnen beriep het Hof zich in eerste instantie op haar klassieke *Inter-Environnement Wallonie*-rechtspraak: tijdens de omzettingstermijn van een richtlijn dient een lidstaat zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in het gedrang brengen. Zie H.v.J. 18 december 1997, *Inter-environnement Wallonie/Région Wallonne*, C-129/96, *Jur.* 1997, I-7411, ov. 45.

[386] Advocaat-Generaal TIZZANO, conclusie van 30 juni 2005, voor H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 108, met verwijzing naar H.v.J. 26 februari 1986, *Marshall* 152/84, *Jur.* 723, ov. 48); H.v.J. 14 juli 1994, *Faccini Dori/Recreb,* C-91/92, *Jur*. I-3325, ov. 20; H.v.J. 7 januari 2004, *Wells*, C-201/02, *Jur.* I-723, ov. 56; H.v.J. 3 mei 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, 391/02 en 403/02, *Jur*. I-3565, ov. 73.

137. **Buiten toepassing laten van de nationale norm.** Het Hof van Justitie argumenteerde in haar arrest in de zaak *Mangold* dat "*het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep*" niet in de kaderrichtlijn zelf verankerd is, maar zijn oorsprong vindt in "*diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten*."[387] Op basis van deze vaststellingen werd vervolgens zonder omwegen aangenomen dat "*het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet* […] *worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.*"[388] Met deze redenering tracht het Hof het probleem te overwinnen dat op het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen de betrokken particulieren werd gesloten, Duitsland nog niet gebonden was door de bepalingen van de Kaderrichtlijn. In de omstandigheid dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd wordt beschouwd als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, zo werd verder geredeneerd, dient de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in geding is, elke eventueel strijdige bepaling van nationaal recht *buiten toepassing te laten*.[389] Hierdoor werd het probleem overwonnen dat aan de bepalingen uit een richtlijn traditioneel geen horizontale rechtstreekse werking toekomt.[390] Als dusdanig bood de zaak *Mangold* een eerste concrete illustratie van de horizontale toepasselijkheid van het algemeen beginsel in een domein waarin geen toepassing kon worden gemaakt van rechtstreeks werkende verdragsbepalingen.[391]

> De conclusie dat private partijen na de zaak *Mangold* (minstens in arbeidsovereenkosten) een op het beginsel van gelijke behandeling op grond van leeftijd gebaseerde rechtsplicht zouden hebben om niet op grond van leeftijd te discrimineren is voor heel wat auteurs te verregaand. De belangrijkste kritiek op het *Mangold*-oordeel luidt dat door het verbod van leeftijdsdiscriminatie op dergelijke wijze te verheffen tot algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, een "omgekeerde hiërarchisering van het recht op gelijkheid" plaatsvindt, waarbij niet alleen leeftijdsdiscriminatie maar ook discriminatie op basis van de andere door art. 13 E.G.-Verdrag beschermde factoren, door het Hof veel guller worden toebedeeld dan het reeds veel

---

[387] H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 74. Zie ook H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdeveci/ Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 21.

[388] H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 75. Zie ook H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdeveci/ Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 22.

[389] Dit in het kader van zijn bevoegdheid de voor de justitiabelen uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen. Zie H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 77, met verwijzing naar H.v.J. 9 maart 1978, *Administratie van de Staatsfinanciën/ Simmenthal*, nr. 106/77, *Jur.* 1978, I-629, ov. 21; H.v.J. 5 maart 1998, *Solred/ Administración General del Estado*, C-374/96, *Jur.* 1998, I-937, ov. 30.

[390] M. SCHMIDT, "The principle of non-discrimination in respect of age: dimensions of the ECJ's *Mangold* Judgment", *German Law Journal* 2006, afl. 5, 521.

[391] L. WADDINGTON, "Recent developments and the non-discrimination directives: *Mangold* and more", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, afl. 3, 369; X, "European Court of Justice Case Law Update - Case C-144/0 Mangold v. Rüdiger Helm", *European anti-discrimination law review* 2006 april, afl. 2, 45-46; E. BRIBOSIA, *l.c.*, 59-60; zie voor een kritiek, W. DEVROE, "Impact van door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen, *l.c.,* 150-161; M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.*, 331-332; M. SCHMIDT, "The principle of non-discrimination in respect of age: dimensions of the ECJ's *Mangold* Judgment", *German Law Journal* 2006, afl. 5, 521; J.- Y. CARLIER, "Chronique - La libre circulation des personnes dans l'Union européenne - 1er Janvier - 31 décembre 2005", *Journal des Tribunaux Droit Européen* 2006, afl. 3, 80..

eerder beschermde verbod op geslachtsdiscriminatie in arbeidsrelaties en nationaliteitsdiscriminatie.[392] Door de kwalificatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht blijkt het immers zonder meer mogelijk om rechten en plichten toe te kennen aan particulieren en dit strookt niet met de bewoordingen van artikel 13 E.G.-Verdrag (dat de rechtsgrondslag vormt voor de Kaderrichtlijn arbeid). Uit dit artikel kan namelijk niet expliciet worden afgeleid dat de verdragssluitende partijen een direct werkend verbod op leeftijdsdiscriminatie wilden invoeren. Het artikel geeft integendeel blijk van de intentie om voor deze discriminatiegrond (samen met de andere gronden: ras, etnische afstamming, godsdienst, overtuiging, handicap en seksuele geaardheid) de gemeenschapswetgever aan het woord te willen laten. Dit in tegenstelling tot de verboden op nationaliteitsdiscriminatie en geslachtsdiscriminatie (in arbeidsrelaties) die wel zijn opgenomen in rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en waarvan dus veel eerder zou worden verwacht dat zij tot algemeen rechtsbeginsel met horizontale werking hadden moeten worden verheven.[393]

138. **Voorwaarde. Overeenstemming tussen Richtlijn en algemeen beginsel.** Het Hof van Justitie gaf in de zaak *Mangold* bevestiging van de mogelijkheid om in een geschil tussen particulieren beroep te doen op een algemeen beginsel van het recht van de Unie door middel van het *buiten toepassing laten* van een met dit beginsel strijdige nationale norm. Hierbij geldt echter een voorbehoud. Zoals na de zaak *Mangold* werd gesuggereerd door verschillende Advocaten-generaal, kan aan algemene beginselen geen zodanige mate van autonomie worden gehecht dat zij in de plaats van of los van secundaire wetgeving kunnen worden ingeroepen.[394] Een dergelijke situatie, zo beweert Advocaat-Generaal MAZÀK in de zaak *Palacios de la Villa*, zou niet alleen de toekenning van bevoegdheden aan de Raad op basis van artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) op losse schroeven zetten, maar ook vanuit rechtszekerheidsstandpunt is een dergelijke praktijk bedenkelijk.[395] Een nationale rechter zou dan ook geenszins verplicht kunnen worden om een nationale bepaling buiten toepassing te laten op grond van vermeende strijdigheid met het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, indien deze bepaling in overeenstemming is met de inhoud van een Europese richtlijn.[396] Indien deze rechter toch wil overgaan tot een buiten toepassing laten van de nationale

---

[392] D. MARTIN, "L'arret Mangold - Vers une hiérarchie inversée du droit a l'égalité en droit communautaire", *Journal du Tribunaux de Travail* 2006, 112; C. COSTELLO en G. DAVIES, The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000", *Common Market Law Review* 2006, afl. 43, 1574; M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.,* 331; voor een gelijkaardige kritiek, zie J. BASEDOW, "Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europäischen Privatrecht", *Zeitschrift für Europäische Privatrecht* 2008, afl. 2, 242 en 244-245.

[393] ED., "Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence", *l.c.*, 8.

[394] Advocaat-Generaal MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, *nog niet gepubliceerd*, ov. 136-139. Zie in dezelfde zin ook nog eens Advocaat-Generaal TRSTENJAK, conclusie van 29 maart 2007 voor H.v.J. 7 juni 2007, *Carp/Ecorad*, C-80/06, *Jur.* 2007, I-4473, ov. 70, over het Arrest Mangold: "*Dit arrest is een indicatie over de wijze waarop de nationale rechter te werk moeten gaan in gedingen betreffende een vermeende discriminatie op grond van leeftijd, indien het nationale recht daarmee niet op dezelfde wijze rekening houdt als het gemeenschapsrecht.*" Zie ook J. BASEDOW, *l.c.*, 250.

[395] Zie in dezelfde zin Advocaat-Generaal RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 24 januari 2008 voor H.v.J. 24 april 2008, *Michaeler* (C-55/07 en C-56/07), *Subito* (C-55/07 en C-56/07) en *Volgger* (C-56/07), gevoegde zaken C-55/07 en C-56/07*, Jur.* 2008, I-3135*,* ov. 21 e.v; Advocaat-Generaal KOKOTT, conclusie van 8 mei 2008 voor H.v.J. 16 december 2008, *Tietosuojavaltuutettu/Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy*, C-73/07, *Jur. 2008,* I-9831*,* met verwijzing naar haar eerdere conclusie van 8 februari 2007 voor H.v.J. 5 juli 2007, *Kofoed/Skatteministeriet*, C-321/05, *Jur.* 2007, I-5795, ov. 67.

[396] Zie eveneens Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 58 ; Voor een analyse, zie W. DEVROE, "Impact van

norm, zal hij steeds verplicht zijn om eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie omtrent de overeenstemming van de bepalingen van een Richtlijn en het algemeen beginsel.[397] Uit latere rechtspraak blijkt verder dat wanneer de nationale bepaling niet in overeenstemming is met secundaire Uniewetgeving zoals de artikel 19-Richtlijnen, deze nationale bepaling wel buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijdigheid met het algemeen beginsel, zoals het in de Richtlijn is geconcretiseerd.[398] Hierbij geldt wel de voorwaarde dat de omzettingstermijn van de betrokken Richtlijn is verstreken[399] en de nationale maatregel niet richtlijnconform kan worden uitgelegd.[400]

§ 3. Afwezigheid van secundaire en nationale wetgeving. Autonome functie van het algemeen beginsel?

139. **Afwezigheid van wetgeving ter bestrijding van discriminatie op grond van handicap en leeftijd.** In de zaak *Mangold* werd de mogelijkheid blootgelegd om nationale bepalingen die strijdig zijn met het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, onder bepaalde voorwaarden buiten toepassing te laten. Daarbij is echter niets gezegd over gevallen waarbij er als gevolg van het ontbreken van secundaire wetgeving ter bestrijding van discriminatie op grond van de door artikel 19 beschermde gronden, ook nog geen nationale wetgeving voorhanden is op grond waarvan particulieren (verzekerden) zich op hun recht op gelijke behandeling kunnen beroepen tegen andere particulieren (verzekeraars). *In concreto* kan daarbij worden gedacht aan voorbeelden waarbij een verzekeraar zich in niet-arbeidsgerelateerde domeinen schuldig zou maken aan discriminatie op grond van één van de in de Kaderrichtlijn arbeid beschermde gronden. Voor verzekeringsrelaties denkt men daarbij speciaal aan de courant gebruikte differentiatiegronden handicap en leeftijd. Voorlopig kent de Kaderrichtlijn arbeid voor wat betreft deze discriminatiegronden nog geen tegenhanger op niet-arbeidsgerelateerde domeinen.[401] In heel wat lidstaten bestaat er als gevolg van het uitblijven van secundaire Uniewetgeving in deze domeinen dan ook nog geen horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving. De vraag of in een dergelijk geval eveneens beroep kan worden gedaan op de werking van het algemeen gelijkheidsbeginsel is door het Hof in *Mangold* niet beantwoord. Recent is dit echter wel gebeurd in de hoger reeds besproken zaak *Bartsch* voor het Hof van Justitie.

---

door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen, *l.c.*, 151, 156-157, 159.

[397] V. WELLENS, "De beperkingen op de locus standi voor particulieren in het rechterlijk systeem van de Europese Gemeenschap", *Jura falconis* 2001-2002, 369-408, punt 3.2.3. Zie omtrent de toetsingsbevoegdheid van het Hof terzake en de mogelijke strijdigheid van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn met het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie, *supra* nr. 132-134.

[398] H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdevecil/Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 53. Zie reeds *supra* nr. 120. Zie in dezelfde zin reeds de uitspraak in H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 25.

[399] Ibidem.

[400] H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdevecil/Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 53.

[401] Er is zoals gezegd enkel een Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid. Zie Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM (2008) 426, def.

140. **Noodzaak van een gemeenschapsrechtelijk kader.** In haar conclusies in de zaak *Bartsch,* heeft Advocaat-Generaal SHARPSTON erop gewezen dat een algemeen beginsel van het recht van de Unie enkel horizontaal kan worden toegepast indien de situatie waarin op dit algemeen beginsel wordt beroep gedaan, "onder het gemeenschapsrecht" valt of voor zover dit m.a.w. gebeurt "*binnen een specifiek gemeenschapsrechtelijk kader*".[402] Van een gemeenschapsrechtelijk kader dat op een geding van toepassing is, is o.m. sprake in het geval het geding wordt beheerst door rechtstreeks werkende verdragsbepalingen zoals artikel 12 of artikel 141 E.G.-Verdrag (huidig artikel 18 en 157 Werkingsverdrag), die bescherming bieden tegen discriminatie op grond van geslacht of nationaliteit.[403] In het kader van de door artikel 13 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) beschermde discriminatiegronden kan volgens haar enkel van een gemeenschapsrechtelijk kader worden gesproken indien er "*gedetailleerde maatregelen*" zijn getroffen ter omschrijving van de bescherming en een eventuele uitvoeringstermijn is verstreken. Het algemeen beginsel zal in dat geval een uitleggingsfunctie krijgen.[404] Algemene beginselen kunnen niet worden gebruikt om de inhoud van deze Richtlijnen te omzeilen, tenzij het Hof van Jusititie zelf tot de conclusie komt dat de regel zoals die is vastgelegd door de Richtlijn *niet* in overeenstemming is met het algemeen beginsel. In het arrest van 23 september 2008 blijkt het Hof van Justitie haar Advocaat-Generaal te volgen. Ook volgens het Hof kan de "band met het gemeenschapsrecht" niet worden bewerkstelligd door artikel 13 E.G.-Verdrag zélf en evenmin op basis van de op basis van dit artikel aangenomen richtlijnen waarvan de uitvoeringsdatum nog niet verstreken is.[405] Wanneer deze uitvoeringsdatum echter wel is verstreken staat de band met het gemeenschapsrecht wél vast en kan de overeenstemming worden onderzocht tussen de nationale wetgeving en het algemene beginsel, zoals dat nader is uitgewerkt in secundaire wetgeving.[406]

Volgende de uitspraak van het Hof van Justitite in *Bartsch,* dient te worden besloten dat enkel horizontale werking kan uitgaan van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van de door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde gronden, indien de gemeenschapswetgever krachtens dit artikel gedetailleerde maatregelen heeft vastgegelegd. Met betrekking tot de discriminatiegronden handicap en leeftijd is zulks voorlopig enkel gebeurd door de Kaderrichtlijn arbeid, die als dusdanig niet

---

[402] Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 87. Zij vindt hiervoor bevestiging in de al eerder in de rechtspraak van het Hof uitgedrukte gedachte dat het Hof van Justitie enkel ten aanzien van een nationale wettelijke regeling *die binnen het kader van het gemeenschapsrecht komt* de bevoegdheid heeft om in het kader van een prejudiciële vraagstelling uitleggingsgegevens te verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Zie hierbij de verwijzing naar H.v.J. 29 mei 1997, *Kremzow/Oostenrijk*, C-299/95, *Jur.* 1997, I-2629, ov. 15 en specifiek voor het gelijkheidsbeginsel H.v.J. 12 december 2002, *Rodríguez Caballero/Fondo de Garantía Salarial*, C-442/00, *Jur.* 2002, I-11915, ov. 31-32; H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 75.

[403] Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 84.

[404] *Ibidem*, ov. 88.

[405] H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, 23 september 2008, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 25.

[406] Zie H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdeveci/Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 23-27.

van toepassing is op niet-arbeidsgerelateerde verzekeringsrelaties. Op basis van deze analyse zal een verzekerde die zich gediscrimineerd voelt op grond van zijn leeftijd of handicap, zich ten opzichte van een verzekeraar niet kunnen beroepen op het algemeen beginsel van gelijke behandeling.

141. **De rol van algemene beginselen als autonoom regelgevend element.** De opvatting dat algemene beginselen van het recht van de Unie enkel horizontale werking kunnen genereren na het optreden van de gemeenschapswetgever, werd reeds voór de uitspraak van het Hof in *Bartsch* bekritiseerd door Advocaat-Generaal RUIZ-JARABO COLOMER in zijn conclusies bij de zaak *Michaeler* voor het Hof van Justitie.[407] De Advocaat-Generaal gaf toe dat het inderdaad verkieslijk is dat algemene beginselen, zodra een richtlijn is aangenomen, beter geen aspecten meer regelen die binnen de werkingssfeer van deze richtlijnen vallen. In een dergelijke situatie gaat de rol van algemene beginselen niet verder dan een *uitleggingsfunctie.* Indien er echter helemaal geen richtlijnen van toepassing zijn, kan volgens de Advocaat-Generaal toch een bijzondere rol worden weggelegd voor algemene beginselen, en dit in de vorm van een zogenaamd "*autonoom regelgevend element*".[408] Ook indien er geen richtlijnen van toepassing zijn, zou volgens RUIZ-JARABO COLOMER dus beroep moeten kunnen worden gedaan op algemene beginselen. Indien deze stelling gevolgd wordt, zou een beroep op een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van handicap, leeftijd, seksuele geaarheid en geloof of overtuiging ook mogelijk worden zonder dat er sprake is van een uitwerking van dit beginsel in een Richtlijn. Dit kan concrete gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van het algemeen beginsel op het leveren van goederen en diensten in het algemeen en verzekeringsdiensten in het bijzonder. Algemene beginselen zouden op die manier kunnen worden aangewend om het algemeen beginsel van gelijkheid en non-discriminatie uit te breiden naar andere terreinen dan die waarop de bestaande richtlijnen van toepassing zijn.

142. **Noodzaak van een nieuwe artikel 19-Richtlijn.** Dat het Hof aan algemene beginselen van het recht van de Unie een autonoom regelgevende functie zou toekennen, lijkt voor een volwaardig en nuttig effect van deze beginselen onontbeerlijk. Toch is het voorlopig weinig waarschijnlijk dat het Hof geneigd zal zijn om aan algemene beginselen een dergelijke functie toe te kennen. In haar rechtspraak heerst grote terughoudendheid om mits het gebruik van een algemeen beginsel te komen tot een uitgebreider bescherming dan degene die reeds wordt geboden in de Richtlijnen. Hierbij kan naast de zaak *Bartsch* ook worden verwezen naar de zaak *Chacón Navas.* In deze zaak verklaarde het Hof voor recht dat een algemeen beginsel van gelijkheid en non-discriminatie niet kan worden gebruikt om de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn Arbeid uit te breiden tot andere discriminaties (*in casu* ziekte) dan degene die gebaseerd zijn op de door die richtlijn beschermde gronden.[409] Het Hof volgde hier haar Advocaat-Generaal die ervoor waarschuwde de door de gemeenschapswetgever

[407] Advocaat-Generaal RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 24 januari 2008 voor H.v.J., *Michaeler* (C-55/07 en C-56/07), *Subito* (C-55/07 en C-56/07) en *Volgger* (C-56/07), H.v.J. 24 april 2008, gevoegde zaken C-55/07 en C-56/07*, Jur.* 2008, I-3135.

[408] *Ibidem*, ov. 23.

[409] H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 56.

gemaakte keuzes ten aanzien van de materiële en personele afbakening van de toepassingsregelingen van artikel 13 E.G. (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) te respecteren. Een uitbreiding van de materiële reikwijdte zou er voor de Advocaat-Generaal toe leiden dat "*een archimedische positie wordt geschapen van waaruit de in artikel 13 EG omschreven discriminatieverboden kunnen worden gehanteerd om, zonder tussenkomst van de Verdragswetgever of de gemeenschapswetgever, de afwegingen te corrigeren die lidstaten hebben gemaakt bij de uitoefening van de hun nog verbleven bevoegdheden*."[410] Naar analogie geldt de door het Hof opgeworpen restrictie met betrekking tot een uitbreiding van de beschermde gronden dus eveneens voor een eventuele uitbreiding van het in de Richtlijnen bepaalde materiële toepassingsgebied. Nu een jurisprudentiële uitbreiding van het toepassingsgebied van bv. de kaderrichtlijn arbeid uitgesloten blijkt, dringt de noodzaak van een nieuwe Richtlijn die bescherming biedt tegen discriminatie op grond van de door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde gronden zich eens te meer op.

[410] Zie Advocaat-Generaal GEELHOED, Conclusie van 16 maart 2005 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/ Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 54.

HOOFDSTUK VI. TOTSTANDKOMING VAN DE BELGISCHE ANTI-DISCRIMINATIEWETGEVING EN DE OMZETTING VAN DE ARTIKEL 19-RICHTLIJNEN

143. **Indeling.** In dit hoofdstuk wordt het Europees referentiekader, zoals dat in de vorige hoofdstukken is geschetst, vervolledigd door een kort overzicht van de Belgische horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving.

Onder een eerste afdeling (wetgevende evolutie) wordt ingegaan op enkele van de wetgevende akten die reeds totstandkwamen voorafgaand aan de impulsen die voortkwamen uit de hierboven besproken artikel 19-Richtlijnen. Aandacht wordt eveneens besteed aan de invloed die deze laatste richtlijnen op (het bestaan van) deze regelgeving hebben gehad.

Onder een tweede afdeling (bestaand Belgisch referentiekader) volgt een beschrijving van het onder invloed van de artikel 19-Richtlijnen vernieuwde wetgevingskader. Hierbij wordt aandacht besteed aan de afdwingbaarheid van deze wetgeving en de vragen die reeds rezen naar de overeenstemming van deze regelgeving met de Belgische Grondwet en met het gelijkheidsbeginsel als beginsel van het recht van de Unie.

AFDELING 1. WETGEVENDE EVOLUTIE

144. **Overzicht.** Onder deze afdeling volgt een beschrijving van de horizontaal toepasselijke wetgevende akten ter bescherming van het gelijkheidsbeginsel, waarvan de totstandkoming reeds voorafgaand aan en buiten de impuls van de uitvaardiging van de artikel 19-Richtlijnen werd ingezet. Hierbij wordt ingegaan op de anti-racismewet van 1981 (§1), de Wet Gelijkheid Mannen-Vrouwen van 1999 (§2), de anti-discriminatiewet van 2003 (§3) en de wet aanvullende pensioenen van 2003 (§4).

§ 1. Anti-racismewet van 1981

145. **Totstandkoming. Impuls van het V.N.-rassendiscriminatieverdrag.** Het eerste concrete Belgische wettelijke instrument dat de bestrijding van discriminatie en de bescherming van het gelijkheidsbeginsel beoogde in horizontale relaties, betrof de zogenaamde Racismewet van 30 juli 1981.[411] Concrete aanleiding voor deze wet was niet te vinden in het Europees Gemeenschapsrecht maar wel in het zogenaamde V.N.-Rassendiscriminatieverdrag dat in 1975 door België werd geratificeerd.[412]

[411] Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 8 augustus 1981("Anti-racismewet"), gewijzigd bij Wet van 15 februari 1993, (*B.S.* 19 februari 1993), Wet van 12 april 1994, (*B.S.* 14 mei 1994), Wet van 7 mei 1999 (*B.S.* 25 juni 1999), Wet van 20 januari 2003 (*B.S.* 12 februari 2003) en Wet van 20 januari 2003 (*B.S.* 14 mei 2003) en Wet van 10 mei 2007 (*B.S.* 31 mei 2007).

[412] Zie de Wet van 9 juli 1975 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, opgemaakt te New York op 7 maart 1966, *B.S.* 11 december 1975. Zie over de invloed van dit Verdrag op de Anti-racismewet, D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 292-294.

De anti-racismewet was in essentie een strafwet. Een aantal strafrechtelijk gesanctioneerde misdrijven werden ingevoerd, waaronder het bedrijven van rassendiscriminatie bij het aanbieden of leveren van goederen en diensten op een plaats toegankelijk voor het publiek.[413]

146. **Inhoudelijke wijzigingen en vervangingsbepalingen.** De anti-racismewet is sinds haar totstandkoming verschillende keren gewijzigd. De wet van 12 april 1994[414], zorgde o.m. voor de invoering van een definitie van discriminatie[415] en voor de schrapping van het oorspronkelijke openbaarheidsvereiste voor de bestraffing van rassendiscriminatie bij het goederen- en dienstenverkeer. Bij een wetswijziging in 1993, werden in de Antiracismewet bepalingen ingevoegd die de oprichting mogelijk maakten van het tot op vandaag bestaande Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding.[416] De wet van 20 januari 2003 diende tegemoet te komen aan de omzettingsverplichtingen van de ondertussen uitgevaardigde Rasrichtlijn van 2000. Tot de aangebrachte wijzigingen behoorden het mede strafbaar maken van het opdracht geven tot discriminatie en een verandering van de term "ras" naar "een zogenaamd ras".[417] Door de Wet van 10 mei 2007[418] werden tenslotte alle tot dan bestaande artikelen van de Racismewet opgeheven en integraal vervangen door nieuwe bepalingen die moesten zorgen voor een betere overeenstemming met de Rasrichtlijn en het V.N.-rassendiscriminatieverdrag. Deze Wet van 10 mei 2007 maakte deel uit van een pakket van andere, op dezelfde dag uitgevaardigde wetgevende maatregelen, die eveneens de bedoeling hadden om tegemoet te komen aan de Belgische omzettingsverplichtingen naar aanleiding van de tot dan bestaande artikel 19-Richtlijnen, m.n. de Kaderrichtlijn en de Genderrichtlijn. Naast een betere overeenstemming met de artikel 19-Richtlijnen was één van de andere doelstellingen van de wetten van 10 mei 2007, te zorgen voor een betere coöordinatie met de andere federale wetgevingsinstrumenten

---

[413] Oorspronkelijk artikel 2 van de Anti-racismewet.

[414] Wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 14 mei 1994.

[415] Een dergelijke definitie ontbrak daarvoor. De definitie die in 1994 werd ingevoerd, was geïnspireerd op die uit het V.N.-rassendiscriminatieverdrag. De term "rassendiscriminatie" werd gedefinieerd als "*elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft.*" De Wet van 1994 wijzigde de opsomming van de beschermde discriminatiegronden tot "ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit". Zie voor een bespreking, D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.* 302-304 en 307-308.

[416] Zie Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding, *B.S.* 19 februari 1993.

[417] De wijziging in terminologie naar een "zogenaamd ras" was geen gevolg van de tekst van de Rasrichtlijn, waar enkel verwezen wordt naar "ras". Het betrof een toevoeging van de Belgische wetgever die was ingegeven "*om erop te duiden dat het onderscheid enkel bestaat in de geest van de racist en dus niet met een werkelijkheid overeenstemt*", zie *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/6, 1. In de Rasrichtlijn wordt erop gewezen dat het gebruik van het woord "ras" in de tekst van de Richtlijn geenszins betekent dat de Europese Unie theorieën onderschrijft die het bestaan van verschillende menselijke rassen trachten aan te tonen. Zie ov. 6 van de Rasrichtlijn.

[418] Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Belgisch Staatsblad* 30 mei 2007, 29.046.

inzake antidiscriminatie.[419] De nadere inhoud van de Anti-racismewet, zoals zij in 2007 werd vervangen, wordt verderop in zijn algemeenheid besproken samen met de andere op 10 mei 2007 afgekondigde anti-discriminatiewetten.[420]

§ 2. Wet gelijkheid mannen-vrouwen 1999

147. **Totstandkoming. Impuls van de oorspronkelijke geslachtsdiscriminatierichtlijnen.** In 1999 werd de zogenaamde "Wet gelijkheid Mannen Vrouwen" uitgevaardigd die de gelijke behandeling van mannen en vrouwen moest waarborgen in arbeidsaangelegenheden, hierbij inbegrepen de aanvullende regelingen van sociale zekerheid.[421] Deze Wet zette een aantal Europese Richtlijnen met betrekking tot de gelijkheid van mannen en vrouwen[422] om in het Belgisch recht. De Wet trad in de plaats van Titel V van de Wet van 4 augustus 1978 tot economische hervorming[423], die eveneens ter omzetting van Europese wetgeving[424], bepalingen inhield inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van arbeid.[425]

148. **Aspecten van het arbeidsproces.** De Wet gelijkheid mannen-vrouwen schrijft de gelijke behandeling voor van mannen en vrouwen met betrekking tot alle aspecten van het arbeidsproces: de toegang tot het arbeidsproces, de beroepskeuzevoorlichting, de beroepsopleiding, de bij- en omscholing, de gelegenheid tot promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden. Dit beginsel houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van het geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, bv. door verwijzing naar de echtelijke staat of gezinssituatie.[426] Onder directe discriminatie dient mede te worden verstaan elk verschil in behandeling gebaseerd op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap.[427]

149. **Opheffing en vervanging.** De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen[428], heft de Wet gelijkheid mannen-vrouwen volledig op[429] en vervangt ze door

---

[419] Zie Verslag namens de Commissie voor Justitie bij het Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, en van de wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2720/9, 7-9. (hierna "Verslag Libert")

[420] Cf. *infra* nr. 186 e.v.

[421] Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen van sociale zekerheid, *B.S.* 19 juni 1999 (hierna "Wet gelijkheid mannen-vrouwen").

[422] Meerbepaald Richtlijn 96/97/EG en de zgn. Bewijslastrichtlijn (Richtlijn 97/80/EG).

[423] *B.S.* 17 augustus 1978.

[424] Met deze wet werd o.m. tegemoetgekomen aan de Belgische omzettingsverplichtingen n.a.v. Richtlijn 76/207/EEG.

[425] Voor een bespreking, zie P. HUMBLET, en C. VANLAERE, "De wet gelijkheid Man-vrouw: update", *T.S.R.* 2000, 351-406.

[426] Zie artikel 4 van de Wet gelijkheid Man-Vrouw

[427] Ibidem.

[428] *B.S.* 30 mei 2007. (hierna "Genderwet").

nieuwe bepalingen. De inhoud van de oorspronkelijke Wet gelijkheid mannen-vrouwen werd weliswaar integraal overgenomen, maar daarbij werd rekening gehouden met ondertussen nieuw verschenen Europese wetgeving, waaronder de Genderrichtlijn.[430] Deze Genderwet wordt verderop besproken samen met de andere wetgeving van 10 mei 2007.

§ 3. De Anti-discriminatiewet van 2003

150. **Totstandkoming.** De Anti-discriminatiewet van 2003[431] was het eerste Belgische wettelijke instrument dat trachtte een algemene bescherming te bieden tegen discriminatie. Algemeen, in de zin dat een strafrechtelijke en burgerrechtelijke bescherming werd voorzien tegen discriminatie op basis van een veelheid van verschillende discriminatiegronden en binnen een ruim toepassingsgebied. In het verleden waren reeds pogingen ondernomen om te komen tot een dergelijke ruime bescherming tegen discriminatie in horizontale verhoudingen, maar de voorstellen hiertoe waren tot dan steeds gestrand op gebrek aan politieke wil.[432] De belangrijkste drijfveer achter de Anti-discriminatiewet van 2003 lag in het besef dat de tot dan toe bestaande grondwetsbepalingen (artikel 10, 11 en 11bis van de Belgische grondwet) en de nationale en internationale regels terzake, onvoldoende bescherming boden tegen de veelheid van vormen van discriminatie die zich voordoen op belangrijke maatschappelijke terreinen zoals de arbeidsrelaties en de toegang tot bepaalde activiteiten en diensten.[433] Het initiatief tot het aannemen van deze wet kan overigens worden gesitueerd voorafgaand aan de uitvaardiging van de eerste artikel 19-Richtlijnen. Deze laatste Richtlijnen hebben op de uiteindelijke totstandkoming van de wet wel een belangrijke invloed gehad. De Anti-discriminatiewet van 2003 werd opgeheven door de verder besproken anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 die de tot dan toe bestaande inhoud van de anti-discriminatiewet nog beter heeft afgestemd op de artikel 19-Richtlijnen.

151. **Relevantie.** Nu de wetgeving van 10 mei 2007 voor een groot deel de inhoud van de anti-discriminatiewet van 2003 heeft overgenomen, de anti-discriminatiewet in principe ook van toepassing blijft op overeenkomsten die werden aangegaan in de periode voorafgaand aan de wetten van 10 mei 2007,[434] en de eerste toepassing van de anti-discriminatiewet in de rechtspraak zich boven-

---

[429] Zie artikel 40 van de Genderwet.

[430] Naast de Genderrichtlijn werd met de Genderwet ook verder tegemoet gekomen aan de omzettingverplichtingen die voortvloeiden uit Richtlijn 2002/73/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 september 2002, *Pb. EG* L269, 5 oktober 2002, 15, die belangrijke wijzigingen inhield ten opzichte van de hoger besproken Richtlijn 76/207/EEG.

[431] Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *B.S.* 17 maart 2003. (hierna "Anti-discriminatiewet van 2003")

[432] Zie voor een overzicht, D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.,* 441-443.

[433] *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1407/5, 8.

[434] Onder voorbehoud van het openbare orde-karakter van de bepalingen van de latere wetgeving van 10 mei 2007 en voor zover de anti-discriminatiewet in overeenstemming is met de op dat moment bestaande artikel 19-Richtlijnen. Zie over de werking in de tijd van de bepalingen van de anti-discriminatiewet, Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Discriminatie in verzekering" in H. COUY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 30, Brugge, Die Keure, 2004-2005, 44-45.

dien voordeed in verzekeringsrelaties,[435] blijft het interessant om de Anti-discriminatiewet van 2003 inhoudelijk van dichterbij te bekijken.

A. Ontstaan

152. **Impuls voorafgaand aan Ras- en Kaderrichtlijn.** De Anti-discriminatiewet was gebaseerd op een wetsvoorstel van senator MAHOUX uit 1999[436], dat op zijn beurt een overname was van een eerder voorstel van de senatoren LALLEMAND en MERCHIERS.[437] Door de opname in het regeerakoord dat een algemene antidiscriminatiewet zou worden voorgesteld met als doel alle vormen van discriminatie tegen te gaan[438], schaarde de regering zich achter het Voorstel van senator MAHOUX. Zij diende daarna een hele reeks amendementen in die ertoe strekten de ondertussen uitgevaardigde Rasrichtlijn en Kaderrichtlijn om te zetten in het Belgische recht. Het is dan ook onjuist te zeggen dat de Ras- en Kaderrichtlijn de aanleiding hebben gevormd tot de anti-discriminatiewet. De Ras- en Kaderichtlijn hebben wel de inhoud van de anti-discriminatiewet helpen bepalen en waren eveneens dienstig voor de (richtlijnconforme) interpretatie van de anti-discriminatiewet.[439]

153. **Zoeken naar consensus.** Het wetgevend werk ter voorbereiding van de anti-discriminatiewet nam meer dan drie en een half jaar in beslag. Op vele punten moest men tot consensus komen daar er vele uiteenlopende meningen bestonden over diverse vragen, waaronder de vraag naar wat discriminatie precies is, hoe ze het best kan bestreden worden, op basis van welke criteria het verwerpelijk is onderscheiden te maken, wanneer die onderscheiden kunnen worden gerechtvaardigd, wat de verhouding was met andere grondrechten die in het gedrang komen, welke rechtsmiddelen het meest dienend zijn om discriminatie te bestrijden, of men strafbaar kan zijn en vanaf wanneer. De wetgever moest daarbij rekening houden met talrijke opmerkingen van de Raad van State, meer dan 300 amendementen vanwege de regering en het parlement en stevige kritiek van de vrouwenorganisaties en bepaalde politieke belangengroepen.[440]

---

[435] Zie Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot. Zie voor een verdere bespreking, *infra* nrs. 178 e.v., 877 en 885.

[436] Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1.

[437] Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1341/1, waarnaar in de voorbereidende werken naar aanleiding van het Wetsvoorstel Mahoux verwezen wordt. Zie *Parl. St.* 2001-02, nr. 2-12/15, 5.

[438] Zie het federaal regeerakkoord van 7 juli 1999; zie ook de nota van de Ministerraad van 17 maart 2000 betreffende de strijd tegen de discriminaties en betreffende het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat, 1999-00, 2-12/3, bijlage 3, waarbij de federale ministerraad het voornemen uitdrukte om algemene wetgeving tegen alle vormen van discriminatie tot stand te laten komen.

[439] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 444.

[440] P. POPELIER, "Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden" in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 247.

B. Algemeen toepasselijk discriminatieverbod

154. **Discriminatieverbod en redelijke aanpassingen.** De uiteindelijke anti-discriminatiewet, goedgekeurd op 25 februari 2003 bevat een verbod op directe discriminatie en indirecte discriminatie.[441] Ook het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap werd gezien als een vorm van discriminatie in de zin van de wet.[442]

155. **Van limitatieve naar open lijst van discriminatiegronden.** De Anti-discriminatiewet bood oorspronkelijk bescherming tegen discriminatie op grond van een uitgebreide, maar limitatief bepaalde lijst van discriminatiegronden. Met name werd verboden: discriminatie op grond van geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap. Het feit dat een aantal gronden (m.n. taal en politieke overtuiging) niet waren opgenomen in deze lijst, leidde in 2004 tot een vernietigingsberoep bij het Arbitragehof. In haar arrest van 6 oktober 2004, werd de limitatieve opsomming in strijd verklaard met artikel 10 en 11 van de Grondwet.[443] Als gevolg van de vernietiging van de limitatieve lijst door het Arbitragehof[444], gold een verbod van discriminatie, ongeacht op welke grond de betwiste handeling was gebaseerd.[445]

156. **Uitzonderingen.** De Anti-discriminatiewet van 2003 voorziet uitdrukkelijk dat onder bepaalde voorwaarden het maken van onderscheid en de verschillende behandeling op grond van de genoemde criteria niet discriminerend is in de zin van de wet:

- Ten eerste is een ongelijke behandeling niet discriminatoir als die ongelijke behandeling gerechtvaardigd is in het licht van de bescherming van *andere grondrechten* (artikel 3).

- Ook als de ongelijke behandeling neerkomt op maatregelen die een *positieve actie* inhouden (artikel 4), zal zij onder omstandigheden geen discriminatie inhouden.

-Tenslotte is het mogelijk voor een ongelijke behandeling een "*objectieve en redelijke verantwoording*" te geven (artikel 2, §§1-2).

157. **Verhouding met andere grondrechten.** Artikel 3 van de wet schenkt aandacht aan de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel is niet zonder meer absoluut. Zodra de toepassing van het anti-discriminatieverbodwet leidt tot een beper-

---

[441] Met name het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap. Waren bv. (bewust) niet opgenomen, de gronden taal en politieke overtuiging. Zie artikel 2, §§1-2 van de antidiscriminatiewet.

[442] Zie artikel 2, §3 van de antidiscriminatiewet.

[443] Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.13-15.

[444] Ibidem, 46.

[445] Zie hierover *infra* nr. 174.

king van een ander grondrecht, bv. het recht op privacy, zal het debat eigenlijk gaan over hoe het te verantwoorden is dat een ander grondrecht beperkt wordt, en niet meer over de verantwoording van de ongelijke behandeling.[446] Minister Onkelinx bevestigde zelfs dat indien een ongelijkheid kadert in de normale uitoefening van een vrijheid, zoals bepaald in het internationaal recht of de Grondwet, die ongelijkheid conform het gelijkheidsbeginsel is en de sancties van de anti-discriminatiewet niet gelden.[447]

158. **Positieve actie.** In de anti-discriminatiewet wordt de notie "positieve" actie opgenomen (artikel 4). Op basis van dit artikel wordt het mogelijk om onder het toepassingsgebied van de Anti-discriminatiewet maatregelen te nemen of te handhaven die beogen om de volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen. De wet dwingt niet tot maatregelen van positieve actie; enkel wordt duidelijk gemaakt dat het gelijkheidsbeginsel deze maatregelen niet in de weg staat.[448] De formulering van artikel 4 is sterk beïnvloed door de bewoordingen van de Kaderrichtlijn arbeid. Voor de inhoudelijke interpretatie dient volgens de Rechtsleer beroep te worden gedaan op de voorwaarden die voor maatregelen van positieve actie worden gesteld in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Belgisch Grondwettelijk Hof.[449]

159. **Objectieve en redelijke rechtvaardiging.** De objectieve en redelijke rechtvaardiging in de zin van de Anti-discriminatiewet van 2003 houdt in dat de persoon die directe of indirecte onderscheiden maakt (op basis van één van de reeds opgesomde onderscheidingscriteria), zich schuldig maakt aan discriminatie indien voor dat onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardiging kan gegeven worden. De mogelijkheid tot objectieve en redelijke rechtvaardiging is als verweermiddel van bijzonder belang voor de verzekeraar. Het is op basis van deze verantwoording dat de rechter concreet kan oordelen of het gebruik van beschermde discriminatiegronden in het geviseerde differentiatiebeleid de toets met het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan. In de voorbereidende werken bij de Anti-discriminatiewet werd herhaaldelijk voorgesteld om met betrekking tot de inhoudelijke invulling van het begrip "objectieve en redelijke rechtvaardiging", de criteria in de wet op te nemen die klassiek in de rechtspraak van het Arbitragehof werden gebruikt bij de toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de

---

[446] J. VELAERS, "De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten, in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 343.

[447] *Beknopt verslag plenaire vergadering* nr. 279, Kamer 2002-2003, 16 oktober 2002, 13.

[448] J. VRIELINK, "De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet, een kritische bespreking", in Vrijheid en Gelijkheid, Antwerpen, Maklu, 2003, 219; K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 287.

[449] J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen", *l.c.*, 2003. D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *l.c.*, 490. Zie eveneens het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr.1578/2, 7-8. Zie ook Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, nr. 1578/8, 53, met verwijzing naar Arbitragehof 27 januari 1994, nr. 9/94, *B.S.* 23 maart 1994, ov. B.6.2. Zie (bv.) ook Arbitragehof 14 juli 1997, nr. 42/97, *B.S.* 3 september 1997, ov. B.20. Zie eveneens H.v.J. 17 oktober 1995, *Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*, C-450-93, *Jur.* 1995, I-3051, ov. 16-17; H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck/Hessische Ministerpräsident*, C-158/97, *Jur.* 2000, I-1875, ov. 23.

Grondwet.[450] Deze optie werd uiteindelijk niet weerhouden omdat men wilde vermijden dat een uit de rechtspraak voortvloeiende interpretatie in een wet zou worden bevroren.[451] Vandaar gaf de wetgever uiteindelijk de voorkeur aan een "eenvoudiger formulering".[452]

160. **Open systeem van rechtvaardiging.** Er moet worden benadrukt dat de Belgische wetgever zich met de rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe en indirecte discriminatie inschrijft in een zogenaamd *open systeem* van rechtvaardiging. Dat betekent dat discriminatie enerzijds verboden is, maar dat er anderzijds enkel discriminatie is wanneer volgens het oordeel van de rechter geen verantwoording is gegeven voor het gemaakte onderscheid. Een *gesloten systeem* houdt daarentegen in dat onderscheid altijd verboden is, tenzij de wet in een specifieke uitzonderingsbepaling voorziet.[453] De Belgische wetgever koos in de Anti-discriminatiewet van 2003 voor een volwaardig open systeem, waarbij zowel voor directe als indirecte discriminatie, een rechtvaardigingsoordeel werd overgelaten aan de rechter.[454]

> Hierbij dient te worden opgemerkt dat de Anti-discriminatiewet op dit punt niet in overeenstemming was met de in die tijd reeds uitgevaardigde Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn arbeid (voor zover deze toepasselijk waren op het geschil in kwestie). Deze richtlijnen schrijven voor directe discriminatie een gesloten systeem van rechtvaardiging voor, waarbij directe onderscheiden op grond van de door deze Richtlijnen beschermde discriminatiegronden in de regel niet te rechtvaardigen zijn.[455] In de rechtsleer is verdeeldheid blijven bestaan over de vraag of het feit dat zowel voor directe als voor indirecte discriminatie een open rechtvaardigingssysteem bestond in de Belgische wet, een strijdigheid inhield met de artikel 19-

---

[450] Zie het oorspronkelijk Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 7, waar werd gesproken over een "*objectieve rechtvaardigingsgrond* en "*een redelijk verband van evenredigheid met het nagestreefde doel*", waarbij het onderscheid geen objectieve rechtvaardigingsgrond heeft als "*het duidelijk vervangen kan worden door andere, even doeltreffende of doeltreffendere maatregelen die getuigen van meer eerbied voor de betrokken* personen". Volgens het wetsvoorstel zijn deze criteria gebaseerd "*op de jurisprudentie van het Arbitragehof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*." Zie *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 4. Zie ook Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/15, 7. "*Enerijds moet de maatregel een objectieve rechtvaardigingsgrond hebben en een redelijk verband van evenredigheid met het nagestreefde doel, en anderzijds moet de maatregel doeltreffend zijn in vergelijking met andere maatregel die blijk geven van meer eerbied voor de rechten van de persoon.*" Zie bv. ook amendement nr. 6 van de Regering, *Parl. St.* 2001-2002, nr. 2-12/6, 2 waarbij zij een aangepaste definitie voorstelt voor het concept indirecte discriminatie. Er is geen sprake van indirecte discriminatie wanneer de bestreden handeling, "*objectief door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen ter bereiking van dat doel passend en noodzakelijk zijn en dus niet vervangen kunnen worden door even doeltreffende of meer doeltreffende maatregelen die getuigen van meer eerbied voor de betrokken persoon.*" Zie ook amendement van Mevr. NYSSENS, *Parl. St.* 2001-2002, nr. 2-12/11, 14, met als verantwoording dat "*Het criterium volgens hetwelk de ingezette middelen moeten getoetst worden aan het legitieme doel en dat tussen beide een redelijk verband moet kunnen worden gelegd, moet worden opgenomen in de definitie overeenkomstig de jurisprudentie van het Arbitragehof en het Europees Hof van de rechten van de mens.*" Zie bv. Arbitragehof 10 maart 1998, nr. 25/98, *B.S.* 10 april 1998, ov. B.6.2; Arbitragehof 5 juli 1990, nr. 25/90, *B.S.* 6 oktober 1990, ov. 9.B.2.; Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.* 8 november 1989, ov. B.2.11.

[451] Zie ook Y.THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *T.B.H.* Maart 2003, afl. 8, 654.

[452] Zie bv. Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/15, 120.

[453] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 5. Zie voor het onderscheid tussen open en gesloten systemen van rechtvaardiging, *infra* nrs. 473 e.v.

[454] Zie artikel 2, §1-2 van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[455] Zie artikel 2, lid 2, a) van de Rasrichtlijn en artikel 2, lid 2, a) van de Kaderrichtlijn arbeid.

Richtlijnen.[456] Volgens VELAERS was het mogelijk om op grond van een uitzonderingsbepaling van de Kaderrichtlijn (art. 2, vijfde lid) de rechtvaardiging van directe discriminatie in het nationale recht toe te staan, indien daardoor ongelijke behandelingen worden gerechtvaardigd die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.[457] Anderen kwam echter tot een omgekeerd besluit. Voor hen was een open rechtvaardigingssysteem strijdig met de Kaderrichtlijn arbeid, dus *a fortiori* met de Rasrichtlijn.[458] Aan de onmogelijkheid van rechtvaardiging voor directe discriminatie kan volgens LOENEN worden ontkomen door het verschil tussen direct en indirect onderscheid ruim te stellen. Zij verwijst hierbij naar de praktijk van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling, die vaak bewust een indirect onderscheid construeert om zich ruimte te geven om tot een afweging van de in het geding zijnde belangen te kunnen komen.[459]

161. **Toepasselijkheid op verzekeringsovereenkomsten.** Het discriminatieverbod gold o.m. voor het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek[460], waardoor er bij aanvang reeds geen twijfel bestond dat de anti-discrimininatiewet eveneens van toepassing was op verzekeringsdiensten.[461] Naast het leveren van goederen en diensten werd het toepassingsgebied verder bepaald op grond van de voorwaarden voor toegang tot arbeid en de arbeidsvoorwaarden[462], alsook de toegang tot en deelname aan elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek. Door deze laatste zgn. '*catch-all* - bepaling" in

---

[456] Zie voor een bespreking, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie en Verzekering", *R.W.* 2006-2007, afl. 7, 273.

[457] Zie J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de Antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen", *l.c.*, 314. VELAERS was weliswaar ook van oordeel dat het gebruik van de criteria "ras" en "etnische afstamming" door de richtlijnconforme interpretatie van de AD-wet met de Rasrichtlijn in ieder geval niet voor rechtvaardiging vatbaar kon zijn. Zie J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn/ Louvan-La-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant, 2007, 97.

[458] De anti-discriminatiewet van 2003 diende dus richtlijnconform te worden geïnterpreteerd in de zin dat een rechtvaardigingsmogelijkheid voor direct onderscheid gesteund op ras of etnische afkomst, resp. geslacht principieel diende te worden uitgesloten. Zie C. HOREVOETS, "Vers une nouvelle lecture de la loi antidiscrimination à travers l'Arret n° 157/2004 de la Cour d'Arbitrage" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), Antidiscriminatiewet en contracten, Die Keure, Brugge, 2006, 25-27; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 482; C. BAYART, *o.c.,* 194-198; L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, "Gelijkheid anders dan op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen", *T.S.R.* 2003, afl. 4, 607; CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN RACISMEBESTRIJDING, "Jaarverslag 2002, Op weg naar diversiteit", *http://www.antiracisme.be/nl/rapporten/centrum/2003/rapport/acrobat/05_verslag02.pdf* 2003, 97.

[459] T. LOENEN, "Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspektief", in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 795.

[460] Zie artikel 2, § 4, eerste streepje van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[461] Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 64; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données" in B. DUBUISSON en P. JADOUL (eds.), *Du neuf en assurance automobile*, Luik, Louvain-la-Neuve, 2004, nr. 3; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Discriminatie in verzekering" in H. COUY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 30, Brugge, Die Keure, 2004-2005, 31-32; B. WEYTS, "Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet", *N.J.W.* 2004, afl. 85, 1087.

[462] Zie artikel 2, §4, tweede streepje van de Anti-discriminatiewet van 2003.

artikel 2, §4, laatste streepje, was het boven alle twijfel verheven dat het aanbieden van verzekeringsactiviteiten volledig onder het toepassingsgebied van de anti-discriminatiewet thuishoorde. Evenzo kon worden aangenomen dat het beëindigen van een verzekeringsovereenkomst, of het verhinderen een collectieve polis op individuele basis verder te zetten, onder voornoemde bepalingen viel.[463] Twijfel was er evenwel nog omtrent bepaalde verzekeringsactiviteiten die werden aangeboden door onderlinge verzekeringsverenigingen. Ten aanzien van deze activitetien kan men van mening zijn dat zij niet thuishoren onder het begrip levering van diensten "*aan het publiek*", temeer daar artikel 3 van de wet bepaalde dat de wet geen afbreuk deed aan andere fundamentele rechten en vrijheden, zoals (bv.) de vrijheid van vereniging. Verderop zal worden toegelicht dat onderlinge verzekeringsverenigingen die hun lidmaatschap voor een ruim publiek openstellen en de voorwaarden tot lidmaatschap in algemene termen bepalen, bij de selectie van hun leden niet aan het toepassingsgebied van de anti-discriminatiewetgeving ontsnappen.[464]

C. Afdwingbaarheid

1. Strafrechtelijke afdwinging

162. **Summiere afdwinging.** Op strafrechtelijk vlak wordt in de Anti-discriminatiewet van 2003 enkel het aanzetten tot discriminatie[465], het openlijk zijn voornemen te kennen geven om te discrimineren[466] en het discriminerende gedrag van openbare ambtenaren strafbaar gesteld.[467] Voor niet-ambtenaren blijft de discriminerende handeling op zichzelf niet strafbaar.[468] De mogelijkheid bestaat eveneens om voor bepaalde inbreuken de minimumstraf op te trekken wanneer het motief van de inbreuk verwerpelijk is.[469]

2. Burgerrechtelijke afdwinging

163. **Vaststellen en bestrijden van discriminatie.** Rechtsonderhorigen kregen met de Anti-discriminatiewet van 2003 enkele specifieke burgerrechtelijke afdwingingsmechanismen aangereikt die hen helpen discriminatie op een meer eenvoudige wijze te laten vaststellen en de gevolgen ervan te bestrijden. Een vereenvoudigde vaststelling wordt mogelijk gemaakt door een verschuiving van de bewijslast (*a*).

---

[463] Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Discriminatie in verzekering", *l.c.*, 31.

[464] Zie *infra* voetnoot nr. 2200, met o.m. verwijzing naar de standpunten van J. VELAERS, "De anti-discriminatiewet en de botsing van grondrechten", *l.c.*, 348-349, nr. 38.

[465] Zie artikel 6, §1, 1° streepje van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[466] Zie artikel 6, §1, 2° streepje van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[467] Zie artikel 6, §2 van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[468] VANDER BEKEN wijst op het merkwaardige en weinig overtuigende onderscheid dat door de wetgever wordt gemaakt tussen individuele overtredingen aan de ene kant en het verspreiden van een gedachtegoed aan de andere kant. Zie T. VANDER BEKEN, "Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 276.

[469] Zie artikel 7 t.e.m. 14 van de Anti-discriminatiewet van 2003.

Verder wordt ook een concrete sanctieregeling opgenomen die de afdwingbaarheid van het discriminatieverbod verder moet garanderen. Belangrijkste sanctiemechanisme is de vordering tot staking, waarmee de recher een halt kan toeroepen aan de discriminerende handeling (*b*). Daarnaast verwijst de Anti-discriminatiewet van 2003 eveneens naar de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom en de openbaarmaking van het vonnis (c*)* en naar de nietigheid van discriminatoire contractuele bedingen (*d)*. Deze sanctiemechanismen werden in de anti-discriminatiewetgeving van 10 juli 2007 integraal overgenomen. Daar de eerste (en voorlopig eerste) toepassing van deze mechanismen in verzekeringsrelaties voor het eerst is terug te vinden onder de Anti-discriminatiewet van 2003, wordt er reeds hier dieper op ingegaan. Bij de bespreking van de sanctiemechanismen onder de geldende wetgeving van 10 juli 2007 wordt enkel ingegaan op de mechanismen die een bijkomende afdwingbaarheid van het discriminatieverbod hebben gecreëerd.[470]

164. **Vergoeding van schade.** In tegenstelling tot de wetgeving van 10 mei 2007, die de mogelijkheid geeft om in gevallen van discriminatie, een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen[471], kon de gediscrimineerde partij onder de Anti-discriminatiewet van 2003 enkel terugvallen op het gemene recht. Deze mogelijkheid wordt verder besproken onder (*e)*.

(a) Verdeling van de bewijslast

165. **Verschuiving naar de verweerder.** De wet voorziet een verdeling van de bewijslast die erin bestaat dat wanneer het slachtoffer van discriminatie feiten aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie doen vermoeden, de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste komt van de verweerder.[472] Een dergelijke omkering wordt eveneens voorzien in de artikel 19-Richtlijnen.[473]

166. **Toepassing in de verzekeringspraktijk.** Deze regeling vormt een doeltreffend instrument voor wat betreft de toepassing van de anti-discriminatiewet in de verzekeringspraktijk. Ofschoon mag worden aangenomen dat de motiveringsplicht van de verzekeraar voortvloeit uit het algemeen beginsel van goede trouw in verzekeringsovereenkomsten, beschikt de (kandidaat-)verzekeringnemer op grond van de anti-discriminatiewetgeving over een uitdrukkelijke wettelijke bepaling op grond waarvan de verzekeraar verplicht is de weigering of het opleggen van bepaalde voorwaarden of uitsluitingen expliciet te motiveren. Men mag aannemen dat die motivering minstens pertinent moet zijn, de

[470] Cf. *infra* nr. 210 e.v.

[471] Cf. *infra* nr. 220 e.v.

[472] Artikel 19, §3 van de anti-discriminatiewet. Het betreft een afwijking van het in het burgerlijk recht gevoerde principe dat de partij die beweert dat een ander jegens haar juridisch gebonden is, de juistheid van die stelling moet bewijzen. (zie artikel 1315 B.W.) Zie eveneens I. SAMOY en Y. THIERY, "De wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en Contracten*, 1, Brugge, Die Keure, 2006, 14.

[473] Zie artikel 8, lid 1 van de Rasrichtlijn, artikel 10 van de Kaderrichtlijn arbeid, alsook artikel 9 van de Genderrichtlijn.

beslissing moet verantwoorden, opgesteld is in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen, begrijpelijk voor de betrokkene en van die aard dat de rechter toezicht kan uitoefenen op de beslissing.[474]

(b) Vordering tot staken

167. **Stakingsvordering en contractsdwang.** Het belangrijkste sanctiemechanisme in de Anti-discriminatiewet van 2003 is de vordering tot staking, waardoor de rechter een einde kan stellen aan handelingen met discriminerende gevolgen of overeenkomsten met een discriminerende inhoud.[475]

Onzekerheid bestaat of de vordering tot staking wel nuttig kan worden toegepast in het geval van contractsweigering: kan de stakingsrechter in zo een geval de discriminerende partij verplichten tot het staken van de contractsweigering en aldus verplichten tot het alsnog sluiten van de overeenkomst? Contractdwang is immers in strijd met de individuele vrijheid van de persoon.[476] Deze problematiek kadert in het open en meer algemene leerstuk van de contractsweigering en contractdwang en zou kunnen geënt worden op de vordering tot staking in de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument[477] (thans geregeld onder artikel 110 t.e.m. 118 van de Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming)[478]. Deze problematiek valt buiten het bestek van dit proefschrift. In dit verband kan het volstaan te wijzen op een beslissing van het Hof van Beroep te Brussel. Het Hof moest oordelen over de draagwijdte van de vordering tot staking in de Wet Handelspraktijken, waarbij de geïntimeerde, een distributeur, opwierp dat de enige oplossing erin zou bestaan dat zij zou worden veroordeeld tot schadevergoeding.[479] Het Hof oordeelde echter "*dat de rechter in staking, door de staking te bevelen van een onrechtmatige verkoopsweigering, niet onrechtstreeks de gedaagde verplicht een contract aan te gaan, maar uitsluitend verbiedt onrechtmatig te weigeren"*, hetgeen volgens het Hof neerkomt op "*een bevel, niet tot contracteren, maar wel op de markt op te treden zonder discriminatie of willekeur of enige miskenning van een positieve norm.*"[480] Het Hof van Beroep legde hier geen verplichting op, maar enkel een verbod om discriminerend op te treden op de markt. Toch zijn er in bepaalde sectoren beslissingen bekend waar de rechter partijen tot uitvoeren van de overeenkomst dwongen.[481] Bij het opleggen van dit soort positieve verplichtingen zal het van belang zijn dat op zeer nauwkeurige wijze de grenzen van het bevel worden aangegeven en dat de rechter zich houdt aan de formulering van de eiser.[482] Het is van belang er hier op te wijzen dat

---

[474] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie in verzekering", *l.c.*, 42, die bij analogie verwijzen naar de versnelde vergoedingsregeling in artikel 13 en 14 van de WAM-wet (Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, *B.S.* 8 december 1989, hierna de "WAM-wet").

[475] Artikel 19, §1 van de anti-discriminatiewet.

[476] N. VAN LEUVEN, *o.c.*,119.

[477] *B.S.* 29 augustus 1991, hierna "WHPC".

[478] *B.S.* 12 april 2010.

[479] Brussel, 31 mei 1988, *T.B.H.* 1989, 711, waar ook verwezen wordt naar Cass. 27 juni 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1526, dat het onder bepaalde omstandigheden weigeren te leveren aan een afnemer, zonder opgaaf van motieven, een vorm van rechtsmisbruik achtte.

[480] Ibidem

[481] Zie bv. Vz. Kh. Luik, 3 mei 1990, *Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 346; Brussel, 17 mei 1990*, Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 220.

[482] I. BUELENS, D. COUNYE en J. STUYCK, "Verkoopsweigering en eerlijke handelsgebruiken"*, T.B.H.* 1995, 802.

168. **Gewraakte handeling heeft nog "geen einde" genomen.** Het instellen van de stakingsvordering veronderstelt dat de gewraakte handeling nog geen einde heeft genomen.[483] In de rechtspraak wordt hieraan een ruime interpretatie gegeven. In de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* [484], de eerste (en enige zaak) waarin de Anti-discriminatiewet van 2003 werd toegepast in verzekeringsrelaties, aanvaardde de Voorzitter de ontvankelijkheid van de vordering tot staking inzoverre de discriminerende handeling tot gevolg heeft dat de verzekeringsovereenkomst blijft bestaan, de dekking wordt verminderd of de verzekerde wordt uitgesloten van dekking. In deze omstandigheden blijven de gevolgen van de overeenkomst immers voortduren. Daarenboven, zo oordeelde de rechter, bestond er een kans dat deze discriminerende handeling zich opnieuw zou voordoen. De verzekeraar kreeg het verbod de gewraakte discrimerende praktijk verder te zetten.

> In een tweede zaak, die werd behandeld door de Voorzitter van de Rechtbank van Nijvel, weigerde een verhuurder zijn villa te verhuren aan een 'niet-traditioneel' koppel. Het koppel stelt daarop een vordering tot staking in. De verhuurder riep in dat de discriminerende handeling reeds een einde had genomen, omdat de villa ondertussen reeds verhuurd was aan een ander koppel. Hierdoor zou de stakingsvordering zonder belang zijn. De Voorzitter achtte de stakngsvordering evenwel ontvankelijk, omwille van het bestaan van het risico dat de discriminatie zich opnieuw zou voordoen.

(c) Dwangsom en openbaarmaking

169. **Versterkend effect.** Het effect van de vordering tot staking kan worden versterkt door de discriminerende partij bijkomend te veroordelen tot een dwangsom, mocht het het discriminerende gedrag niet ophouden.[485] De mogelijkheid van een dwangsom wordt bevestigd in de Anti-discriminatiewet van 2003[486], maar betreft eigenlijk een bevestiging van de bestaande gemeenrechtelijke regeling van artikel 1385bis-1385novies Ger. W.[487] De Voorzitter van de rechtbank kan tevens de openbaarmaking bevelen van de beslissing waarin hij het discriminerend gedrag vaststelt.[488]

In de reeds genoemde zaak *Test-aankoop* t. *DKV* werd de dwangsom bepaald op een bedrag van 500 euro per dag en per dossier waarin de discriminatoire premieverhoging wordt toegepast. Bovendien werd de verplichting opgelegd om een kopie van de beslissing over te maken aan alle verzekerden die hun overeenkomst hadden opgezegd, alsook deze te publiceren in dagbladen.[489]

---

[483] Artikel 19, §1, 2° van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[484] Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

[485] A. DE BOECK, "Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?, in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 440.

[486] Artikel 20 van de anti-discriminatiewet.

[487] I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 12.

[488] Dit kan via aanplakking zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder of in de kranten, zie artikel 19, §2.

[489] Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

(d) Nietigheidssanctie.

170. **Betekenis.** De anti-discriminatiewet bepaalt voorts dat de bedingen van een overeenkomst die strijdig zijn met de bepalingen van de antidiscriminatiewet *nietig* zijn.[490] Overeenkomstig het gemeen recht, dient deze nietigheid te worden uitgesproken door de rechter.[491] Deze bevoegdheid komt echter niet toe aan de stakingsrechter, maar wel aan de rechter ten gronde.[492] De draagwijdte van de nietigheidssanctie wordt weliswaar beperkt: enkel de nietigheid van het discriminerend beding in een overeenkomst wordt voorzien, niet van de gehele overeenkomst.[493] Ook nietig zijn de bedingen waarbij de contractspartijen op voorhand afzien van de rechten die de anti-discriminatiewet hen verleent. Hierdoor wordt de anti-discriminatiewet verheven tot dwingend recht, (al zou zij op zichzelf reeds van openbare orde zijn).[494]

(e) De mogelijkheid tot schadevergoeding

171. **Toepassing van het gemeen recht.** Op basis van het gemeen recht kan de gediscrimineerde partij een vordering tot schadeloosstelling instellen wegens onrechtmatige contractsweigering, -beëindiging of –uitoefening. Alhoewel de Anti-discriminatiewet van 2003 hierover het stilzwijgen bewaart, kan het slachtoffer de geleden schade bewijzen en schadevergoeding vorderen volgens het gemene recht inzake contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid.[495] Deze schadevergoeding kan, net zoals de nietigverklaring van discriminatoire bedingen, niet worden uitgesproken door de stakingsrechter, doch wel door de rechter ten gronde.[496]

---

[490] Zie artikel 18 van de anti-discriminatiewet.

[491] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie in verzekering", *l.c.*, 43.

[492] *Ibidem*, met verwijzing naar D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 541; P. TAELMAN, "Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 204-205. Zie voor een bevestiging in de rechtspraak Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 678.

[493] A. DE BOECK, *l.c.*¸436; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *R.W.* 2003-2004, afl. 28, 1093; F. VAN REMOORTEL, "De discriminatiewet: een wet met een potentieel grote impact, *R.A.B.G* 2003, 511; I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 10.

[494] Over het openbare orde-karakter van het discriminatieverbod bestaat geen eensgezindheid. Zie J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel - Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor "corrigerende ongelijkheden" en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *De doorwerking van het publiek recht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys& Breesch, 1997, 176, vn. 241 en de verwijzingen aldaar; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*¸ 536-537; P. TAELMAN, *l.c.*, 204-205; I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 11.

[495] C. BAYART, "De discriminatiewet", *Or.* 2003, 61; F. VAN REMOORTEL, *l.c.*, 512; I. VERHELST en I. DE WILDE, "De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht", *N.J.W.* 2003, 449. Zie reeds voor de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding wegens discriminatie, vóór de totstandkoming van de anti-discriminatiewet, A. VAN OEVELEN, "Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen", in K. RIMANQUE, (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 422-461.

[496] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 541; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Discriminatie in verzekering", in *Themis. Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, in H. COUSY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 30, Brugge, Die Keure, 2004-2005, 43.

Omdat de Anti-discriminatiewet van 2003 een wettelijk verbod van discriminatie inhoudt, werd het aantonen van een onrechtmatige daad (schending van die specifieke wet), door de anti-discriminatiewet van 2003 in elk geval vergemakkelijkt. Het bleef daarentegen nog steeds moeilijk om de schade te begroten en het oorzakelijk verband aan te tonen.[497] Herstel in natura wordt in dit kader klassiek niet toegepast. Wanneer het een contractweigering betreft, nam men altijd aan dat de rechter de contractpartij niet kon dwingen het contract toch te sluiten. Niettemin is er een tendens in de rechtspraak in het kader van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid om meer ruimte te laten voor vergoeding van het positief contractbelang.[498] Dit betekent concreet dat aan het slachtoffer via een omweg de patrimoniële voordelen worden toegekend als ware het contract wél tot stand gekomen.[499]

172. **Toepassing in verzekering.** In geval van contractweigering door een verzekeraar zal de schade kunnen bestaan in een gederfde verzekeringsvergoeding.[500] Daarbij is het niet ondenkbaar dat eveneens rekening wordt gehouden met het feit dat de verzekeringnemer in de toekomst moeilijker een verzekeringsdekking zal kunnen bekomen. Het is niet uitgesloten dat in de beoordeling van deze aansprakelijkheid de eigen fout van de kandidaat-verzekerde mee in aanmerking wordt genomen, dewelke zou kunnen weerhouden worden ingeval de verzekeraar kan aantonen dat deze zelf tekort gekomen is aan de algemene zorgvuldigheidsplicht om elders een verzekeringsdekking te bekomen.[501] In de beoordeling van deze algemene zorgvuldigheidsplicht moet de moeilijkheid die bv. ouderen of gehandicapten ondervinden in de toegang tot verzekering, mee in rekening worden gebracht.[502]

D. Grondwettigheid

173. **Grieven.** De Anti-discriminatiewet van 2003 zorgt voor een directe horizontale toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel in een ruim toepassingsgebied. Tijdens en na de totstandkoming van deze wet werd de vrees geuit voor een overdreven juridisering van de samenleving, een afbouw van traditionele structuren van zingeving en solidariteit, een onaanvaardbare toepassing van de basisprincipes van het publiekrecht in het privaatrecht en een bedreiging voor andere fundamentele rechten en vrijheden.[503] Deze vrees heeft zich uiteindelijk gekanaliseerd in twee beroepen tot vernietiging

---

[497] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie in verzekering", *l.c.*, 43-44; I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*¸14.

[498] R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen", *T.P.R.* 1994, (171), 440-442; A. DE BOECK, *l.c.*, 439.

[499] I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 14; K. VANDERSCHOT, "De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, Die Keure, Brugge, 2006, p. 57, nr. 24.

[500] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie in verzekering", *l.c.*, 43-44.

[501] A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *l.c.*, 1093; K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 301-302.

[502] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie in verzekering", *l.c.*, 44.

[503] M.E. STORME, "De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij" in UFSIA (ed.), *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 184; M.E. STORME, "Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat", *De juristenkrant* 6 november 2002, afl. 57, 4.

bij het toenmalige Arbitragehof.[504] De grieven hadden betrekking op de limitatieve lijst van discriminatiegronden[505], de strafbaarstelling van het aanzetten tot discriminatie en niet van de discriminatie op zich, op het toestaan van zogenaamde positieve actie en op de bijzondere regels die de antidiscriminatiewet invoerde op het vlak van bewijs, toezicht en optreden in rechte.[506] Doordat de huidig geldende anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 voor een groot stuk is geïnspireerd op de bepalingen van de anti-discriminatiewet van 2003, blijft deze interpretatie ook relevant voor deze nieuwe wetgeving.

174. **Vernietiging limitatieve lijst van discriminatiegronden**. In haar arrest van 6 oktober 2004[507] vernietigde het Arbitragehof een aantal bepalingen van de Anti-discriminatiewet. De belangrijkste vernietiging betrof de limitatieve opsomming van discriminatiegronden.[508] Volgens het Hof wekte deze limitatieve opsomming, waarin de gronden taal en politieke overtuiging niet mee waren opgenomen, de indruk, tegen de algemene doelstelling van de wet in[509], dat discriminatie op niet vermelde gronden minder beschermenswaardig zou zijn.[510]

175. **Blijvende relevantie van de limitatieve lijst.** Als gevolg van de vernietiging van de limitatieve lijst, werd het discriminatiebegrip als het ware opengebroken en uitgebreid tot alle discriminaties, ongeacht de grond waarop zij waren gebaseerd.[511] Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie dat in de wet was opgenomen, verloor door de opheffing aan belang. Vanaf nu konden immers

---

[504] Zie de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de anti-discriminatiewet, ingesteld door F. Vanhecke en anderen en door M. Storme.

[505] Zie reeds *supra* nr. 155.

[506] J. VELAERS, "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht* 2004, afl. 10, 601-614.

[507] Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004.

[508] Tenminste voor wat betreft het burgerrechtelijke en het procesrechtelijke luik. Zie Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.15. Andere bepalingen die werden vernietigd waren de omschrijving van het toepassingsgebied van het discriminatieverbod op het gebied van meningsuitingen, de bestraffing van het openlijk te kennen geven van een voornemen tot discriminatie, haat of geweld en de zwaardere bestraffing van discriminatie door ambtenaren of openbare gezagsdragers. (vernietiging van artikel 2, §4, 5° lid; artikel 6, §1, 2° lid en artikel 6, §2 van de anti-discriminatiewet).

[509] De doelstelling die de wetgever zich expliciet gesteld had was discriminerend gedrag te verbieden in "*alle gevallen waarin een individu of een autoriteit over de mogelijkheid beschikt om discriminerend gedrag te veroorzaken*". Door de limitatieve lijst te vernietigen namt het Grondwettelijk Hof de wetgever dan ook "op zijn woord" en zorgde het voor de juridische verwezenlijking van de door de wegever geformuleerde intentie. Zie J. VELAERS, "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *l.c.*, 604; D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele Topics Discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 5-6.

[510] Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.14. Zie daarvoor reeds voor een gelijkaardige kritiek, J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen", *l.c.*, 2003, 318; E. BREMS, "Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie" in E. BREMS en M. DE VOS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 38-40.

[511] Zie voor de (onwenselijke) gevolgen van deze ingreep, J. VELAERS, "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *l.c.*, 602-605; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, "Eén arrest, vijf mijlpalen", *De Juristenkrant* 2004, nr. 96, 5; zie specifiek voor arbeidsverhoudingen, M. DE VOS, "De ondraaglijke lichtheid van het bestaan", *De Standaard* 14 oktober 2004; M. DE VOS, Anti-discriminatiewet, Arbitragehof en arbeidsrecht: een doos van Pandora, *Juristenkrant* 3 November 2004, 1 en 12; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 452-454 en 468-470

ook de “ogenschijnlijk neutrale criteria” op grond waarvan indirecte discriminatie zou gesteund zijn, op basis van het verbod van directe discriminatie worden bestreden. Toch bleef de vroegere in de Anti-discriminatiewet opgenomen opsomming in zekere zin nuttig, daar zij voor een groot deel een verzameling uitmaakte van ‘verdachte factoren’ die personen niet of niet helemaal onder controle hebben. Op basis van het verdacht karakter van deze onderscheidingsgronden lag het binnen de veronderstellingen dat de rechtvaardiging voor onderscheidingen op basis van zulke factoren wellicht strenger getoetst moest worden.[512] Voorts stelde de lijst van ‘verdachte’ factoren de rechter in staat om ook onderscheidingscriteria die hetzelfde effect sorteren als een zogenaamd verdacht onderscheid, aan dezelfde strengere toetsing te onderwerpen. Hierdoor behield het begrip indirecte discriminatie toch haar nut.[513]

176. **Dwingende interpretaties.** Naast de vernietiging van sommige bepalingen heeft het Arbitragehof in haar arrest van 2004 eveneens dwingende interpretaties opgelegd met betrekking tot het begrip discriminatie, de voorwaarden waaraan maatregelen van positieve actie zijn onderworpen en de zogenaamde omkering van de bewijslast.

> Met betrekking tot het *begrip discriminatie* herinnert het Arbitragehof er in het arrest van 2004 aan dat de bepalingen van de Anti-discriminatiewet van 2003 betrekking hebben op het begrip discriminatie dat overeenstemt met de omschrijving die zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Arbitragehof, evenals het Hof van Cassatie en de Raad van State, aan dit begrip hebben gegeven.[514] Daarbij wordt gedoeld op de formule dat een onderscheid discriminerend is indien het niet objectief noch redelijk kan worden verantwoord, in die zin dat er geen *legitiem doel* wordt nagestreefd, of geen *redelijk verband van evenredigheid* bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.[515]
>
> Met betrekking tot de voorwaarden waaraan maatregelen van *positieve actie* zijn onderworpen oordeelt het Arbitragehof dat de bevoegde rechter rekening moet houden met de volgende criteria: maatregelen van positieve actie kunnen enkel worden toegepast (a) in de gevallen waarin een kennelijke ongelijkheid bestaat, (b) in de gevallen waarin het laten verdwijnen van die ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling wordt gezien, (c) op voorwaarde dat deze maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het beoogde doel is bereikt en tenslotte (d) wanneer deze maatregelen andermans rechten niet onnodig beperken.[516]

---

[512] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.,*9; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, “Discriminatie in verzekering”, *l.c.*, nr. 9 en nr. 16;

[513] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.,* 3.

[514] Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.35.

[515] Zie Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.35, met verwijzing naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna “EHRM), EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali l United Kingdom*, nr. 9241/80, 9473/81 en 9474/81, §72, waar op zijn beurt wordt verwezen naar EHRM 23 juli 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique/Belgique* 1968, nr. 474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 (ook bekend als de “Belgische Taalzaak”).

[516] Zie Arbitragehof 6 oktober 2004, 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B. 79. Als basis voor deze criteria verwijst het Hof naar Arbitragehof 27 januari 1994, nr. 9/94, *B.S.* 23 maart 1994, ov. B.6.2.

> Met betrekking tot de *omkering van de bewijslast* bepaalt het Arbitragehof dat dit beginsel er niet aan in de weg staat dat de strafrechter nog steeds gehouden is de bewijsstukken in concreto te beoordelen en het vermoeden van onschuld dient te eerbiedigen.[517]

177. **Geen verdere ingrijpende wijziging.** Na de gedeeltelijke vernietiging van de anti-discriminatiewet in 2004 bleef zij nog een drietal jaren voortbestaan, zonder daarbij nog ingrijpende wetswijzigingen te ondergaan. Uitzondering was de Wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen[518], die bevestigt dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of alle overige vergelijkbare legitieme doelstellingen, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het betrof een omzetting van de opt-out clausule in artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn Arbeid. Deze omzetting werd overgenomen onder de nieuwe wetgeving van 10 mei 2007 en zal later worden besproken.[519]

E. Rechterlijke toepassing in verzekering

178. **Eerste rechterlijke uitspraak op grond van de Anti-discriminatiewet.** De eerste keer dat de anti-discriminatiewet van 2003 werd toegepast in de rechtspraak, betrof een geschil over het discriminatoir karakter van een door een hospitalisatieverzekeraar toegepaste premieverhoging naargelang de leeftijd van de verzekerde. Het betreft de hierboven reeds aangestipte zaak van *Test-aankoop* t. *DKV* uit 2005.[520] De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel werd gevraagd het discriminatoir karakter te beoordelen van een premiestijging op grond van leeftijd, en desgevallend de staking van deze premieverhoging te bevelen.

179. **Direct leeftijdsonderscheid bij premieverhoging.** In de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* kloeg verbruikersvereniging Test-aankoop aan dat hospitalisatieverzekeraar DKV een substantiële stijging van de verzekeringspremies had opgelegd aan haar oudere verzekerden, zonder daarbij dezelfde voorwaarden voor haar jongere verzekerden toe te passen.[521] Volgens de verbruikersvereniging had een dergelijke politiek de bedoeling de nieuwe, jonge aangeslotenen te begunstigen en dusdoende te binden, en de oudere (vooral de oudste) groep eenzijdig zware financiële voorwaarden op te leggen zodat deze zouden worden verplicht hun contract op te zeggen of een dekking te aanvaarden die ingrijpend werd beperkt.[522] De klacht van de eisende partij betrof *in casu* niet het feit dat de hospitalisatie-

---

[517] Zie Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.84.

[518] *B.S.* 28 juli 2006.

[519] Cf. *infra* nr. 530 e.v.

[520] Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

[521] De toegepaste premieverhoging bedroeg 0% voor verzekerden tussen 0 en 19 jaar, 8% voor verzekerden tussen 20 en 39 jaar, 16% voor verzekerden tussen 40 en 59 jaar en 24% voor verzekerden van 60 jaar en meer.

[522] Zie TEST-AANKOOP, "De anti-discriminatiewet wordt toegepast: 'een historisch vonnis' van Test-aankoop tegen DKV, Hospitalisatieverzekering (DKV) en segmentering van verzekeringspremies", Persbericht, http://www.vlaams-ook.be/file?fle=1119. Zie ook *Het Nieuwsblad* 19 maart 2005.

verzekeraar het premiebedrag had laten afhangen van de leeftijd van de verzekeringnemer. De verbruikersvereniging betwiste wel het feit dat de verzekeraar eenzijdig een substantiële stijging van de verzekerinspremies oplegde aan haar oudere verzekerden, zonder daarbij dezelfde voorwaarden voor haar jonge verzekerden toe te passen.

180. **Objectieve en redelijke rechtvaardiging.** In het vonnis werd bepaald dat een premieverhoging die veel hoger was voor ouderen dan voor jongeren, moest worden bestempeld als een direct onderscheid op grond van leeftijd in de zin van de Anti-discriminatiewet van 2003. De hospitalisatieverzekeraar deed echter beroep op de in de Anti-discriminatiewet voorziene mogelijkheid om direct leeftijdsonderscheid te rechtvaardigen.[523] Daar de Anti-discriminatiewet geen beschrijving inhield van hetgeen moest worden verstaan onder het concept "*objectieve en redelijke rechtvaardiging*",[524] werd bij het beoordelen van deze rechtvaardiging beroep gedaan op de beoordelingscriteria die tot dan toe werden toegepast in de rechtspraak van het Arbitragehof.[525] Deze criteria komen er op neer dat moet worden nagegaan of de betwiste handeling voldoet aan een legitiem doel en of er sprake was van een *redelijk verband van evenredigheid* tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.[526] Volgens de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel bleek de door de hospitalisatieverzekeraar gegeven rechtvaardiging niet te voldoen. De staking van de leeftijdsafhankelijke premiestijging werd bevolen. Tegen het vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel werd beroep aangetekend bij het Hof van Beroep te Brussel. Dit beroep is momenteel nog hangende.

181. **Relevantie voor de huidig geldende wetgeving.** De uiteindelijke beoordeling van de rechtvaardiging die de verzekeraar in de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* gaf voor de betwiste premieverhoging, zal uitgebreid worden toegelicht bij de verdere bespreking van de beoordelingscriteria van de rechtvaar-

---

[523] De verzekeraar deed met name beroep op de begripsomschrijving die door de Anti-discriminatiewet van 2003 werd gegeven aan het begrip directe discriminatie. Artikel 2, §1 van de wet bepaalt: "*Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, rechtstreeks gebaseerd is op* […] *de leeftijd*.

[524] Cf. *supra* nr. 159.

[525] Op basis van deze rechtspraak dient men meer concreet na te gaan of de ongelijke behandeling een legitiem doel heeft (legitimiteitscriterium), of het onderscheidingscriterium objectief is (objectiviteitscriterium), of het onderscheid pertinent of relevant is ten aanzien van het nagestreefde doel (pertinentiecriterium), alsook of het onderscheid noodzakelijk is en tenslotte ook of het onderscheid evenredig is, in die zin dat er een evenwicht bestaat tussen de voor- en de nadelen die het gemaakte onderscheid voortbrengt. Zie bv. Arbitragehof 13 juli 1989, nr. 21/89, 21 juli 1989, ov. B.4.5.b; Arbitragehof 13 januari 1994, nr. 1/94, *B.S.* 1 februari 1994, ov. B.2.3; Arbitragehof 8 mei 2002, nr. 86/2002, *B.S.* 24 mei 2002, ov. B.5.1–B.6.1. Zie ook J. VRIELINK, "De Belgische anti-discriminatiewet. Een kritische bespreking", *l.c.*, 208; L.P. SUETENS, "De rechtspraak van het Arbitragehof", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerp, Kluwer Rechtswetenschappen Belgium, 1990, 104-105; G. SCHOORENS, *l.c.*, 228-229; C. PARIS, "Segmentation et sélection des risques" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIème siècle*, Bulletin des Assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 57; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 7-9; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données" in B. DUBUISSON en P. JADOUL (eds.), *Du neuf en assurance automobile*, Luik, Louvain-la-Neuve, 2004, 6, 85-100; B. WEYTS, "Verzekeraars en de anti-discrimatiewet", *N.J.W.* 2004, 1029. Zie ook de wettelijke definities die via amendementen werden voorgesteld bij de Anti-discriminatiewet van 2003, *supra* voetnoot nr. 450 en die wensen aan te sluiten bij deze rechtspraak.

[526] Zie de uitspraak van het Arbitragehof van 6 oktober 2004, waar het Hof een dwingende interpretatie meegaf aan het begrip "discriminatie". Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.35.

digingstoets.[527] Doordat het onder de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 nog steeds mogelijk is om directe leeftijdsonderscheiden te rechtvaardigen (op grond van een vergelijkbare beoordelingsfomule)[528], is de uitspraak in de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* ook vandaag nog van bijzonder belang voor een goed begrip van de rechtvaardigingsbeoordeling in verzekeringsrelaties.

§ 4. De Wet Aanvullende Pensioenen van 2003

182. **Vergemakkelijking van de toegang tot aanvullende pensioenen.** Eén van de wettelijke bepalingen waarmee in het Belgische recht werd tegemoet gekomen aan de Europese gelijkebehandelingsvoorschriften op het vlak van aanvullende regelingen van sociale zekerheid[529], is de Wet Aanvullende Pensioenen van 28 april 2003 (WAP)[530]. Deze wet heeft voornamelijk tot doel de toegang tot aanvullende pensioenen te vergemakkelijken. Zij vervangt de vroegere "Wet Colla"[531] die in 1995 al een beperkte sociale bescherming voor pensioenstelsels had ingevoerd. In tegenstelling tot de Anti-discriminatiewet van 2003, is de WAP geen wettelijk instrument dat zich exclusief richt tegen bepaalde vormen van discriminatie. De bestrijding van discriminatie is slechts één van de aspecten die geregeld worden in de WAP. Die bestrijding richt zich bovendien enkel tot discriminatie op het terrein van de aanvullende pensioenen.[532] De relevante bepalingen inzake discriminatie werden door de wetgeving van 10 mei 2007 voor een groot stuk naar deze laatste wetgeving overgeheveld.[533]

> Het wetgevend kader inzake discriminatiebestrijding op het vlak van bedrijfspensioenen komt in dit proefschrift slechts zijdelings aan bod: naar deze regelgeving zal worden verwezen in de mate dat er een beter begrip kan uit worden afgeleid met betrekking tot de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in particuliere verzekeringsovereenkomsten waarbij, in tegenstelling tot aanvullende regelingen van sociale zekerheid, de werkgever in beginsel geen partij is. Waar nodig zal terug worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Jusitie inzake aanvullende regelingen van sociale zekerheid en de manier waarop deze via de

---

[527] Cf. *infra* nrs. 852, 877 en 885.

[528] Zie artikel 7 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 31 mei 2007.

[529] Zie bv. de Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen (86/378/EG), zoals gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG en later overgenomen in de Genderrichtlijn arbeid (2006/54/EG).

[530] Wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, *B.S.* 15 mei 2003, err. 26 mei 2003 (hierna de "WAP"). Deze wet trad op 1 januari 2004 in werking.

[531] Wet van 6 april 1995 betreffende de aanvullende pensioenen, *B.S.* 29 april 1995. Zie voor een bespreking, K. TERMOTE, "Aanvullende pensioenen in een nieuw kleedje. De beginselen van non-discriminatie in de wet op de aanvullende pensioenen", in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Reeks CRIS, 12, 1998, 357-371.

[532] Wordt verstaan onder aanvullend pensioen: "het rust- en/of overlevingspensioen bij overlijden van de aangeslotene vóór of na pensionering, of de ermee overeenstemmende kapitaalswaarde, die op basis van de in een pensioenreglement of een pensioenovereenkomst bepaalde verplichte stortingen worden toegekend ter aanvulling van een krachtens een wettelijke socialezekerheidsregeling vastgesteld pensioen". Zie artikel 3, §1 van de WAP.

[533] Zie artikel 48 van de Wet van 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007, dat een nieuw artikel 14 invoert in de WAP. Zie eveneens artikel 12, §2, van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007 (en zoals gewijzigd door artikel 57 van de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 16 juni 2008) waarin specifieke discriminatieverboden uit het vroegere artikel 14 opnieuw werden ingeschreven, alsook artikel 12, §2 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007.

verplichtingen uit latere secundaire gemeenschapswetgeving is geïncorporeerd in het nationale recht, zoals bv. de WAP.

183. **Algemeen discriminatieverbod.** De WAP verbiedt discriminatie tussen werknemers waarvoor de inrichter een pensioentoezegging doet (artikel 14, §1). Vergelijkbaar met de Anti-discriminatiewet van 2003, voorziet de WAP dat een ongeoorloofd onderscheid elk onderscheid betreft dat niet berust op een objectief criterium en dat niet redelijk verantwoord is. In tegenstelling tot de oorspronkelijke Anti-discriminatiewet van 2003 en de huidige wetgeving van 10 mei 2007, is het in de WAP geformuleerde discriminatieverbod van toepassing op onderscheiden op basis van om het even welke discriminatiegrond. Er is geen sprake van een limitatieve lijst van beschermde discriminatiegronden. Aan het algemeen discriminatieverbod zoals onder artikel 14, §1 geformuleerd, werd door de wetgeving van 10 mei 2007 niets gewijzigd. Wel werd een nieuwe paragraaf toegevoegd die stelt dat de algemene rechtvaardigingsmogelijkheid die geldt voor de in artikel 14 beschreven vormen van discriminatie, niet geldt voor gevallen waarop de nieuwe wetten van 2007 van toepassing zijn.[534] Hierdoor krijgen de bepalingen van deze wetten in feite voorrang op de bepalingen van de WAP.[535]

184. **Specifieke discriminatieverboden.** Naast het algemene discriminatieverbod bevatte de WAP voorafgaand aan de wetgeving van 10 mei 2007 ook een aantal specifieke discriminatieverboden, (artikel 14, §3-5), die uiteindelijk werden overgeheveld naar deze laatste wetgeving.[536] Zo was er sprake van een specifiek verbod op geslachtsdiscriminatie, dat inhield dat wat betreft de dienstjaren gepresteerd na 17 mei 1990, de pensioentoezeggingen geen discriminatie tussen mannen en vrouwen mogen bevatten.[537] Verschillen inzake aanvullende pensioenen gegrond op de respectieve levensverwachtingen van mannen en vrouwen zijn daarentegen wel toegelaten.[538] Pensioentoezeggingen van het type vaste bijdragen mogen geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij de bepaling van het niveau van de bijdragen.[539] Het is eveneens ongeoorloofd een overlevingspensioen enkel toe te kennen aan mannelijke of vrouwelijke begunstigden alleen.[540] Verder geldt de zoge-

---

[534] Zie ook L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 171.

[535] H. DAEMS en G. GIESELINK, “De federale antidiscriminatiewetten en de regelingen voor sociale zekerheid” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale anti-discriminatiewetten*, 632-633.

[536] Zie artikel 12, §2 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007 en artikel 12, §2 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007.

[537] Zie artikel 14, §4, 1° zin van de WAP zoals voor de wijziging door artikel 48 van de Wet van 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007 en de overheveling naar nieuw artikel 12, §2, 5° lid van de huidige Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007, zoals gewijzigd door artikel 57 van de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 16 juni 2008) (in de volgende reeks voetnoten aangeduid als de “huidige Genderwet”)

[538] Zie artikel 14, §4, 2° zin van de WAP, zoals voor dezelfde overheveling naar artikel 12, §2, 1° van de de huidige Genderwet.

[539] Zie artikel 14, §4, 2° van de WAP, zoals voor dezelfde overheveling naar artikel 12, §2, 3° lid van de huidige Genderwet.

[540] Zie artikel 14, §3, 1° van de WAP, zoals voor dezelfde overheveling naar artikel 12, §1, van de huidige Genderwet. (artikel 12, § 2, 3° van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijdign van discriminatie tussen vrouwen en mannen,

naamde “trapjesregel” die zegt dat een differentiatie van de pensioentoezegging in functie van leeftijd discriminatoir is, behalve ingeval het percentage om de bijdrage te bepalen dat wordt toegepast op het loon op een bepaalde leeftijd niet lager ligt dan het percentage op een latere leeftijd, geactualiseerd tegen een jaarlijkse rentevoet van 4 %, op de periode die zich tussen de twee leeftijden uitstrekt. Indien de differentiatie in trappen gebeurt, wordt die vergelijking gemaakt tussen de leeftijden die overeenstemmen met het begin van elke trap.[541]

185. **Verhouding met andere anti-discriminatiewetgeving.** Ten tijde van het bestaan van de Anti-discriminatiewet van 2003 bestonden er enkele problemen in verband met de gelijke toepassing van deze wet en de anti-discriminatieregels in de WAP. Onduidelijkheid heerste er over de verhouding tussen deze wetten in zoverre zij beide toepasselijk werden geacht op aanvullende pensioenen. In de literatuur bestond geen eensgezindheid omtrent dit probleem.

> BAYART stelde dat de specifieke discriminatieverboden (directe en indirecte discriminatie) van de Anti-discriminatiewet van 2003 diende te worden gezien als een *lex specialis* ten aanzien van het algemene discriminatieverbod bepaald in artikel 14§2 WAP, terwijl anderzijds, in de gevallen waar de WAP zelf een specifieke discriminatieverbod voorschreef, de WAP voorrang had en de Anti-discriminatiewet diende te worden beschouwd als *lex specialis.*[542]. STEVENS stelde dat in de mate de Anti-discriminatiewet een omzetting vormt van de Europese richtlijnen (zoals bv. inzake leeftijdsdiscriminatie) de WAP geen uitzondering kon maken en de Anti-discriminatiewet moest worden toegepast,.[543] Waar de Anti-discriminatiewet verder ging dan een omzetting zou de WAP in beginsel als *lex posterior* en *lex specialis* voorrang hebben, tenzij de Anti-discriminatiewet zelf meer specifiek is (bv. burgerlijke staat) of verplichtingen oplegt die niet in de WAP zijn geregeld (bv. indirecte discriminatie) in welk geval de Anti-discriminatiewet voorrang zou hebben.[544] Deze genuanceerde visie komt overeen met het advies dat door de Belgische Commissie voor aanvullende pensioenen in 2006 werd geleverd met betrekking tot de interpretatie van de anti-discriminatiebepalingen van de WAP.[545]

---

voorafgaand aan de wijziging door artikel 57 van de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen, *B.S.* 16 juni 2008).

[541] Zie artikel 14, §3, 3° van de WAP, zoals voor de overheveling naar artikel 12, §2, 5° van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007). Voor een bespreking zie H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 682-683 en L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 194-195.

[542] C. BAYART, *o.c.*, 457-458; minder genucanceerd is de stelling dat de WAP altijd voorrang heeft wegens de adagia *lex posterior* en *lex specialis*. Zie L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, *"Gelijkheid anders dan op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen", l.c.,* 606. Ook zij hielden echter rekening met de noodzaak aan EU-richtlijnconforme interpretatie. Zie voor een overzicht, L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 170.

[543] Y. STEVENS, V. DE BRABANTER, G. GIESELINK, V. PETRY, P. ROELS, *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 354-355.

[544] Ibidem.

[545] Zie COMMISSIE VOOR AANVULLENDE PENSIOENEN, "advies nr. 11 antidiscriminatie", *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/apwn/pdf/advice11.pdf* 30 maart 2006, 5-7. Naar aanleiding van de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007, werd dit advies op 9 juni 2009 geactualiseerd in een nieuw advies nr. 30. Zie COMMISSIE VOOR AANVULLENDE PENSIOENEN, “advies nr. 30 antidiscriminatie”, *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/apwn/pdf/advice30.pdf* 9 juni 2009.

Met de wetten van 10 mei 2007, die de Anti-discriminatiewet van 2003 volledig opheffen en vervingen door nieuwe bepalingen, heeft men dit probleem van overeenstemming willen vermijden. Dit gebeurde door in een nieuw artikel 14 van de WAP een paragraaf toe te voegen die stelt dat de rechtvaardigingsmogelijkheid die gepaard gaat met het algemene discriminatieverbod van artikel 14, §1, niet geldt voor gevallen waarop de nieuwe wetten van 2007 van toepassing zijn.[546] Hierdoor krijgen de bepalingen van deze laatste wetten in feite voorrang op de bepalingen van de WAP.[547] Dit vormt geen probleem voor de andere, meer specifieke discriminatieverboden die oorspronkelijk in §3-5 van artikel 14 waren opgenomen, nu deze artikelen werden overgeheveld naar de Wetten van 10 mei 2007.[548]

AFDELING 2. HUIDIG BELGISCH REFERENTIEKADER: DE ANTI-DISCRIMINATIEWETGEVING VAN 10 MEI 2007

§ 1. Totstandkoming

186. **3 nieuwe basiswetten.** Op 30 mei 2007 verschenen de wetten van 10 mei 2007 in het Belgisch Staatsblad. Deze wetgeving heeft het tot dan toe bestaande federale wetgevingsapparaat inzake het verbod op discriminatie grondig hervormd. De hervorming heeft tot gevolg dat de Anti-discriminatiewet van 2003, de Wet gelijkheid mannen/vrouwen van 1999, de Anti-racismewet van 1981 alsmede enkele bepalingen in de WAP, worden opgeheven en/of gewijzigd door verschillende wetten die telkens betrekking hebben op verschillende discriminatiegronden. Het gaat om de nieuw uitgevaardigde "Algemene anti-discriminatiewet"[549] en Genderwet[550] en om een volledige vervanging

[546] Het huidig artikel 14, §1 van de WAP luidt dat het algemeen discriminatieverbod zoals geformuleerd in artikel 14, §1, 1° niet toelaat om verschillen in behandeling te rechtvaardigen die worden verboden door wetten die discriminatie op grond van specifieke criteria verbieden. Hierbij wordt in het bijzonder verwezen naar de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (zoals gewijzigd door de Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007) , de Wet van 5 maart 2002 betreffende het beginsel van non-discriminatie ten gunste van deeltijdwerkers, *B.S.* 13 maart 2002; de Wet van 5 juni 2002 betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *B.S.* 26 juni 2002; de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007; de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007. Inbreuken op de discriminatieverboden die in deze wetten worden voorzien, leiden volgens artikel 14, §1, 3° lid van de WAP, eveneens tot een inbreuk op het algemeen discriminatieverbod in de WAP.

[547] H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 632-633.

[548] Zie bv. artikel 12, §2 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007, 29.016 en artikel 12, §2 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007, 29.031.

[549] Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007, 29.016; hierna "Algemene Wet".

[550] Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007, 29.031; hierna "Genderwet".

van de inhoud van de Anti-racismewet van 1981.[551] Een vierde wet brengt enkele noodzakelijke wijzigingen op procedureel vlak aan in het Gerechtelijk Wetboek.[552]

De zogenaamde Algemene anti-discriminatiewet van 10 mei 2007 beoogt discriminatie tegen te gaan die gebaseerd is op leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst.[553]

De Genderwet van 10 mei 2007 gaat discrimatie tegen op basis van geslacht, zwangerschap, bevalling of moederschap en transseksualiteit.[554]

De Anti-racismewet van 1981, zoals vervangen bij wet van 10 mei 2007, gaat discriminatie tegen op basis van zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale afstamming en nationaliteit.[555]

187. **Ruim toepassingsgebied.** De 3 nieuwe basiswetten kennen, net zoals de Anti-discriminatiewet van 2003, een ruim toepassingsgebied. Vermeld wordt ondermeer de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg, de sociale voordelen, de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, de arbeidsbetrekkingen en de uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek.[556]

Door het ruime toepassingsgebied wordt algemeen aangenomen dat, mits een aantal uitzonderingen[557], deze wetgeving van toepassing is op verzekeringsrelaties, zowel voor wat betreft “gewone” private (niet-arbeidsgerelateerde) verzekering zoals niet-beroepsgebonden ziekteverzekering (waaronder ook hospitalisatieverzekering), W.A.M.-verzekering, brandverzekering, levensverzekering (waaronder ook schuldsaldoverzekering), reisverzekering en familiale verzekering, als op aanvullen-

---

[551] Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007, 29.046.

[552] Wet van 10 mei 2007 tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007, 29.046; hierna “Wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek”.

[553] Zie artikel 3 van de Algemene anti-discriminatiewet.

[554] Zie artikel 3 en 4 van de Genderwet.

[555] Zie artikel 3 van de Anti-racismewet.

[556] Zie artikel 5 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 6 van de Genderwet en artikel 5 van de Anti-Racismewet.

[557] Deze uitzonderingen slaan vooral op het feit dat de bestaande anti-discriminatiewetgeving niet van toepassing is in de niet-publieke sfeer, waardoor kan worden getwijfeld over de mate waarin verzekering, zoals die wordt aangeboden door sommige onderlinge verzekeringsverenigingen of mutualiteiten, eveneens onder het toepassingsgebied kan vallen. Voor dit soort instellingen is immers sprake van een vorm van lidmaatschap, alvorens men kan genieten van de binnen deze instellingen aangeboden diensten. Zie voor deze problematiek, *infra* voetnoot nr. 2200.

de sociale voorzieningen zoals pensioenen (tweede pijler), beroepsgebonden ziekteverzekering (waaronder aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering of hospitalisatieverzekering).[558]

188. **Impulsen.** De hervorming van 10 mei 2007 was nodig om de bestaande anti-discriminatiewetgeving in overeenstemming te brengen met de Europese verplichtingen die rusten op België.[559] Concreet betreft het de Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn arbeid, de Genderrichtlijn en de Genderrichtlijn arbeid. Verdere redenen voor de hervorming waren de moeilijke leesbaarheid, praktische hanteerbaarheid en de rechtsonzekerheden die waren ontstaan naar aanleiding van het hoger besproken arrest van 6 oktober 2004 van het Grondwettelijk Hof dat enkele bepalingen uit de Anti-discriminatiewet van 2003 vernietigde.[560] De wetgever heeft met de wetgeving van 10 mei 2007 getracht een betere coördinatie aan te brengen tussen de verschillende federale wetgevingsinstrumenten inzake anti-discriminatie, meer duidelijkheid te brengen in de bevoegdheidsverdeling inzake discriminatiebestrijding, evenals de efficiëntie te verhogen van de anti-discriminatiewetgeving.[561] De betere coördinatie van wetgevingsinstrumenten kwam tot stand door de schrapping van een aantal bestaande wetten zoals de Anti-discriminatiewet van 2003, de Wet Gelijkheid Mannen-Vrouwen van 1999 en de inhoud van de Anti-racismewet van 1981, alsook door de overheveling en/of herformulering ervan in één van de drie nieuwe wetten. De efficiëntie werd verhoogd door middel van een betere (vooral burgerrechtelijke) afdwingbaarheid.[562]

§ 2. "Gesloten lijst" van discriminatiegronden

189. **Herinvoering van een gesloten lijst.** De eerste opvallende wijziging ten opzichte van de vroegere regeling is de gesloten lijst van verboden discriminatiegronden. In tegenstelling tot de Anti-

---

[558] Zie bv. Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 649 (over de anti-discriminatiewetgeving van 2003), later bevestigd voor het hertekend landschap van anti-discriminatiewetgeving na de wetgeving van 2007, Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *T.B.H.* 2007, afl. 8, 749; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen" in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, september 2007, 727. Voor de toepasselijkheid op aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, zie H. DAEMS en G. GIESELINK, 636-646. Deze laatsten stellen met betrekking tot het begrip "aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" in de wetgeving van 10 mei 2007, een verschil vast met de manier waarop het begrip ondernemings- en secoriële regelingen van sociale zekerheid wordt afgebakend door het toepassingsgebied van de Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen (Richtlijn 86/378/EG, waarvan de inhoud werd overgenomen door de Genderrichtlijn arbeid - Richtlijn 2006/54/EG). Door de afbakening van dit toepassingsgebied in de Richtlijnen zijn er verzekeringsovereenkomsten, zoals overeenkomsten voor werknemers waarbij de werkgever geen partij is (denk aan individuele hospitalisatieverzekering waarop werknemers via hun werkgever kunnen inschrijven en waarbij tussenkomst van de werkgever dus zeer beperkt is) die wel zouden kunnen vallen onder het begrip aanvullende regeling van sociale zekerheid in de Belgische anti-discriminatiewetgeving, maar niet onder het toepassingsgebied van de Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen. Zij besluiten dat wanneer het Belgisch toetsingskader soepeler zou blijken voor dergelijke aanvullende regelingen van sociale zekerheid als dat het geval is in de Europese richtlijnen, de Belgische rechter zich met het oog op een richtlijnconforme interpretatie genoodzaakt zal zien om aan het Belgische begrip "aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" een beperktere draagwijdte te voorzien. Zie H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 638 en 643-644.

[559] Verslag Libert, *l.c.*, 5-6.

[560] Verslag Libert, *l.c.*, 7.

[561] Verslag Libert, *l.c.*, 7-9.

[562] Cf. *infra* nrs. 210 e.v.

discriminatiewet van 2003 zoals ze gold ná de gedeeltelijke vernietiging van het Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004, kan het slachtoffer van een vermeende discriminatie zich slechts beroepen op de anti-discriminatiewet indien hij aantoont dat er sprake is van een onderscheid op basis van één van de in de nieuwe wetten genoemde discriminatiegronden.[563] Een open lijst werd door de wetgever verworpen omwille van de omzettingsverplichtingen van de Europese artikel 19-Richtlijnen die vragen dat uitdrukkelijk naar de door deze Richtlijnen beschermde gronden wordt verwezen. Verder wordt verwezen naar de onaanvaardbare graad van rechtsonzekerheid verboden aan een open lijst van discriminatiegronden, het verhinderen van een eindeloos aantal rechtsvorderingen, het uitsluiten van futiliteiten of bagatelzaken en een overdreven juridisering van de samenleving.[564]

190. **Overzicht.** De door de wetgever opgenomen lijst van discriminatiegronden is ruimer dan de oorspronkelijke lijst opgenomen in de Anti-discriminatiewet van 2003. Ondanks de uitdrukkelijke wil van de wetgever om geen hiërarchie te creëeren tussen de verschillende discriminatiegronden, blijkt er toch sprake te zijn van een onderscheid tussen de gronden die worden beschermd door de artikel 19-Richtlijnen, de andere zogenaamde "restgronden" en de niet-opgelijste gronden. De uitgebreide lijst van gronden en de zogenaamde hiërarchie tussen de beschermde gronden wordt besproken onder A.

Inmiddels is de gesloten lijst van gronden het voorwerp geweest van een vernietigingsberoep bij het Grondwettelijk Hof, omwille van de ongelijkheid die een gesloten lijst zou creëeren tussen de opgelijste en de niet-opgelijste gronden. Het Grondwettelijk Hof heeft de gesloten lijst niet ongrondwettelijk verklaard, maar heeft de lijst wel op een zodanige manier geïnterpreteerd dat er aan de beschermde lijst als het ware gronden kunnen worden toegevoegd. De opening die het Grondwettelijk Hof hier laat, wordt besproken onder B.

Onder C zal tenslotte worden nagegaan of er sprake kan zijn van een toevoeging van discriminatiegronden die ook in het differentiatiebeleid van de verzekeraar courant worden gebruikt, maar als dusdanig niet mee zijn opgenomen in de gesloten lijst.

A. Uitgebreide lijst en hiërarchie van gronden

191. **Meer uitgebreide lijst.** De lijst van discriminatiegronden is uitgebreid ten opzichte van de anti-discriminatiewet zoals ze gold vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof. Zo maken de gronden taal en politieke overtuiging expliciet deel uit van de nieuwe lijst van beschermde gronden. Er is verder ook een toevoeging van de grond "genetische eigenschap" (ondanks de beslotenheid in de grond "fysieke eigenschap" en "huidige of toekomstige gezondheidstoestand") en de zogenaamde "sociale afkomst". Bij de keuze voor het bepalen van een eindige lijst met gronden heeft de wetgever zich voor-

[563] Zie J.H. GERARDS, "Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), Brugge, Die Keure, 2008, 131.

[564] Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2722/1, 14-16. Zie voor een kritiek op deze door de wetgever gegeven motivering, D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 22. Zie ook *infra* nr. 344.

namelijk gebaseerd op de lijst van gronden die is opgenomen in het hoger besproken Handvest van de Grondrechten[565] en beschouwt deze als de zogenaamd "*meest recente uiting van de Europese ethische consensus in de strijd tegen discriminatie*".[566]

192. **Hiërarchie van gronden.** Ondanks de uitdukkelijke wil van de wetgever om *geen* hiërarchie te creëeren tussen de verschillende discriminatiegronden[567], blijft het onmiskenbaar zo dat niet-opgelijste gronden wel degelijk een sterk verminderde bescherming genieten ten opzichte van de wél opgelijste gronden. Ongelijke behandeling die wordt gevoerd op grond van deze "restgronden", kunnen immers niet genieten van het burgerrechtelijk santie-apparaat zoals dat wordt voorzien in de wetgeving van 10 mei 2007.[568] Verder komt aan de gronden die worden beschermd door artikel 19 van het Werkingsverdrag een verdergaande bescherming toe dan de andere opgesomde gronden. Directe onderscheiden op grond van deze artikel 19-gronden zal in bepaalde domeinen van het dagelijks leven slechts in precieze wettelijk omschreven omstandigheden gerechtvaardigd zijn (niet elke objectieve en redelijke verantwoording volstaat), terwijl voor de andere opgesomde gronden wel steeds een open rechtvaardigingsformule bestaat.[569] Er is dus nog altijd sprake van een hiërarchie in bescherming tussen mogelijke discriminatiegronden.[570] In een procedure voor het Grondwettelijk Hof heeft men om deze reden de vernietiging gevorderd van het gesloten karakter van de lijst van discriminatiegronden. Opnieuw waren eisende partijen van oordeel dat er op grondwettelijk niveau een discriminatie bestaat ten opzichte van personen die ongelijk worden behandeld op gronden die niet in de wetten van 10 mei 2007 zijn opgenomen.[571]

B. Beoordeling door het Grondwettelijk Hof – "Toevoegingsmogelijkheid" van andere gronden

193. **Toelaatbaarheid van een gesloten lijst.** In antwoord op de bewering van eisers dat de gesloten lijst van discriminatiegronden zélf strijdig is met het grondwettelijk discriminatieverbod, erkent het Grondwettelijk Hof in het arrest van 12 februari 2009 dat een lijst van discriminatiegronden toch limitatief kan zijn en dat bepaalde kenmerken van de specifieke wettelijke discriminatiebescherming kunnen worden uitgesloten. Volgens het Hof behoort het immers "*tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om de discriminaties op gronden die hij het meest verwerpelijk acht nadrukkelijk te be-*

[565] Cf. *supra* nr. 121 e.v.

[566] Verslag Libert, *l.c.*, 16.

[567] Verslag Libert, *l.c.*, 13.

[568] J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 587; D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.* 15-16.

[569] Ibidem.

[570] Ibidem.

[571] Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. A.10.1; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009, ov. A.2; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. A.7.1.

strijden".[572] Het Hof steunt deze principiële keuze voor een gesloten stelsel vooral op de in de hierboven reeds toegelichte verantwoording in de parlementaire voorbereiding bij de wetgeving van 10 mei 2007.[573]

194. **Verwijzing naar horizontale derdenwerking van het gelijkheidsbeginsel**. Voorts weerlegt het Hof dat niet-opgenomen gronden niet beschermd zijn door het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Hierbij verwijst het naar de sancties die ook buiten de anti-discriminatiewetgeving openstaan voor de getroffen partijen.

> *Volgens het Hof maakt "elke ongelijke behandeling in de verhoudingen tussen burgers waarvoor geen verantwoording kan worden gegeven, […] een discriminatie uit en derhalve een foutief gedrag, dat tot een burgerrechtelijke sanctie, met name een schadevergoeding kan aanleiding geven. Bovendien kan de rechter een discriminerend contractueel beding op grond van de artikelen 6, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek nietig verklaren omdat het indruist tegen de openbare orde."*
>
> *Volgens het Hof zijn die sancties "weliswaar niet identiek aan de specifieke beschermingsmaatregelen waarin de bestreden wetten voorzien, maar dat verschil in aard van de sancties is volgens het Hof niet onevenredig en aldus niet discriminatoir in de zin van de Grondwet.*[574]

De gesloten lijst van discriminatiegronden wordt mede om die reden niet in strijd geacht met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Deze uitspraak is niet alleen belangrijk ten opzichte van de grondwetsconformiteit van de gesloten lijst van discriminatiegronden. Zij duidt ook aan dat het Grondwettelijk Hof, toepassing makend van open normen zoals de zorgvuldigheidsnorm en de openbare orde, theorieën van indirecte horizontale werking van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel aanvaardt.[575]

---

[572] Zie Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.14.5; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009, ov. B.9; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.7.5. Volgens DE PRINS en VRIELINK kon deze principiële aanvaardbaarheid van een gesloten reeks discriminatiegronden al tussen de regels van arrest 157/2004 worden gelezen omdat in dat arrest de gesloten lijst uit de anti-discriminatiewet van 2003 vernietigd werd met als motivering dat de toenmalige wetgever zich had voorgenome om *alle* discriminaties te verbieden, maar het daarna onverzoenbaar met het gelijkheidsbeginsel noemde om de gronden *taal* en *politieke overtuiging* niet mee op te nemen. Zie D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 21; D. DE PRINS en J. VRIELINK, "Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving", *T.B.P.* 2009-2010, 592.

[573] Zie de redenen opgesomd onder randnr. 189; zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.14.6; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009, ov. B.10; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.7.6; met verwijzing naar Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2722/1, 14-16.

[574] Zie Grondwettelijk Hof, arrest 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.14.7; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009, ov. B.11; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.7.7.

[575] D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 30-31. In de beschrijving van de manieren waarop fundamentele rechten toepasselijk kunnen zijn op private verhoudingen, wordt klassiek het onderscheid gemaakt tussen *directe horizontale werking* en *indirecte horizontale werking* van mensenrechten. Zie voor een uitgebreide rechtsvergelijkende analyse, met aanbevelingen voor het Belgisch recht, N. VAN LEUVEN, *o.c.*, 187-295. Dit onderscheid spruit voort uit de Duitse literatuur en het Duitse naoorlogs staatsrecht, waar de kampen traditioneel waren verdeeld in voorstanders van *unmittelbare* (directe) *drittwirkung* (met als grondleggers de Duitse auteurs NIPPERDEY en LEISNER) en *mittelbare* (indirecte) *drittwirkung* (met als grondlegger DÜRIG).

Daarmee hoeft niet gezegd te zijn dat het Hof een bindende interpretatie heeft willen koppelen aan de door haar geciteerde open normen in het Burgerlijk Wetboek.[576] Het Hof heeft enkel willen aanduiden dat zonder doorwerking via deze algemene normen, bepaalde discriminaties onbeschermd zouden blijven, hetgeen een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel zou opleveren. De horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in particuliere verhoudingen, zo schrijven DE PRINS en VRIELINK, is dus een noodzakelijke voorwaarde voor de grondwetsconformiteit van de wetgeving van 10 mei 2007.[577]

195. **Gesloten lijst is geen uitsluitende lijst.** De erkenning van de geldigheid van een gesloten lijst van discriminatiegronden, sluit niet uit dat het Grondwettelijk Hof kan oordelen dat het *ontbreken* van bepaalde gronden op zich wél ongrondwettig is. Zoals hoger besproken, leidde het ontbreken van de gronden taal en politieke overtuiging in de Anti-discriminatiewet van 2003 nog tot de vernietiging van

---

Zie A. DRZEMCZEWSKI, A., "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les rapports entre les particuliers", *Cahiers de Droit Européen* 1980, 4, met verwijzing naar H.C. NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", *Die Grundrechte*, Vol. IV/2, 1962, 752-753 en W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlijn, Beck, 1960, 1-112; G. DURIG, "Grundrechte und Zivilrechtssprechung", in X. (ed.), *Festschrift für Nawiasky*, 1956, 155-177; zie ook F. DE LY, "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *R.W.* 1991-1992, afl. 34-35, 1143; N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde: recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief* , Antwerpen, Intersentia, 2006, 173. In het geval van *directe* horizontale werking wordt een zodanig groot belang gehecht aan de werking van mensenrechten en grondrechten, dat men ze rechtstreeks toepasbaar acht in de relaties tussen private partijen. Het gelijkheidsbeginsel, net als andere mensenrechtelijke normen, doordrenkt als het ware het privaatrecht. Fundamentele rechten zijn gegrond op menselijke waardigheid en het recht om zichzelf te ontplooiien en als dusdanig maakt het dus niet uit of het nu de overheid of een medeburger is die er inbreuk op pleegt. Zie F. DE LY, *l.c.*, 1143; K. RIMANQUE en P. PEETERS, "De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 16-17. Vervolgens is er de theorie van de *indirecte* horizontale werking, die voor een groot deel onstaan is als een kritiek op *directe* horizontale werking. Deze *directe* horizontale werking zou namelijk afbreuk doen aan de *private autonomie* en geen enkele rekening houden met de zogenaamde *contractsvrijheid* die geldt tussen burgers onderling. Fundamentele rechten zoals het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van geweten zouden dan ook telkens moeten worden afgewogen aan de belangen verbonden aan de contractsvrijheid. Om aan het probleem tegemoet te komen dat schendingen van mensenrechten vanwege de overheid niet op dezelfde wijze kunnen beoordeeld worden als schendingen door private partijen, wil men ervan uitgaan dat fundamentele rechten een *"ausstrahlungswirkung"* hebben op het gehele recht, dus ook op het privaatrecht, zonder dat deze fundamentele rechten daarom bovengeschikt zijn aan het privaatrecht. De theorie van de indirecte horizontale werking verdedigt dan ook de noodzaak, zoals ook het Grondwettelijk Hof hier aangeeft, van een privaatrechtelijk omschakelingsmechanisme van open normen zoals de openbare orde en de goede zeden (zoals neergelegd in artikel 6, 1131 en 1133 B.W.), de goede trouw (art. 1134 B.W.), billijkheid, rechtsmisbruik of de algemene zorgvuldigheidsnorm (art. 1382-1383 B.W.), alvorens fundamentele rechten privaatrechtelijk te laten doorwerken. Zie K.M. LEWAN, "The significance of constitutional rights for private law: theory and practice for West-Germany", *International & Comparative Law Quarterly* 1968, 576 en 594; E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 50; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, 19-21; N. VAN LEUVEN*, l.c.*, 174; F. RIGAUX, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 603; G. SCHOORENS, l.c., 231; F. DE LY, *l.c.*, 1144; C. BAYART, *o.c.*, 35-36; A. VAN OEVELEN, "Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private* verhoudingen, Antwerpen, Kluwer, 1982, 116-117; K. VANDERSCHOT, *l.c.*, 50-68.

[576] J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 599; DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 31.

[577] Ibidem.

de gehele lijst van discriminatiegronden door het Arbitragehof.[578] In arrest 64/2009 van 2 april 2009, slaat het Grondwettelijk Hof nu een andere weg in. In dit arrest oordeelde het Hof concreet over de vraag of het niet mee opnemen van de grond "syndicale overtuiging" een schending uitmaakte van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.[579]

Uit de parlementaire voorbereiding zou men kunnen afleiden dat van een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel geen sprake kan zijn, daar de syndicale overtuiging als discriminatiegrond reeds beschermd is door andere wetgevende bepalingen, waardoor het niet noodzakelijk was hiervoor een specifieke discriminatiegrond in de nieuwe anti-discriminatiewetgeving op te nemen.[580] Volgens het Grondwettelijk Hof bevatten geen van deze bepalingen echter de maatregelen waarmee de wetgever de effectiviteit van de nieuwe anti-discriminatiewetgeving heeft willen waarborgen en is er dan ook sprake van discriminatie in de zin van de Grondwet.[581] Op grond hiervan spreekt het Hof de *gedeeltelijke vernietiging* uit van de in de Algemene Wet opgenomen lijst van gronden,[582] "*doch alleen in zoverre zij onder de daarin vermelde discriminatiegronden niet de syndicale overtuiging beogen".*[583]

196. **Gedeeltelijke vernietiging van de gesloten lijst door het Grondwettelijk Hof. Betekenis.** Deze gedeeltelijke vernietiging die het Hof uitspreekt ten opzichte van het ontbreken van de grond syndicale overtuiging, houdt in feite in dat het Hof zichzelf de mogelijkheid toekent om aan aan de lijst van discriminatiegronden als het ware een grond "*toe te voegen"* aan de reeds bestaande "gesloten" lijst.[584] Zodoende kunnen slachtoffers van discriminatie op grond van syndicale overtuiging, in afwachting van een wetgevend optreden, reeds op basis van de uitspraak van het Grondwettelijk Hof genieten van de beschermingsmiddelen uit de nieuwe anti-discriminatiewetgeving. Niet alleen heeft het Hof dus voor de niet-expliciet opgenomen discriminatiegronden een bevestiging gegeven van hun beschermingswaardigheid via het systeem van indirecte horizontale derdenwerking van het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast erkent het Hof hiermee de mogelijkheid om via een prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof, te testen of bepaalde discriminatiegronden via een gedeeltelijke vernietiging onder het toepassingsgebied van de nieuwe anti-discriminatiewetgeving kunnen worden geplaatst.[585]

---

[578] Zie Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.15. Voor een bespreking, cf. *supra* nr. 155.

[579] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. A.8.1.

[580] Zie Verslag Libert, 47-49, met verwijzing naar artikel 2, §4 van de Wet van 19 maart 1991 (discriminatieverbod met betrekking tot personeelsafgevaardigden) en CAO nr. 38 (discriminatieverbod met betrekking tot lidmaatschap van lidmaatschap van een vakbond.

[581] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.15.

[582] Opgenomen in artikel 3 en artikel 4, 4° van de Algemene Wet.

[583] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.16.

[584] D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 25.

[585] Vermeld moet worden dat er inmiddels, naar aanleiding van het bewust arrest van het Grondwettelijk Hof, een wetsvoorstel voorligt (vaan senator MAHOUX) dat de grond syndicale overtuiging mee als beschermingsgrond wil

Zoals DE PRINS en VRIELINK terecht opmerken, is de toevoeging van de grond "syndicale overtuiging", inderdaad geen eenmalig incident dat zich nooit kan herhalen.[586] Het Hof heeft zelfs de voorwaarden aangegeven waaronder een nieuwe discriminatiegrond kan profiteren van hetgeen zij een grondwettelijke "*openingsclausule"* noemen.[587]

197. **Voorwaarden voor toevoeging van bijkomende gronden.** Als verantwoording voor het openen van de lijst voor de grond syndicale overtuiging verwees het Grondwettelijk Hof naar de Voorbereidende werken van de Algemene anti-discriminatiewet. In het bijzonder verwijst het Hof naar de overwegingen waar de wetgever stelt dat hij een "gesloten" lijst van discriminatiegronden vermocht aan te nemen, op voorwaarde dat "*geen enkel 'belangrijk criterium'* [wordt] *weggelaten. Een 'belangrijk criterium' stemt* […] *overeen met de uitdrukkelijke vermelding in een instrument voor de bescherming van de Mensenrechten*".[588] Deze *vermelding* kan letterlijk worden genomen, daar de grond syndicale overtuiging niet als dusdanig voorkomt in internationale mensenrechtenverdragen zoals het BUPO-verdrag[589] of het EVRM[590]. Enkel wordt verwezen naar de bepalingen inzake de vrijheid van (vak)vereniging.[591] Verder oordeelt het Hof dat "*uit de parlementaire voorbereiding niet blijkt dat de wetgever zou hebben geoordeeld dat de discriminaties op grond van syndicale overtuiging minder ernstig waren dan de andere discriminaties die hij wilde bestrijden, of dat die discriminaties niet eveneens dienden te worden bestreden*."[592] Tenslotte weerlegde het Hof nog de in de parlementaire voorbereiding gevoerde verantwoording dat slachtoffers van discriminatie op basis van hun syndicale overtuiging reeds beschermd waren door andere wetgevende bepalingen.

Uit deze motivering kan worden afgeleid dat het Grondwettelijk Hof in de toekomst bereid zou kunnen zijn om andere discriminatiegronden "toe te voegen" aan de in de Anti-discriminatiewetgeving opgenomen lijst onder de volgende voorwaarden:[593]

- het criterium dient uitdrukkelijk te zijn "vermeld" in een internationaal mensenrechteninstrument;

---

opnemen in de Algemene Wet. Zie Wetsvoorstel tot aanvulling van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Senaat 2008-2009, nr. 4-1404/1.

[586] J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 594; D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 25.

[587] Ibidem.

[588] Zie Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.4., met verwijzing naar Memorie van Toelichting, *Parl. St.,* Kamer, 2006-2007, nr. 2722/1, 16-17.

[589] Internationaal verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna het "BUPO-verdrag").

[590] Europees Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna het "EVRM").

[591] J. VRIELINK EN D. DE PRINS, *l.c.*, 595.

[592] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.7.

[593] vgl. J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 594-595; D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 25-26.

- het moet (op basis van de door de wetgever gebruikte motivering om gronden mee op te nemen) worden beschouwd als een even beschermenswaardige discriminatiegrond dan de reeds opgenomen gronden;
- en er dient geen andere wetgevende bepaling te bestaan waaronder de nieuwe discriminatiegrond reeds even goed beschermd wordt.[594]

Het is nog onduidelijk of telkens cumulatief aan al deze voorwaarden zal moeten voldaan zijn.

C. Belang voor verzekeringsrelaties: potentieel toe te voegen gronden

198. **Mogelijke andere mee op te nemen discriminatiegronden.** Als mogelijke kanshebbers voor toevoeging aan de Belgische gesloten lijst van discriminatiegronden worden in de literatuur reeds de gronden opgesomd die wel in internationale verdragen zijn opgenomen, maar niet voorkomen in de Belgische anti-discriminatiewetgeving. DE PRINS en VRIELINK verwijzen daarbij naar de gronden maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid[595], status en eigendom, zoals die voorkomen in het EVRM en het BUPO-verdrag.[596] Deze auteurs herinneren eraan dat de vermelding in een internationaal mensenrechteninstrument op grond van de bewoordingen in arrest 2009/64 van het Grondwettelijk Hof, niet dient te zijn gematerialiseerd in de vorm van een discriminatiegrond bepaald in gelijkebehandelingsclausules uit deze verdragen. Ook aan de in deze verdragen opgenomen sociale, economische en culturele rechten zouden in die zin discriminatiegronden kunnen worden onttrokken. Daarbij kan volgen hen (onder andere) worden gedacht aan het criterium *gewezen gezondheidstoestand*.[597]

199. **Criterium "gewezen gezondheidstoestand".** Het criterium gewezen gezondheidstoestand ontbreekt als dusdanig in de lijst van discriminatiegronden uit de Belgische anti-discriminatiewetgeving, doordat deze enkel verwijst naar de "huidige en toekomstige gezondheidstoestand." Het is wel zo dat in de Algemene anti-discriminatiewet de grond "*fysieke of genetische eigenschap*" mee is opgenomen in de beschermde lijst, maar het blijft voorlopig onduidelijk hoe eng of hoe breed het concept fysieke eigenschap kan worden geïnterpreteerd. Het blijft daarom nuttig om na te gaan of de grond *gewezen gezondheidstoestand* niet zou kunnen worden "toegevoegd" aan de betrokken lijst. De wetenschap of de factor "gewezen gezondheidstoestand" al dan niet een beschermde discriminatiegrond uitmaakt, is voor verzekeringsrelaties van groot belang. Zo is het een algemeen verspreide praktijk om in hospitalisatieverzekeringspolissen, de terugbetaling van kosten uit te sluiten die zijn gelieerd aan de vooraf-

[594] Deze laatste voorwaarde zal volgens DE PRINS en VRIELINK geen grote hinderpaal vormen voor het aannemen van bijkomende gronden, daar alleen de anti-discriminatiewetgeving van 2007 maatregelen bevat die een dusdanig beschermingsniveau bewerkstelligen. Zie D. DE PRINS en J. VRIELINK, *l.c.*, 595.

[595] Wat betreft het criterium nationale minderheid, dient wel te worden opgemerkt dat het laten fungeren van een dergelijk criterium als een volwaardige discriminatiegrond, volgens de Minister zou leiden tot een "onbevredigend juridisch vergelijk", nu het criterium aan de hand van te veel verschillende kwalificaties (taalkundige, etnische en religieuze aspecten) moet worden beoordeeld. Zie Verslag Libert, 16-17.

[596] J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 594-596.

[597] *Ibidem*, 596-597.

bestaande toestand.[598] De mogelijkheid hiertoe wordt zelfs bevestigd door de W.LVO.[599] Het komt eveneens voor dat personen die genezen werden verklaard van een bepaalde ziekte, alsnog een verzekering wordt geweigerd omwille van het vroegere ziektebeeld.[600] De verzekerde die vreest dat de discriminatiegronden handicap of huidige en toekomstige gezondheidstoestand uit de Algemene Anti-discriminatiewet niet volstaan om een discriminatievordering in te stellen, zou kunnen overwegen een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Daarin kan het Hof worden gevraagd te oordelen omtrent de grondwettigheid van het weglaten van de discriminatiegrond "gewezen gezondheidstoestand" uit de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007. Indien het Grondwettelijk Hof zou oordelen dat het weglaten van deze discriminatiegrond in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zal dit tot het gevolg hebben dat de rechter het beroep op de beschermingsmechanismen uit de Algemene anti-discriminatiewet zal moeten toelaten.

200. **Levensstijl- en woonplaatscriterium.** In verzekeringsrelaties bestaan er nog andere differentiatiegronden die in de acceptatie, de premiezetting of het bepalen van contractuele voorwaarden een invloed kunnen hebben en die niet zijn opgenomen in de lijst van beschermingsgronden. Daarbij kan concreet worden gedacht aan het criterium levensstijl of het woonplaatscriterium.

Het criterium levensstijl zou door de verzekeraar nuttig kunnen worden aangewend als acceptatie -of differentiatiecriterium in levensverzekering of aanvullende ziekteverzekering. Op basis van wetenschappelijke studies wordt immers beweerd dat een groot stuk van de ziektekosten of sterfgevallen zou worden veroorzaakt door ongezond gedrag, zoals roken, te veel drinken, vet eten en weinig bewegen.[601] Om die reden pleit de Nederlandse Raad voor de Volksgezondheid zelfs in de verplichte ziektekostenverzekering (de zgn. "zorgverzekering"), voor het verlagen van de premies voor mensen

---

[598] Zie OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, Zakboekje 2007, http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2007.pdf., 74; OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, Jaarverslag 2003, http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2003.pdf, 45. Volgens de Ombudsman, weigerden verzekeringsmaatschappijen zelfs terugbetaling in geval de verzekerde bij het aangaan van de overeenkomst geen weet had van deze voorafbestaande toestand. Door de wetswijziging van 20 juli 2007 (Wet tot wijziging, wat de private ziekteverzekeringsovereenkomsten betreft, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, B.S. 10 augustus 2007, hierna "Wet Verwilghen") van de W.LVO, werd deze praktijk alvast verhinderd door de invoering van een nieuw artikel 138bis-5. In het tweede lid van dit artikel wordt namelijk bepaald dat de verzekeraar zich niet kan beroepen op een onopzettelijk verzwijgen of onopzettelijk onjuist mededelen van gegevens, "wanneer deze gegevens betrekking hebben op een ziekte of aandoening die zich op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst nog op geen enkele wijze had gemanifesteerd." Ook uit artikel 5 W.LVO volgt dat de verzekeringnemer enkel kan gehouden zijn de gegevens mee te delen die hem bij het sluiten van de overeenkomst bekend waren. Zie hierover o.m. H. COUSY, "Over de uitsluiting van de voorafbestaande toestand in de persoonsverzekering", Revue du Droit Commercial Belge 1997, 699-700.

[599] Het door de Wet Verwilghen ingevoerde Artikel 138*bis*-6 bepaalt met betrekking tot de ziekteverzekeringsovereenkomsten dat vanaf 1 juli 2007 tot en met 30 juni 2011, elke kandidaathoofdverzekerde die chronisch ziek of gehandicapt is en de leeftijd van vijfenzestig jaar niet heeft bereikt, recht op een ziektekostenverzekering, met dien verstande dat de kosten, die verband houden met de ziekte of de handicap welke bestaat op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, onverminderd artikel 138*bis*-5 van de dekking mogen worden uitgesloten.

[600] Zie Voorstel van resolutie betreffende een verzekerbaarheid van chronische ziekten en gehandicapten, Verslag namens de commissie voor de Financiën en voor de economische aangelegenheden uitgebracht door de Heer Collas, *Parl. St.* Senaat 2005-2006, nr. 1278/3, 2.

[601] Zie bv. http://www.rtl.nl/%28/actueel/rtlnieuws/binnenland/%29/components/actueel/rtlnieuws/2010/01_ januari/29/binnenland/lage-zorgpremie-bij-gezond-leven.xml.

die "gezond leven".[602] Indien levensstijl een beschermde discriminatiegrond zou uitmaken, zou de verzekeraar er echter principieel geen gebruik van kunnen maken. Toch is het niet zeker of het criterium levensstijl kan voldoen aan de hierboven geschetste voorwaarden. Levensstijl is geen criterium dat voorkomt in internationale mensenrechtenverdragen en betreft wellicht evenmin een eigenschap met een "even beschermenswaardig karakter dan de andere criteria". Bij de keuze van de te beschermen criteria in de anti-discriminatiewet van 2003, (die integraal werden overgenomen in de Wetten van 10 mei 2007) bleek de wetgever zich immers nogal sterk te hebben laten leiden door de gedachte dat de opgenomen gronden kenmerken betreffen "*die mensen te beurt vallen en die zij niet of niet helemaal onder controle hebben*".[603] Alhoewel in sommige gevallen van alcohol-, nicotine- of andere drugverslavingen kan worden geargumenteerd dat men geen controle heeft over "levensstijl",[604] blijkt in het algemeen toch een duidelijk verschil met andere discriminatiegronden zoals leeftijd of geslacht.[605]

Meer kans om met succes te kunnen worden toegevoegd als beschermde discriminatiegrond maakt het "woonplaatscriterium". Het betreft hier een criterium dat door de verzekeraar courant wordt gebruikt in in hospitalisatieverzekeringen[606] en motorrijtuigenverzekering[607]. Woonplaats vormt in zeke-

---

[602] Zie de discussienota uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, "Zorg voor je gezondheid! Gedrag en gezondheid: de nieuwe ordening", *http://www.rvz.net/data/download/Advies_NO.pdf*, 33;

Zie *https://www.roc-nijmegen.nl/vavo/vwo/nederlands/docs/docmatse.doc;*

http://www.rtl.nl/%28/actueel/rtlnieuws/binnenland/%29/components/actueel/rtlnieuws/2010/01_januari/29/binnenland/lage-zorgpremie-bij-gezond-leven.xml.

[603] *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/1, 2.

[604] Zie voor de mogelijkheid om verslavingen te categoriseren als een "handicap" of "fysieke" of "genetische" eigenschap op grond waarvan niet mag worden gediscrimineerd, *infra* nr. 354.

[605] Hierbij kan nog worden opgemerkt dat het levensstijlcriterium voor de verzekeraar geen eenvoudig hanteerbare risico-factor vormt, wegens de moeilijke controleerbaarheid ervan. Zie in dit verband ook de reactie van de Nederlandse zorverzekeraars op het voorstel van de Nederlandse Raad voor de Volksgezondheid om de premies afhankelijk te maken van een gezonde levensstijl. Zie *https://www.roc-nijmegen.nl/vavo/vwo/nederlands/docs/docmatse.doc;*
http://www.rtl.nl/%28/actueel/rtlnieuws/binnenland/%29/components/actueel/rtlnieuws/2010/01_januari/29/binnenland/lage-zorgpremie-bij-gezond-leven.xml.

[606] Zie bv. de verhoogde premies die door hospitalisatieverzekeraars worden aangerekend voor personen die woonachtig zijn in de Regio Brussel. Zie N. WYNANTS, "Vergelijkende studie van de hospitalisatieverzekering", *http://doks2.khk.be/eindwerk/do/files/FiSe413ebf1701d3db730101fc914e400b11/thesis2005477.pdf;jsessionid=10751A547719C92A52F59E6D467C430B?recordId=SKHK413ebf1701d3db730101fc914e400b10*, 20. Zowel in 1996 als in 2001, dus voorafgaand aan het bestaan van algemeen toepasselijke anti-discriminatiewetgeving, werden op grond van de WHPC reeds procedures aangespannen tegen de bijpremies die werden aangerekend aan personen die woonachtig waren in "Brussel". (Zie Vz. Kh. Brussel 8 maart 1996, *D.C.C.R.* 1996, 342, noot J. STUYCK; Brussel 18 september 2001, *T.B.H.* 2003, afl. 8, 675.) De bijpremies in kwestie werden door de verzekeraar verantwoord door de explosieve stijging van de kosten van hospitalisatie in de ziekenhuizen in Brussel en omgeving. Uit het groeiende verschil in ziektekosten tussen het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de rest van het land kon volgens de rechter echter niet worden afgeleid dat een tarief dat géén rekening hield met woonplaats, verliezen zou meebrengen of de veiligheid van de desbetreffende verzekeringsoperaties in het gedrang zou brengen. De veroordelingen die de hospitalisatieverzekeraar opliep werden weliswaar niet gebaseerd op de onrechtmatigheid van de segmentering zélf. Zij hadden wel betrekking op de onrechtmatigheid van het beding in de hospitalisatieverzekering, waarin de verzekeraar zich het recht had voorbehouden haar tarief eenzijdig te verhogen. Dit betrof een schending van artikel 32.2 van de WHPC. (artikel 74, 2° van de nieuwe Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *B.S.* 12 april 2010). Zie ook C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en*

re zin een veel minder controleerbare factor dan het criterium levensstijl, omdat de keuze voor een woonplaats vaak afhankelijk is van duidelijk te identificeren niet-controleerbare oorzaken zoals de plaats waar bv. vrienden en familie wonen en/of de plaats waar men tewerkgesteld is. Het beschermenswaardig karakter van het woonplaatscriterium lijkt daarom aannemelijk. Bovendien wordt discriminatie op grond van woonplaats in de rechtspraak van het Hof van Justitie (weliswaar in grensoverschrijdende situaties) systematisch gelijkgesteld met discriminatie op grond van nationaliteit.[608] Het is dan ook niet uitgesloten dat een dergelijk criterium in een afgeleid semi-limitatief beschermingssysteem als het Belgische een plaats zou kunnen vinden.

§ 3. Evolutie naar een gedifferentieerd systeem van rechtvaardiging

201. **Overzicht.** De nieuwe anti-discriminatiewetgeving bevat naast de herinvoering van een limitatieve lijst van discriminatiegronden, nog een tweede opvallende wijziging ten opzichte van de vroegere regeling. Het betreft een inperking van de mogelijkheden tot rechtvaardiging van het onderscheid op grond van de zogenaamde open rechtvaardigingsformule. Deze is niet meer algemeen van toepassing voor alle gevallen van directe discriminatie, maar wordt slechts toegepast indien daarvoor in de artikel 19-Richtlijnen ruimte wordt gelaten. Deze gedifferentieerde toepassing wordt nader besproken onder A.

Naast de gedifferentieerde toepassing van de open rechtvaardigingsformule, wordt eveneens voorzien in een rechtvaardigingsmogelijkheid op basis van het concept redelijke aanpassingen voor gehandicapten (zie B).

Tenslotte wordt nog voorzien in een aantal algemene rechtvaardigingsmogelijkheden. Het gaat om de rechtvaardiging met betrekking tot maatregelen van *positieve actie* en de *zogenaamde vrijwaringsclausule*. Deze worden besproken onder C.

De hieronder volgende bespreking beoogt slechts een conceptuele beschrijving van de voorziene rechtvaardingsmogelijkheden. De inhoudelijke en op verzekeringsrelaties gefocuste bespreking van deze rechtvaardigingsmogelijkheden volgt later in deel II.[609]

A. Gedifferentieerde toepassing van het open rechtvaardigingsmodel

202. **Open én gesloten systeem van rechtvaardiging.** De Anti-discriminatiewet van 2003 bevatte een algemene en open geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid voor direct en indirect onderscheid.

---

assurance, *o.c.*, 66-67: J.-M. BINON, La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen, *T.B.H.* 2010, afl. 1, 56.

[607] Zie voor een onderzoek van verbruikersvereniging Test-aankoop terzake, J.-P. COTEUR, P. DELFORTRIE en R. VANPARYS, "De goedkoopste autoverzekering", *Budget & Recht* januari/februari 2003, afl. 166, 14-15.

[608] Zie bv. H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.* 1974, 153, ov.11; H.v.J. 14 februari 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker*, C-279/93, *Jur.* 1995, I-225, ov. 28-29; H.v.J. 23 januari 1997, *Pastoors en Trans-cap/Belgische Staat*, C-29/95, *Jur*. 1997, I-285, ov.17-18. Zie ook *infra* nr. 366.

[609] Cf. *infra* nrs. 477 e.v.

Onafhankelijk van de discriminatiegrond op basis waarvan discriminatie werd vastgesteld, had de verweerder het recht om aan te tonen dat het door hem gevoerde onderscheid "objectief en redelijkerwijze" gerechtvaardigd was.[610] Dit zogenaamde "open systeem" van rechtvaardiging laat de beslissing of een onderscheid al dan niet verantwoordbaar is, volledig over aan het oordeel van de rechter.[611] De Anti-discriminatiewet van 2003 moest op dit vlak echter worden gewijzigd, wegens strijdigheid met de definities van directe discriminatie in de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn arbeid, evenals de Genderrichtlijn.[612] Deze definities leggen een "gesloten" systeem van rechtvaardiging[613] op inzake directe discriminatie.[614] Directe discriminatie kan in beginsel niet op grond van een objectieve en redelijke rechtvaardiging worden toegelaten. Nu de anti-discriminatiewet van 2003 op dit vlak niet volledig conform de artikel 19-Richtlijnen was opgesteld, drong een aanpassing zich op. De wetgever heeft de situatie rechtgetrokken door de invoering van een "gesloten" systeem van rechtvaardiging telkens wanneer, en voor zover de Europese Richtlijnen dit vereisen.[615] Voor de andere discriminatiegronden (de zogenaamde "restgronden")[616], alsook voor wat betreft andere domeinen die buiten het toepassingsgebied vallen van de secundaire Uniewetgeving, blijft het principe van een "open" systeem van rechtvaardiging mogelijk.

203. **Overname van de Europese 3-stapstest.** De Rasrichtlijn, Kaderrichtlijn arbeid en de Genderrichtlijn vermelden dat de ongelijke behandeling dient te worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De formulering van deze rechtvaardiging in drie stappen (legitiem doel, passend, noodzakelijk) is geïnspireerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie in het zogenaamde Bilka-arrest, dat het basis-arrest vormt voor de kwalificatie van de criteria waaraan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie moet worden afgemeten.[617] Het driestappenmodel uit de Richtlijnen en de nieuwe anti-discriminatiewetgeving verschilt van de formulering zoals dit tot nu toe werd geformuleerd op basis van de "objectieve en redelijke" rechtvaardigingstoets in de Anti-discriminatiewet van 2003 (legitimiteit, objectiviteit, pertinentie,

---

[610] Zie artikel 2, §§1-2 van de Anti-discriminatiewet van 2003.

[611] Zie reeds *supra* nr. 159.

[612] Zie reeds *supra* nr. 160.

[613] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 5.

[614] Een gesloten systeem van rechtvaardiging houdt in dat onderscheid dat wordt gemaakt op basis van één van de in de wet opgesomde discriminatiegronden verboden is, tenzij daarvoor in de wet een expliciete uitzondering is voorzien. Zie voor het onderscheid tussen een open en een gesloten rechtvaardigingssysteem, reeds *supra* nr. 160. Zie ook *infra* nr. 473.

[615] S. SOTTIAUX, *l.c.*, 234; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 183; Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, afl. 8, 751 en 762; J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 587; D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.* 15-16.

[616] Cf. *supra* nr. 192.

[617] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36.

vergelijkende doetreffendheid, proportionaliteit)[618]. Er wordt echter algemeen aangenomen dat beide rechtvaardigingstoetsen inhoudelijk overeenstemmen.[619]

> Op basis van zogenaamde "minimumvereisten"[620] in de Ras-, Kader, en –Genderrichtlijn kan worden afgeleid dat de beoordelingscriteria die gangbaar waren onder het toetsingsschema van de anti-discriminatiewet van 2003, in ieder geval een plaats moeten krijgen binnen de door de nieuwe anti-discriminatiewetgeving voorgestelde criteria, in de mate dat de criteria van 2003 neerkomen op een *hogere* bescherming. De Richtlijnen bepalen immers op basis van de minimumvereisten dat de uitvoering van de Richtlijn onder geen beding een reden voor de verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie mag betekenen. Indien nu echter omgekeerd zou blijken dat de criteria van de Richtlijn en de Belgische wetgeving van 10 mei 2007 een *hogere* bescherming zouden bieden dan de formulering van de anti-discriminatiewet van 2003, moeten deze criteria omwille van de omzettingverplichtingen die rusten op België toch onverkort dienen worden toegepast.[621]

204. **Rechtvaardigingsmogelijkheden m.b.t. leveren van goederen en diensten.** Het in de artikel 19-Richtlijnen geformuleerde driestappenmodel wordt in de wetgeving van 10 mei 2007 woordelijk overgenomen. Voor het leveren van goederen en diensten vindt men de nieuwe open rechtvaardigingsformule terug in het hoofdstuk dat handelt over de rechtvaardiging van direct onderscheid[622] en in het hoofdstuk dat handelt over de rechtvaardiging van indirect onderscheid[623]. In de Genderwet vindt men deze formulering terug in het artikel dat handelt over de rechtvaardiging van direct geslachtsonderscheid dat wordt gemaakt bij het leveren van goederen en diensten die exlusief of essentieel bestemd zijn voor de leden van één geslacht[624] en in het hoofdstuk dat handelt over de rechtvaardiging van indirect geslachtsonderscheid.[625] In de Anti-racismewet kan de open rechtvaardigingsformule worden teruggevonden in het artikel met betrekking tot de rechtvaardiging van rechtreeks onderscheid op basis van nationaliteit[626] en in het hoofdstuk met betrekking tot de rechtvaardiging van indirect onderscheid op basis van nationaliteit, ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming[627]. Dit gedifferentieerde rechtvaardigingssysteem, zal verderop meer diepgaand worden be-

---

[618] Zie reeds *supra* nr. 180.

[619] Zie bv. S. SOTTIAUX, De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 236-241; Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 762.

[620] Zie artikel 6 van de Rasrichtlijn, artikel 8 van de Kaderrichtlijn en artikel 7 van de Genderrichtlijn.

[621] Gezien de Ras- en de Kaderrichtlijn (2000) op het vlak van de rechtvaardiging reeds dezelfde formulering gebruikten als de Richtlijn, diende de anti-discriminatiewet van 2003 op basis van de richtlijnconforme interpretatie trouwens sowieso de minimumbescherming te bieden die door de Ras-en Kaderrichtlijn werd gevraagd.

[622] Zie artikel 7 onder Titel II, Hoofdstuk II van de Algemene Wet.

[623] Zie artikel 9, eerste streepje onder Titel II, Hoofdstuk II van de Algemene Wet.

[624] Zie artikel 9, §1 onder Titel II, Hoofdstuk I van de Genderwet.

[625] Zie artikel 15 onder Titel II, Hoofdstuk II van de Genderwet.

[626] Zie artikel 7, §2, 1° onder Titel II, Hoofdstuk I van de Anti-racismewet. In artikel 7, §2, 2° wordt bepaald dat deze rechtvaardigingsmogelijkheid er niet toe mag leiden dat een direct onderscheid op grond van nationaliteit dat verboden is door het recht van de Europese Unie, wordt gerechtvaardigd.

[627] Zie artikel 9 onder Titel II, Hoofdstuk II van de Anti-racismewet.

sproken, samen met de uiteenzetting van het rechtvaardigingssysteem dat wordt opgelegd door de artikel 19-Richtlijnen.[628]

Onderstaande tabel geeft voor het toepassingsdomein van het leveren van goederen en diensten alvast schematisch weer in welke mate onder de wetgeving van 10 mei 2007 beroep kan worden gedaan op de besproken open rechtvaardigingsformule.

("+" staat voor de mogelijkheid om beroep te doen op de open rechtvaardigingsformule; "–" betekent dat onderscheid principieel niet kan gerechtvaardigd worden.)

Criteria	instrument	direct	indirect
Niet-limitatieve lijst van discriminatiegronden (Arbitragehof 6 oktober 2004)	Anti-discriminatiewet van 2003 (zie ook Anti-racismewet)	+	+
leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst	Algemene anti-discriminatiewet van 2007	+	+
nationaliteit	Anti-racismewet sinds 2007	+ tenzij <> EU-recht[629]	+
zogenaamd ras, huidskeur, afkomst, nationale of etnische afstamming		-	+
Geslacht	Genderwet van 2007	- tenzij voor leden van één geslacht[630]	+
		- tenzij levensverzekering[631]	+
zwangerschap, moederschap		-	-

205. **Rechtvaardigingsmogelijkheden voor verzekeringsrelaties.** Voor verzekeringsrelaties komt de nieuwe regeling globaal gesproken neer op een gedifferentieerd systeem van rechtvaardiging dat afhankelijk is van:

[628] Cf. *infra* nrs. 477 e.v.

[629] Zie artikel 7, §2, 2° van de Anti-racismewet.

[630] Zie artikel 9, §1 van de Genderwet.

[631] Zie artikel 10, §1 van de Genderwet. Zie voor een bespreking, *infra* nr. 498.

- de discriminatiegrond waar het gemaakte onderscheid op is gebaseerd (de specifieke beschermingsgronden van artikel 19 Werkingsverdrag of de "restgronden")
- het domein waarbinnen de feiten zich voordoen (leveren van goederen en diensten of de artikelen van toepassing op arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid[632]).

Concreet betekent dit dat voor bepaalde discriminatiegronden sprake is van een open geformuleerde rechtvaardiginsmogelijkheid voor zowel direct als indirect onderscheid. Dit zijn de domeinen waar België niet afhankelijk is van de bestaande artikel 19-Richtlijnen. Voor andere discriminatiegronden is er enkel een open geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid voor indirect onderscheid.[633] Directe onderscheiden op grond de in artikel 19 E.G Werkingsverdrag beschermde gronden zijn enkel mogelijk binnen de grenzen en voorwaarden die voorzien zijn in de toepasselijke artikel 19-Richtlijnen. Zo koos de Belgische wetgever voor een (door de Genderrichtlijn toegestaan)[634] systeem waarbij premies en uitkeringen in levensverzekeringsovereenkomsten mogen verschillen voor mannen en vrouwen als het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens[635] (zie reeds hoger aangestipt, met betrekking tot de procedure die werd ingeleid bij het Grondwettelijk Hof, wegens vermeende ongrondwettigheid van deze bepaling)[636]. Met betrekking tot het gebruik van geslacht en de leeftijd worden ook in aanvullende regelingen van sociale zekerheid specifieke (en door de Gemeenschapsrichtlijnen toegestane) uitzonderingen voorzien.[637]

Dit gedifferentieerde rechtvaardigingssysteem, zoals dat geldt in toepassing op verzekeringsrelaties, zal later meer diepgaand worden besproken.[638]

B. Rechtvaardiging aan de hand van het concept redelijke aanpassingen.

206. **Exclusieve rechtvaardigingsmogelijkheid voor handicap.** Specifiek voor de rechtvaardiging van onderscheid dat gebaseerd is op handicap, voorziet de Algemene anti-discriminatiewet nog een bij-

---

[632] Zie meerbepaald artikel 12, §2 van de Algemene anti-discriminatiewet en artikel 12, §2 van de Genderwet.

[633] Daargelaten enige uitzonderingen uit de Genderwet, die in bepaalde gevallen zelfs een rechtvaardiging van indirect onderscheid lijken te verbieden. Dit is het geval voor indirect onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering. Artikel 15 van de Genderwet spreekt enkel van een rechtvaardigingsmogelijkheid voor indirect onderscheid op basis van "geslacht". Daar indirect onderscheid op basis van geslacht niet wordt gelijkgesteld met indirect onderscheid op basis van zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering (zoals wel het geval is voor direct onderscheid, zie artikel 4, §§1-2 van de Genderwet), blijkt een rechtvaardiging voor indirect onderscheid op basis van zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering inderdaad niet mogelijk.

[634] Zie de opting-outclausule (artikel 5, lid 2) uit de Genderrichtlijn.

[635] Zie artikel 10, §1 van de Genderwet, zoals gewijzigd door de Wet van 21 december 2007 tot wijziging van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, *B.S.* 31 december 2007.

[636] Cf. *supra* nr. 229.

[637] Zie artikel 12, §2 van de Genderwet en artikel 12, §2 van de Algemene anti-discriminatiewet.

[638] Cf. *infra* nrs. 477 e.v.

komende en parallelle rechtvaardigingsgrond. In het geval van indirect onderscheid op basis van handicap kan worden aangetoond dat het onmogelijk was om zogenaamde "*redelijke aanpassingen*"[639] te treffen. Slaagt men hierin dan is er volgens de Algemene anti-discriminatiewet geen sprake van discriminatie. Verderop wordt toegelicht in welke mate er in dat geval niettemin toch sprake kan zijn van directe of indirecte discriminatie (in de zin van de artikel 19-Richtlijnen en dus ook in de zin van de Belgische anti-discriminatiewetgeving).[640]

C. Algemene rechtvaardigingsmogelijkheden

207. **Positieve actie en vrijwaringsclausule.** Naast de "discriminatiegrond-gebonden" rechtvaardigingsmogelijkheden bevatten de wetten van 10 mei 2007 nog twee additionele, zogenaamde "algemene rechtvaardigingsgronden". Het betreft vooreerst de reeds in de Antidiscriminatiewet van 2003 bestaande bepaling dat een direct of indirect onderscheid nooit aanleiding kan geven tot de vaststelling van discriminatie wanneer dit onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt (1).[641] De tweede betreft de in alle drie de wetten opgenomen "vrijwaringsclausule"[642] die bepaalt dat een onderscheid dat wordt opgelegd door of krachtens een andere wet, niet door de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 in vraag wordt gesteld (2).[643]

1. Positieve actie

208. **Formulering en inhoudelijke voorwaarden.** Maatregelen van positieve actie worden in de Belgische anti-discriminatiewetgeving omschreven als "specifieke maatregelen om de nadelen verband houdende met een van de beschermde criteria te voorkomen of te compenseren, met het oog op het waarborgen van een een volledige gelijkheid in de praktijk". Een verschil met de Anti-discriminatiewet van 2003 is dat voor de definiëring van het concept positieve actie in alle drie de nieuwe wetten aansluiting wordt gezocht met de definities van de Ras, -Kader en -Genderrichtlijn.[644] Nog verschillend met de Anti-discriminatiewet van 2003 is dat de verworvenheden van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof omtrent de interpretatie van het het concept positieve actie mee in de tekst van de nieuwe wetten zijn opgenomen.[645] Zo dienen de maatregelen van tijdelijke aard te zijn, moeten zij ver-

---

[639] Over de verplichting tot het nemen van "redelijke aanpassingen", alsook over de inhoud van het begrip en de redelijkheidsgrens eraan, zie *infra* nr. 710 e.v.

[640] Zie *infra* nr. 723 e.v.

[641] Zie §2 van artikel 10 van de Algemene anti-discriminatiewet en de Anti-racismewet en artikel 16 van de Genderwet.

[642] Zie voor deze terminologie bv. Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 13.

[643] Zie artikel 11 van de Algemene anti-discriminatiewet en de Anti-racismewet en artikel 18 van de Genderwet.

[644] Zie artikel 5 van de Rasrichtlijn, artikel 7 van de Kaderrichtlijn en artikel 6 van de Genderrichtlijn.

[645] Dit naar aanleiding van de opmerkingen die de Raad van State reeds met betrekking tot dit punt had geformuleerd naar aanleiding van de totstandkoming van de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007, Verslag Libert, *l.c.*, 18. Zie ook de voorbereidende werken bij de anti-discriminatiewet van 2003, Verslag voor de Commissie voor Jusitie *Parl .St.* Kamer, 2001-2002, nr. 1578/8, 53 en Advies Raad van State nr. 32;967/2, *Parl. St .* Kamer 2001-2002, nr. 1578/2. Zie ook B. RENAULD, "Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations" in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, 108, Luik, Anthemis - Commission Université-Palais, 2009, 49; M. DE VOS, Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische

dwijnen samen met de kennelijke ongelijkheid tussen de categorieën en mogen zij verder niet leiden tot de onnodige beperking van andermans rechten.[646] Hoewel er in de tekst van de wet niet naar wordt gerefereerd, moet worden aangenomen dat maatregelen van positieve actie eveneens moeten voldoen aan de (voor een stuk gelijklopende) proportionaliteitstoets die terzake werd ontwikkeld door het Hof van Justitie in arbeidsrelaties en die geen automatische en onvoorwaardelijke voorkeursbehandeling toelaat.[647] Tenslotte is het zo dat maatregelen van positieve actie enkel kunnen worden toegestaan op grond van een machtiging door de Koning. Hierbij moet worden benadrukt dat deze voorwaarden als dusdanig enkel gelden voor zover positieve actie ook effectief *discriminatie* inhoudt, in de zin van een onderscheiden behandeling van vergelijkbare gevallen.[648] Zoals verder zal blijken zijn er immers maatregelen van positieve actie, zoals het nemen van redelijke aanpassingen voor gehandicapten, die door de wetgever niet worden gezien als discriminatoir en zelfs gelden als als een wettelijke verplichting.[649] Aan dergelijke maatregelen is weliswaar een redelijkheidstest verbonden maar die spoort niet noodzakelijk gelijk met de hierboven beschreven voorwaarden. Dergelijke maatregelen zijn evenmin afhankelijk van een optreden van de Koning.

2. Vrijwaringsclausule

209. **Onderscheid opgelegd door of krachtens een wet.** De vrijwaringsclausule biedt een antwoord op de reeds ten tijde van de werking van de Anti-discriminatiewet van 2003 gerezen vraag of een onderscheid dat wordt opgelegd door of krachtens een wet nog steeds strijdig kan zijn met het wettelijk verbod op discriminatie.[650] In bepaalde rechtsleer werd hieromtrent de stelling ontwikkeld dat de ongelijke behandeling in dat geval slechts kan worden gecatalogeerd als discriminatoir indien de wet die de ongelijke behandeling toestaat, zelf strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, zoals dat meer bepaald

---

discriminatierecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX, en S. VAN DROOGHENBROECK, (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 327.

[646] Zie telkens §2 van artikel 10 van de Algemene Wet en de Racismewet en artikel 16 van de Genderwet. Zie voor voorbeelden uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof; Arbitragehof 14 juli 1997, nr. 42/97, *B.S.* 3 september 1997, ov. B.20; Arbitragehof 27 januari 1994, nr. 9/94, *B.S.* 23 maart 1994, ov. B.6.2; Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.79.

[647] Zie M. DE VOS, "Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht", *l.c.*, 303, 317, 322, 328 en 336. Zie o.m. H.v.J. 30 september 2004, *Brihechel Ministre de l'Intérieur e.a.*, C-319/03, *Jur.* 2004, I-8807, ov. 23-24; H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Jur.* 2002, I-2891, ov. 39; H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck*, C-158/97, *Jur.* 2000, I-1875, ov. 23; H.v.J. 6 juli 2000, *Abrahamsson en Anderson/Fogelqvist*, C-407/98, *Jur.* 2000, I-5539, ov. 55-56; H.v.J. 11 november 1997, *Marschall/Land Nodrhein Westfalen*, C-409/95, *Jur.* 1997, I-6363, ov. 32; H.v.J 17 oktober 1995, *Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, *Jur.* 1995, I-3051, ov. 21-22.

[648] M. DE VOS, "Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht", *l.c.*, 324.

[649] *Ibidem*, 321. DE VOS merkt op dat ook het verbod van indirecte discriminatie kan worden gezien als een impliciete plicht tot positieve actie. Zie p. 305. Zie voor het onderscheid tussen de verplichting tot redelijke aanpassingen en het verbod van positieve discriminatie (als de meest verregaande vorm van positieve actie), *infra* nrs. 705-709.

[650] Zie in dit verband bv. C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie en verzekering", *l.c.*, 281; K. BERNAUW, *l.c.*, 296.

is vastgelegd in artikel 10 en 11 van de Grondwet, de internationale mensenrechtenverdragen[651] en het recht van de Unie.[652]

De nieuwe anti-discriminatiewetgeving lijkt deze stelling te hebben overgenomen. Getuige hiervan dus de vrijwaringsclausule. Deze stelt dat onderscheid op grond van de beschermde discriminatiegronden (zowel direct als indirect) nooit aanleiding geeft tot de vaststelling van discriminatie wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet.[653] Hierbij wordt dan in §2 van de bepalingen van de vrijwaringsclausule de belangrijke toevoeging gedaan dat §1 van deze bepalingen geen uitspraak doet over de conformiteit van het door of krachtens die wet opgelegde onderscheid met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationaal recht.

> In de parlementaire voorbereiding wordt hieromtrent verduidelijkt dat met deze bepalingen aan de ene kant de rechtsonzekerheid wordt vermeden die zou ontstaan wanneer iedere gerechtelijke instantie ervan uitgaat dat zij de verenigbaarheid kan onderzoeken van andere wetgevende bepalingen met de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007.[654] Anderzijds wordt bepaald dat het evident is dat de rechter zal moeten blijven weigeren een wet toe te passen die een onderscheid in behandeling oplegt dat indruist tegen het internationaal recht inzake mensenrechten of het primaire of afgeleide gemeenschapsrecht (of hieromtrent een prejudiciële vraag kan stellen aan het Grondwettelijk Hof).[655] Een beroep op de rechter in geval van strijdigheid met hogere rechtsnormen blijft dus steeds mogelijk.[656] De Belgische regelgeving kan enkel verplichten tot onderscheiden die niet strijdig zijn met deze normen.

Op het vlak van verzekeringsrelaties kan worden verwezen naar de Belgische controlewetgeving en de W.LVO die, zoals nog zal blijken, voor de verzekeraar een impliciete verplichting inhouden om een segmentatiebeleid te voeren en het gebruik van sommige discriminatiegronden (impliciet of expliciet) erkennen.[657] Deze wetgeving kan echter in geen enkel geval worden geïnterpreteerd als een mogelijkheid om te differentiëren op grond van discriminatiegronden die door de (Europese) anti-

---

[651] Artikel 14 van het EVRM en artikel 26 van het BUPO-Verdrag.

[652] J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", in B. DUBUISSON en P. JADOUL (eds.), *Du neuf en assurance automobile*, Luik, Louvain-la-Neuve, 2004, 84-85; L. KERZMANN, "Le droit des assurance a l'épreuve de la Loi Antidiscrimination" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 1, Brugge, Die Keure, 2006, 96.

[653] Zie artikel 11 van de Algemene Wet, artikel 18 van de Genderwet en artikel 11 van de Anti-racismewet; hierna "de bepalingen van de vrijwaringsclausule". Zie ook B. RENAULD, *l.c.*, 44.

[654] Zie Verslag Libert, *l.c.*, 19.

[655] Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 24; Verslag Libert, *l.c.*, 19.

[656] Zie ook L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 166.

[657] Zie bv. artikel 12 van het K.B. 22 februari 1991 houdende het algemeen controlereglement. Zie ook artikel 24, §1 van het K.B. van 14 november 2003 betreffende de levensverzekeringsactiviteit, *B.S.* 15 november 2003, waar wordt bepaald dat de voor de tarifering van levensverzekeringsproducten gebruikte technische grondslagen zodanig dienen te worden opgesteld dat de premies volstaan om de opeisbare prestaties, de aangroei van de theoretische afkoopwaarden en de kosten te dekken, rekening houdend met de opbrengst van de dekkingswaarden en van de kapitalisatie van deze opbrengst. Zie bv. ook artikel 24, §5-6 van het K.B.-Leven inzake het gebruik van minimum sterftetafels. Zie bv. ook artikel 138*bis*-5 van de W.LVO. Voor een verdere bespreking, zie *infra* nr. 839 e.v.

discriminatiewetgeving worden beschermd.[658] Zoals verder zal blijken kunnen dergelijke wetgevende normen wel worden aangewend in de formulering van de legitieme doelstellingen die door het differentiatiebeleid van de verzekeraar worden nagestreefd.[659]

§ 4. Afdwingbaarheid

210. **Doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties.** In de tekst van de Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Genderrichtlijn[660] wordt telkens bepaald dat de lidstaten "*doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties*" moeten vastleggen voor het geval er inbreuk wordt gemaakt op de bepalingen die de omzetting van de Richtijn vormen. Deze uitdrukking, die gebaseerd is op de klassieke terminologie zoals die wordt toegepast in de rechtspraak van het Hof van Justitie,[661] geeft de lidstaten een relatief grote vrijheid met betrekking tot de keuze van de sancties. De Belgische wetgever heeft dan ook een vrij divers kader gecreëerd, dat, in lijn met de Anti-discriminatiewet van 2003, aan de ene kant een relatieve matiging inzake strafrechtelijke sancties aanhoudt (A) en aan de andere kant vooral de nadruk legt op burgerrechtelijke sancties (B).

211. **Opzet van deze paragraaf.** Het is niet de bedoeling om in het kader van deze bespreking tot een volledige analyse te komen van het in de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 besproken afdwingingsmechanismen. Het opzet van dit proefschrift is veeleer te komen tot een inhoudelijke bespreking van deze wetgeving, met het oog op een analyse van de materiële bewijs- en verweermiddelen die er op het domein van verzekeringsrelaties van kunnen worden afgeleid. De hiernavolgende bespreking van het straf- en burgerrechtelijk sanctie-apparaat is dan ook eerder beschrijvend van aard en is bedoeld als overzicht van de beschikbare mechanismen.

In de hierbijgaande bespreking wordt enkel gefocust op die nieuwe regelgeving die het beschermingsniveau, in vergelijking met de Anti-discriminatiewet van 2003, verhogen. Voor het overige blijft hetgeen hierboven werd gezegd met betrekking tot de burgerrechtelijke en strafrechtelijke afdwingbaarheid van de Anti-discriminatiewet van 2003[662] onverkort gelden onder de wetgeving van 10 mei 2007.[663]

---

[658] Zie in dezelfde zin ook L. SOMMERIJNS die een restrictieve interpretatie van de vrijwaringsclausule voorstaat. Zij kan enkel worden ingeroepen wanneer een Belgische wet onderscheiden "oplegt". Onderscheiden die men kan "verdedigen op grond van een wet" of onderscheiden die niet verboden zijn door een wet, of zelfs toegelaten zijn, zonder te zijn opgelegd, vallen niet onder de beschermingsclausule. L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 165.

[659] Cf. *infra* nr. 839 e.v.

[660] Zie artikel 15 van de Rasrichtijn, artikel 17 van de Kaderrichtlijn en artikel 14 van de Genderrichtlijn.

[661] Zie bv. H.v.J. 21 september 1989, *Commissie/Griekenland*, 68/88, *Jur.* 1989, 2965, ov. 24; H.v.J. 8 juli 1999, *Strafzaken tegen Maria Amélia Nunes en Evangelina de Matos*, C-186/98, *Jur.* 1999, I-4883, ov. 10.

[662] Cf. *supra* nr. 162 e.v.

[663] Op grond van artikel 6 van de Rasrichtlijn, artikel 8 van de Kaderrichtlijn en artikel 7 van de Genderrichtlijn inzake minimumvereisten kan worden afgeleid dat het beschermingsniveau dat gangbaar was op basis van de afdwingbaarheid van de anti-discriminatiewet van 2003, in ieder geval moet worden aangehouden onder de anti-

A. Strafrechtelijke sancties

212. **Behoud en toevoeging.** Wat betreft de strafrechtelijke sanctionering in de nieuwe Belgische anti-discriminatiewetgeving wordt net zoals in de antidiscriminatiewet van 2003 enkel het aanzetten tot discriminatie en het discriminerende gedrag van openbare ambtenaren strafbaar gesteld en bestaat de mogelijkheid om voor bepaalde inbreuken de minimumstraf op te trekken wanneer het motief van de inbreuk discriminerend is (zgn. "verwerpelijke motieven").[664] Toegevoegd is wel het zogenaamde *contempt of court*-misdrijf in verband met het niet naleven van het stakingsbevel.[665]

B. Burgerrechtelijke sancties

213. **Overzicht.** In het algemeen kan worden gesteld dat de wetten van 10 mei 2007 op burgerrechtelijk vlak een in efficiëntie toegenomen handhavingskader hebben ingevoerd, in vergelijking met de daarvoor geldende Belgische wettelijke instrumenten ter bestrijding van discriminatie. Wat betreft de burgerrechtelijke sanctionering worden enkele rechtsmiddelen geëxpliciteerd die reeds bestonden onder de Anti-discriminatiewet van 2003. Het betreft meer bepaald de nietigheid van bedingen (1) en de vordering tot staking (2). Van groot belang is de invoering van twee nieuwe burgerrechtelijke sancties, zijnde de forfaitaire schadevergoeding (3) en een beschermingsvoorziening tegen represailles (4).

1. Nietigheid van bedingen

214. **Karakter van de nietigheid.** Allereerst kennen de nieuwe anti-discriminatiewetten een bepaling die de nietigheid bepaalt van met deze wetgeving strijdige bepalingen en van clausules waarin wordt afgezien van de bescherming van de betrokken wetten.[666] Volgens de voorbereidende werken gaat het om een "*expliciete gedeeltelijke imperatieve nietigheid*".[667] Dit houdt in dat wanneer via het beding een bepaald voordeel wordt toegekend aan bevoordeelde groepen, ten nadele van een achtergestelde groep, en in de mate dat dit gemaakte onderscheid discriminatoir is, de achtergestelde groep aanspraak kan maken op het voordeel van de bevoordeelde groep.[668] Net zoals dat bij de anti-discriminatiewet van 2003 het geval was, kan worden aangenomen dat de nietigheid retro-actief kan werken (*ex tunc*).[669] Hierbij kan aan de verworven rechten van de bevoordeelde partij in beginsel wel niet meer geraakt worden.[670] Een nietigverklaring van een contractuele bepaling op grond waarvan

---

discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 (in de mate dat de Anti-discriminatiewet van 2003 een *hogere* bescherming zou bieden).

[664] Zie titel IV van de Algemene wet, de Genderwet en de Anti-racismewet.

[665] Zie *infra* nr. 216.

[666] Zie artikel 15 van de Algemene Wet, artikel 20 van de Genderwet en artikel 13 van de Anti-racismewet.

[667] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 54.

[668] Ibidem.

[669] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 537.

[670] J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, "Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 342, met verwijzing naar Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr.

leden van een bepaald geslacht of personen van een bepaalde leeftijd bv. een hogere uitkering zouden hebben gekregen kan niet tot gevolg hebben dat deze personen plots een lagere uitkering zouden ontvangen of een terugbetaling zouden moeten doen.[671]

Net zoals in de Antidiscriminatiewet van 2003 gaat het in de wetgeving van 2007 om een *partiële* (gedeeltelijke) nietigheid waarbij de nietigheid zich beperkt tot het betrokken contractsbeding, op voorwaarde dat het nietige beding of gedeelte van het beding geen onverbreekbaar geheel vormt met de rest van de overeenkomst en de economie van de overeenkomst niet aantast.[672] Deze nietigheid van het discriminatoire beding zal er voor de klagende partij in verzekeringsovereenkomsten toe leiden dat hem/haar bepaalde voordelen kunnen worden toegekend (zoals een lagere premie of een (hogere) uitkering), die door middel van de geldende polisvoorwaarden (overwegend) aan de leden van bv. het andere geslacht worden toegekend.[673] Omdat de (nieuwe) anti-discriminatiewetgeving de vertaling is van een grondrecht, spreken de voorbereidende werken bovendien van een *absolute* nietigheid.[674]

215. **Bevoegdheid voor de rechter ten gronde.** Overeenkomstig het gemene recht, dient de nietigheid te worden uitgesproken door de rechter. Deze bevoegdheid komt echter niet toe aan de stakingsrechter, maar wel aan de rechter ten gronde, zoals dat reeds onder gelding van de Antidiscriminatiewet van 2003 het geval was.[675]

2. Vordering tot staking

216. **Verhoogde toepassingsmogelijkheden**. Net zoals de Anti-discriminatiewet van 2003, voorziet de nieuwe anti-discriminatiewetgeving in een vordering tot staking waarbij de procedure wordt gevoerd zoals in kortgeding.[676] Op enkele punten valt er echter een vernieuwing te noteren, die toelaat de

---

2721/001, 56, waarin wordt verwezen naar Cass. 17 januari 1994, *Pas*. 1994, I, 50; zie ook reeds met betrekking tot de Anti-discriminatiewet van 2003, C. BAYART, *o.c.*, 357; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 537.

[671] Zie reeds Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 767. Zie voor een gelijkaardig voorbeeld met betrekking tot gelijke beloning in arbeidsrelaties, J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, *l.c.*, 345.

[672] J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, *l.c.*, 342; Zie ook reeds *supra* nr. 170, met verwijzing naar A. VAN OEVELEN, van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *l.c.*, 1093; A. DE BOECK, *l.c.*, 436; F. VAN REMOORTEL, *l.c.*, 510-513; I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 10; N. VAN LEUVEN, *o.c.*,120.

[673] Zie vergelijkbaar, J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, *l.c.*, 346-348, die voldoende indicaties vinden die leiden tot de conclusie dat de nietigheid leidt tot een "*nivellement par le haut*".

[674] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 54. Zie ook J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, *l.c.*, 336. Tot die conclusie kwam men ook reeds met betrekking tot de nietigheidssanctie van de anti-discriminatiewet van 2003. Zie hiervoor P. TAELMAN, *l.c.*, 204. Zie ook *supra* nr. 170.

[675] Zie ook *supra* nr. 170, met verwijzing naar D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.,* 542; P. TAELMAN, *l.c.*, 508. Zie ook Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot, waarbij de Voorzitter zich onbevoegd verklaarde om de gewraakte bedingen nietig te verklaren.

[676] Zie telkens §4 van artikel 20 van de Algemene Wet, artikel 25 van de Genderwet en artikel 18 van de Anti-racismewet. (hierna "de bepalingen inzake de vordering tot staking")

stakingsvordering, in vergelijking met de Anti-discriminatiewet van 2003, makkelijker toe te passen.Zo kan onder de nieuwe wetgeving het openbaar ministerie (of afhankelijk van het geval, het arbeidsauditoraat) een stakingsvordering instellen.[677]

Bovendien is de stakingsrechter (de voorzitter van de bevoegde rechtbank[678]) reeds in de mogelijkheid om een schadeloosstelling toe te kennen aan het slachtoffer van de vastgestelde discriminatie (hetgeen onder de Anti-discriminatiewet van 2003 niet kon).[679]

Tenslotte wordt er een zogenaamd "*contempt of court*"-misdrijf ingevoerd. Dit houdt in dat er een strafbaarstelling wordt voorzien voor de partij die het stakingsbevel niet naleeft.[680]

217. **Bevoegdheid tot het instellen van de vordering.** De bevoegdheid tot het instellen van de stakingsvordering komt toe aan het slachtoffer van de discriminatie, aan het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding (ingeval van toepassing van de Algemene Wet en de Racismewet), aan het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen[681] (ingeval van toepassing van de Genderwet), aan het Openbaar Ministerie of aan één van de in de nieuwe anti-discriminatiewetgeving beschreven belangenverenigingen[682].[683] Naast de representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties, betreft het iedere instelling van openbaar nut of iedere vereniging die op het ogenblik van de gewraakte feiten sedert ten minste *drie* jaar[684] rechtspersoonlijkheid geniet en die zich statutair tot doel stellen de rechten van de mens te verdedigen of discriminatie te bestrijden. Met deze formulering blijkt duidelijk dat het niet nodig is dat de verdediging van de mensenrechten of bestrijding van

---

[677] Zie telkens §1 van de bepalingen inzake de vordering tot staking. De toekenning van een dergelijk vorderingsrecht staat volgens de wetgever symbool voor het idee (en zet bovendien dit idee om in de praktijk) dat de maatschappij, vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie,

belang hecht aan de strijd tegen discriminatie. Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 35.

[678] Dit kan naargelang de aard van de daad de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zijn, de arbeidsrechtbank of de rechtbank van koophandel zijn (zie telkens §1 van de bepalingen inzake de vordering tot staking).

[679] Zie telkens §2 van de bepalingen inzake de vordering tot staking. Het gaat hier om de nieuw ingevoerde forfaitaire schadeloosstelling en niet om de schadevergoeding conform het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht die net zoals onder de Anti-discriminatiewet van 2003 voorbehouden blijven aan de rechtsmacht van de rechter ten gronde.

[680] Zie artikel 29 van de Genderwet.

[681] Zoals dat is opgericht door de Wet van 16 december 2002, *B.S.* 31 december 2002.

[682] Zie artikel 30 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 35 van de Genderwet en 32 van de Anti-racismewet.

[683] Zie telkens §1 van de bepalingen inzake de vordering tot staking.

[684] Deze termijn van drie jaar is een wijziging ten opzichte van de termijn van vijf jaar die werd vooropgesteld in de anti-discriminatiewet van 2003. Deze verkorting van de termijn spruit voort uit de ingebrekestelling van de Europese Commissie aan België in verband met de niet- naleving van de Rasrichtlijn. De Commissie was van oordeel dat de termijn van vijf jaar die door de anti-discriminatiewet werd geëist, te lang was en ten onrechte het recht beperkte voor de betrokken verenigingen om een rechtszaak in te spannen. Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 35.

discriminatie reeds voor een bepaalde periode in de statuten staan omschreven. Het zal dan wellicht kunnen volstaan dat dit doel (ten laatste) op het ogenblik van de vordering statutair omschreven is.[685]

218. **Wijze van instelling van de vordering.** De stakingsvordering kan bij wijze van verzoekschrift of dagvaarding[686] worden ingeleid.[687] In vergelijking met de Anti-discriminatiewet van 2003 is het volgens de parlementaire voorbereiding niet langer zo dat de ontvankelijkheid van de stakingsvordering steeds kan worden betwist op grond van de vaststelling dat de gewraakte handeling reeds een einde heeft genomen[688] of dat er geen risico op herhaling bestaat [689] en de eiser dus niet het vereiste belang voor het instellen van de vordering tot staking aantoont. In het kader van de gewijzigde procedure die inhoudt dat ook de voorzitter van de rechtbank schadevergoeding kan toekennen, zal het belang van de eiser immers kunnen bestaan in het verkrijgen van de, nieuw ingevoerde, forfaitaire schadevergoeding.[690]

219. **Dwangsom en *contempt of court*-misdrijf.** In geval van contractsweigering met miskenning van de Belgische Genderwet lijkt het nog steeds moeilijk aannemelijk dat een verzekeraar zou kunnen verplicht worden tot sluiting of uitvoering van de overeenkomst.[691] Nochtans zou deze verplichting onrechtstreeks kunnen worden bereikt door het opleggen van een dwangsom, mocht het discriminerend gedrag niet ophouden.[692] Net zoals de Anti-discriminatiewet van 2003 bepaalt de nieuwe anti-discriminatiewetgeving dat een persoon die een discriminatie heeft gepleegd kan worden veroordeeld tot de betaling van een dwangsom wanneer aan de discriminatie geen einde is gemaakt.[693] De rech-

---

[685] Zie reeds de interpretatie van de Anti-discriminatiewet van 2003 in die zin, Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

[686] In de parlementaire voorbereiding wordt er de nadruk op gelegd dat de vordering tot staking ook kan worden ingesteld op basis van een dagvaarding, ook al heeft men de bedoeling om daarmee tijd te winnen. De vordering zal niet op die basis kunnen worden onontvankelijk of nietig verklaard. De enige sanctie zou erin kunnen bestaan dat de gebruiker van de dagvaarding de uiteindelijke kosten ervan moet dragen. Zie Verslag Libert, *l.c.*, 45.

[687] Zie telkens §4 van de bepalingen inzake de vordering tot staking en de daar voorziene vormvoorschriften.

[688] Dit vereiste werd in de rechtspraak omtrent discriminatie in verzekering reeds ruim geïnterpreteerd in de zin dat de vordering tot staking gerechtvaardigd was in zoverre de discriminerende handeling tot gevolg had dat de verzekeringsovereenkomst bleef bestaan, de dekking werd verminderd of de verzekerde werd uitgesloten van dekking. In deze omstandigheden bleven de gevolgen van de overeenkomst immers voortduren. Zie Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot. Zie ook I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, p. 12, nr. 19.

[689] In de rechtspraak leed de ontvankelijkheid van de stakingsvordering weinig twijfel indien er een kans bestond dat de discriminerende handeling zich opnieuw zou voordoen. Zie Vz. Rb. Nijvel, 19 april 2005, *J.L.M.B.* 2005, 934, *J.T.* 2005, noot en *Juristenkrant* 2005, 12. Zie ook Vz. Rb. Gent 31 december 2003, *Juristenkrant* 2004 (weergave D. DE PRINS), afl. 84, 1 en *N.J.W.* 2004, 205, noot E. BREMS.

[690] Zie Verslag Libert, *l.c.*, 44.

[691] Zie hierover Y. THIERY, *l.c.,* 2003*,* 659; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *l.c.*,1093; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 540-541 met verwijzing naar Cass. 20 juni 1989; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.,* 243; K. VANDERSCHOT, "De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht", *l.c.*, p. 56-58, nr. 23-25; A. DE BOECK, *l.c.*, 440.

[692] P. BUELENS, "Nieuwe anti-discriminatiewet: juist meer in plaats van minder segmenteren", *Verz. W.* 2003, afl. weken 33 en 34, 15-18.

[693] Zie artikel 19 van de Algemene Wet, artikel 24 van de Genderwet en artikel 17 van de Anti-racismewet.

ter zal daarbij uitspraak doen overeenkomstig de algemene regels inzake de dwangsom van het Gerechtelijk Wetboek.[694] Het in de nieuwe anti-discriminatiewetgeving bepaalde *contempt of court*-misdrijf dat het niet naleven van het stakingsbevel bestraft (met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en/of een geldboete),[695] zal de afdwingbaarheid van het stakingsbevel nog versterken.[696]

3. (Forfaitaire) schadevergoeding

220. **Ratio legis: uitzicht op een daadwerkelijke vergoeding.** De grote nieuwigheid die de nieuwe anti-discriminatiewetgeving invoert ten opzichte van de Anti-discriminatiewet van 2003, is de mogelijkheid van de stakingsrechter (en de rechter ten gronde) om een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen.[697] Hierbij wil men een oplossing bieden voor het probleem dat de schadevergoeding niet kan worden toevertrouwd aan de rechtsmacht van de Voorzitter van de Rechtbank, omdat het aangaan van debatten over de beoordeling van de schade niet verenigbaar is met de snelheid van de procedure «zoals in kortgeding».[698] Bovendien wil men verhelpen aan het probleem dat het tijdens een aparte procedure ten gronde zeer moeilijk zal zijn om de werkelijke schade aan te tonen. Voor het bepalen van een morele schadevergoeding zou in de rechtspraak de neiging bestaan om de schade te begroten op een “symbolische euro” en ook de werkelijke materiële schade veroorzaakt door de discriminatie zou moeilijk te bewijzen zijn en veelal neerkomen op een vergoeding voor de schade die bestaat in het “verlies van een kans”.[699]

Met de forfaitarisering van de schadevergoeding wil de wetgever in één klap tegemoet komen aan deze dubbele problematiek. Een forfaitarisering kort volgens de wetgever per definitie de debatten in omdat er geen tijd verloren gaat aan de begroting van de werkelijke schade. Daarnaast biedt een forfaitarisering het slachtoffer uitzicht op een daadwerkelijke vergoeding in plaats van een vergoeding die is begroot op een symbolische euro.[700] De forfaitarisering is volgens de wetgever ook noodzakelijk om een doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie te blijven aanbieden, zoals dit door de Richtlijn wordt gevraagd, zeker nu het strafrechtelijk luik van de sanctionering beperkt blijft.[701]

---

[694] Zie ook Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 59.

[695] Zie artikel 24 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 29 van de Genderwet en artikel 26 van de Anti-racismewet.

[696] De wetgever haalde voor dit zgn. *contempt of court*-misdrijf inspiratie uit artikel 104 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en artikel 9, 2° van de wet van 24 maart 2003 tot instelling van een

basis-bankdienst; zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001. Zie met betrekking tot het artikel 9, 2° van de wet van 24 maart 2003, Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *D.C.C.R.* 2004, afl. 62, nr. 52.

[697] Zie artikel 18 van de Algemene Wet, artikel 23 van de Genderwet en artikel 16 van de Anti-racismewet.

[698] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 26.

[699] Ibidem.

[700] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 27.

[701] Ibidem.

221. **Forfaitarisering van materiële en/of morele schade.** Uit de bepalingen van de nieuwe anti-discriminatiewetgeving mag blijken dat de forfaitaire schadevergoeding zowel door de rechter ten gronde als door de stakingsrechter kan worden uitgesproken.[702] De wetgever maakt verder een belangrijk onderscheid naargelang de schadevergoeding wordt gevorderd wegens discriminatie in aangelegenheden *binnen* of *buiten* het kader van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen van sociale zekerheid.

Wordt er schadevergoeding gevorderd voor discriminatie *binnen* het kader van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende sociale zekerheid, kan zowel materiële als morele forfaitaire schadevergoeding worden gevraagd. Wordt de schadevergoeding gevorderd voor discriminatie *buiten* de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende sociale zekerheid, dan kan enkel worden gekozen voor de forfaitarisering van de *morele* schade. De vergoeding van de *materiële* schade zal dan nog altijd gebeuren via het gemene recht.[703]

Volgens de nieuwe anti-discriminatiewetgeving[704] heeft het slachtoffer voor het bepalen van de morele schade, de *keuze* tussen enerzijds het geforfaitariseerde bedrag en anderzijds de werkelijk geleden schade[705], waarbij de omvang van de schade dient te worden bewezen. Het forfait voor morele schade wordt door de wetgever vastgesteld op 650 euro. Dit bedrag kan onder bepaalde omstandigheden worden verhoogd tot een maximum van 1300 euro. De rechter kan tot deze verhoging besluiten *indien* de geleden morele schade “bijzonder ernstig” is. Indien de dader niet kan aantonen dat de nadelige behandeling ook op “niet-discriminerende gronden” zou getroffen zijn, wordt het bedrag *in ieder geval* naar 1300 euro gebracht.[706] In dit laatste geval kan de schadevergoeding van 1300 euro dus enkel worden ontlopen indien de dader aantoont dat er ook niet-discriminerende gronden aan de basis lagen van de door hem ingerichte ongelijke behandeling.

Voor het verkrijgen van een schadevergoeding voor de door de discriminatie veroorzaakte materiële schade buiten arbeidsbetrekkingen, kan de gediscrimineerde partij voor de rechter ten gronde steeds een vordering tot schadeloosstelling instellen tegen de discriminerende verzekeraar wegens onrechtmatige contractsweigering, -beëindiging of –uitoefening (artikel 1382 B.W.). Daarbij rijst opnieuw de vraag of deze vergoeding een herstel in natura kan betekenen waarbij de verzekeraar zou verplicht worden alsnog de verzekeringsovereenkomst te sluiten, of retroactief de overeenkomst te wijzigen. Zoals hoger reeds werd opgemerkt, is het niet zeker of in het geval van contractsweigering de rechter de contractspartij kan dwingen de overeenkomst toch te sluiten.[707] Anderzijds wordt gewezen op een tendens in de rechtspraak om in het kader van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid meer ruimte te laten voor vergoe-

[702] Zie artikel 18 en artikel 20, §2 van de Algemene Wet, artikel 23 en artikel 25, §2 van de Genderwet en artikel 16 en artikel 18, §2 van de Anti-racismewet.

[703] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 27. Zie uitgebreider, J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, *l.c.*, 351-353.

[704] Zie artikel 18, §2, 1° van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 23, §2, 1° van de Genderwet en artikel 16, §2, 1° van de Anti-racismewet.

[705] Zie voor een commentaar, J.-F.-GERMAIN en C. EYBEN, *l.c.*, 354-355.

[706] Voor een commentaar, zie Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 770.

[707] Zie *supra* nr. 167.

ding van het *positief contractbelang*.[708] Hierdoor wordt aan de benadeelde via een omweg de patrimoniale voordelen toegekend als ware het contract wel totstandgekomen.[709]

Voor wat betreft de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid wordt voorzien in een forfaitare schadevergoeding die niet alleen de morele schade, maar ook de materiële schade dekt.[710] De forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade werd bepaald op een brutobeloning voor zes maanden. Deze vergoeding kan door de rechter worden beperkt, wanneer de werkgever aantoont dat de betwiste handeling ook op niet-discriminerende gronden zou getroffen zijn. De forfaitaire schadevergoeding ten belope van zes maanden beloning zal niet worden toegepast wanneer de materiële schade hersteld kan worden via de nietigheidssanctie.[711] In dat geval kan het slachtoffer nog steeds kiezen voor een forfaitaire morele schadevergoeding.[712] Deze vergoeding wordt dan bepaald overeenkomstig het hierboven beschreven regime.

4. Bescherming tegen represailles

222. **Bescherming van het slachtoffer na klacht.** In de nieuwe anti-discriminatiewetgeving wordt voorzien in een bescherming tegen represailles (nadelige maatregelen) die zouden worden genomen als gevolg van het feit dat er een vordering werd ingesteld door of ten voordele van het slachtoffer van de vermeend gediscrimineerde partij.[713]

223. **Regime afhankelijk van het toepassingsgebied.** Voor nadelige maatregelen die worden genomen als gevolg van een klacht die wordt ingediend *buiten* het terrein van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende sociale zekerheid[714] geldt een ander regime dan voor represailles die zich situeren *binnen* het domein van de arbeidsbetrekkingen[715].

De beschermingsbepaling tegen represailles *buiten* de arbeidsverhoudingen is zonder voorgaande in het Belgisch recht, maar is wel een gevolg van de omzettingsverplichting voortspruitend uit artikel 9 van de Rasrichtlijn en artikel 10 van de Genderrichtlijn.[716] Het voorgestelde systeem is gebaseerd op een «*weerlegbaar vermoeden* van represailles». Dat wil zeggen dat degene tegen wie een klacht

---

[708] Zie *supra* nr. 171, met verwijzing naar I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.,* p. 14, nr. 22 met referenties; K. VANDERSCHOT, *l.c.*, p. 57, nr. 24.

[709] Ibidem.

[710] Zie artikel 18, §2, 2° van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 23, §2, 2° van de Genderwet en artikel 16, §2, 2° van de Anti-racismewet.

[711] Ibidem.

[712] *Ibidem*. Voor een bespreking zie C. BAYART en I. BOSMANS, "De federale anti-discriminatiewetten en arbeisbetrekkingen in de private sector" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 584-585.

[713] Zie artikel 16 en 17 van de Algemene Wet, artikel 21 en 22 van de Genderwet en artikel 14 en 15 van de Anti-racismewet.

[714] Zie artikel 16 van de Algemene Wet, artikel 21 van de Genderwet en artikel 14 van de Anti-racismewet. (hierna “de bepalingen inzake represaillemaatregelen buiten arbeid”)

[715] Zie artikel 17 van de Algemene Wet, artikel 22 van de Genderwet en artikel 15 van de Anti-racismewet.

[716] Verslag, *l.c.*, 20.

werd ingediend en die binnen een door de wet bepaalde tijdspanne een nadelige maatregel heeft getroffen ten aanzien van de betrokkene partij, dient te bewijzen dat de nadelige maatregel werd getroffen om redenen die vreemd zijn aan de klacht.[717] Kan degene tegen wie de klacht werd ingediend dit bewijs niet voorleggen, zal hij worden verplicht tot het betalen van een – eventueel forfaitaire– vergoeding.[718] De geboden bescherming is ook van toepassing op personen die optreden als getuigen van de aangegeven feiten.[719]

De beschermingsbepaling tegen represailles *binnen* de arbeidsbetrekkingen is in grote mate een herneming van bepalingen die reeds waren voorzien in de Anti-discriminatiewet van 2003. De werkgever mag geen nadelige maatregelen treffen ten aanzien van de persoon door wie of in wiens voordeel een klacht werd ingediend.[720] Hierbij gelden specifieke procedurele regels inzake bewijslast[721], het ongedaan maken van de nadelige maatregel[722], de hieraan verboden sanctie,[723] wat moet worden verstaan onder het begrip "nadelige maatregel"[724], en wat moet worden begrepen onder een klacht die het beschermingsmechanisme inzake represaillemaatregelen doet openvallen.[725]

§ 5. Grondwettigheid

224. **Overzicht.** Net zoals de Anti-discriminatiewet van 2003, kort na haar uitvaardiging, zijn ook de wetten van 10 mei 2007 aangevochten omwille van vermeende strijdigheden met de Belgische Grondwet.

Tot op heden werden zes vernietigingsberoepen ingediend bij het Grondwettelijk Hof, waarvan er reeds vijf hebben geleid tot een arrest.[726] Deze arresten worden besproken onder punt 1.

In de zesde zaak heeft het Grondwettelijk Hof voorlopig enkel een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie.[727] Het vernietigingsberoep dat tot deze zaak aanleiding gaf, had overigens geen betrekking op de wetten van 10 mei 2007, maar wel op de wet van 21 december 2007 die een wijziging

---

[717] Zie telkens §3 van de bepalingen inzake represaillemaatregelen *buiten* arbeid.

[718] *Ibidem*, §4.

[719] *Ibidem*, §5.

[720] Zie telkens §1 van artikel 17 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 15 van de Anti-racismewet en artikel 22 van de Genderwet. ("hierna de bepalingen inzake represaillemaatregelen binnen arbeid"). Zie voor een commentaar, C. BAYART en I. BOSMANS, *l.c.*, 588-590.

[721] Zie telkens §4 van de bepalingen inzake represaillemaatregelen *binnen* arbeid.

[722] *Ibidem*, §5.

[723] *Ibidem*, §6.

[724] *Ibidem*, §2.

[725] *Ibidem*, §3.

[726] Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 39/2009, *B.S.* 9 april 2009; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009.

[727] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, 18.

aanbracht aan de Genderwet van 10 mei 2007.[728] Het voorwerp van deze vordering is het hierboven reeds besproken wettelijk ingrijpen waarbij België gebruik heeft willen maken van de mogelijkheid om onder strikte voorwaarden verschillen in premies en uitkeringen toe te staan in levensverzekeringsovereenkomsten.[729] Onder punt 2 wordt dit vernietigingsberoep nader bekeken.

A. De vijf eerste arresten van het Grondwettelijk Hof over de wetgeving van 10 mei 2007

225. **Verzoeken tot vernietiging.** De verzoeken die tot nu toe tegen de wetten van 10 mei 2007 werden ingediend bij het Grondwettelijk Hof kwamen voor een deel uit dezelfde hoek als de verzoeken tot vernietiging die eerder werden ingesteld tegen de Anti-discriminatiewet van 2003.[730] Daarnaast was er eveneens een verzoek vanwege een groep van 185 burgers[731] hierin gesteund door de Nederlandse Orde van advocaten bij de Balie te Brussel en de Orde van Vlaamse balies[732]. Verder waren er verzoeken vanwege de VZW Liga voor Mensenrechten,[733] alsook van de *Centrale Nationale des employés* en de Landelijke bediendencentrale.[734] Allen konden zij het vereiste belang aantonen om een vordering in te stellen. De vorderingen waren ondermeer gericht tegen de gelijke en ongelijke manier waarop de wetten van 10 mei 2007 burgers en overheid zouden behandelen, de gesloten lijst van discriminatiegronden in deze wetten, het beperkte toepassingsgebied van de wetten, de maatregelen van positieve actie, de forfaitaire schadevergoedingsregeling, de nietigheid van contractuele bepalingen, de strafbepalingen en de vermeende inbreuken op het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel, de beperking van de vrijheid van meningsuiting en de verenigingsvrijheid, het stakingsbevel, de bewijslastregeling, de strafverzwaringen en de strijdigheid met de bevoegdheidsverdelende regels.

226. **Afwijzing van de verzoeken, dwingende interpretaties en een gedeeltelijke vernietiging.** Het Grondwettelijk Hof heeft omzeggens alle verzoeken tot vernietiging afgewezen. Belangrijk is dat het Hof evenwel op een hele reeks punten een restrictieve interpretatie van de bestreden wetten geeft.

---

[728] Zie het beroep tot vernietiging vanwege Test-Aankoop, ingesteld tegen de Wet van 21 december 2007 tot wijziging van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, (*B.S.* 31 december 2007, 66.175) wegens strijdigheid met de artikel 10, 11 en 11 bis van de Belgische grondwet. Zie *B.S.* 24 juli 2008, 38.628. Zie reeds *supra* nr. 134.

[729] Zie reeds hierboven aangestipt bij de bespreking van het gedifferentieerde rechtvaardigingssysteem zoals dat werd gecreëerd middels de wetgeving van 10 mei 2007. (*supra* nr. 205)

[730] Tot de indieners behoorden o.m. J. Ceder, F. Vanhecke, F. Dewinter en J. Van Hauthem (nr. 39/2009, *B.S.* 9 april 2009, rolnr. 4311 en nr. 40/2009, *B.S.* 6 mei 2009, rolnr. 4312).

[731] Die tot stand kwam via onder meer een oproep op een weblog (zie http://lvb.net/item/6353) en die vertegenwoordigd werden door M. Storme en J. Flo, die het vernietigingsberoep in de zaak nr. 17/2009 aantekenden (rolnr. 4359). Zie ook het verzoek van Mevr. M. Broeckx (nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009), die in eigen persoon optrad.

[732] De Ordes sloten zich aan bij die middelen ingediend in dezelfde zaak nr. 17/2009, voor zover zij relevant waren voor de uitoefening van het advocatenberoep. Zie *http://www.advocaat.be/Pages/OrdeExpress/Print.aspx?a=407&b=48*.

[733] Deze groepering had een beroep ingediend om het recht op vrijheid van meningsuiting te vrijwaren (nr. 40/2009, *B.S.* 6 mei 2009, rolnr. 4355).

[734] De *Centrale nationale des employés* en de Landelijke bediendencentrale stelden een vernietigingsberoep in om tot een algemeen (ruimer) discriminatieverbod bij aanwerving te komen, waarbij zij eveneens het ontbreken van de discriminatiegrond “syndicale overtuiging” aankloegen. (nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, rolnr. 4363 en 4365).

Vooreerst wees het Hof erop dat het aannemen van een gesloten lijst van discriminatiegronden in geen geval mag worden geïnterpreteerd in die zin dat discriminaties op gronden die *niet* in die lijst voorkomen, worden toegestaan.[735] Discriminatie op basis van niet-opgelijste gronden is evenzeer verboden, zij het buiten de anti-discriminatiewetgeving om en op basis van open normen zoals de zorgvuldigheidsnorm of via nietigheid van overeenkomsten op basis van strijdigheid met de openbare orde.[736] Zoals hoger reeds aangestipt, spreekt het Hof in arrest 2009/64 wel een gedeeltelijke vernietiging uit van de in de Algemene anti-discriminatiewet opgenomen lijst, in zoverre zij onder de daarin vermelde discriminatiegronden niet de bescherming tegen discriminatie op grond van syndicale overtuiging beoogt.[737] Zoals hierboven eveneens toegelicht is de motivering waaronder het Hof de grond syndicale overtuiging toch als discriminatiegrond toelaat, relevant voor de beoordeling van de beschermenswaardigheid van andere discriminatiegronden (zoals woonplaats, levensstijl of gewezen gezondheidstoestand) onder de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007).[738]

227. **Dwingende interpretatie. Opzet en strafrechtelijke sanctioneerbaarheid**. Voorts verbiedt het Grondwettelijk Hof een restrictieve interpretatie van de definities van directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie en verplichting tot redelijke aanpassingen in de wetten van 10 mei 2007. Van deze definities werd de conformiteit betwist met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel omdat zij onvoldoende duidelijk zouden zijn, personen niet in staat zouden stellen vooraf in te schatten wat het strafrechtelijke gevolg zal zijn van deze handeling en de rechter teveel beoordelingsvrijheid zouden geven. Het Hof verklaarde dat de gegeven definities toch aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel kunnen voldoen indien zij zodanig zouden worden geïnterpreteerd dat zij een element van opzet bevatten.[739] Directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie, opdracht tot discrimineren en de weigering tot redelijke aanpassingen zijn enkel strafrechtelijk sanctioneerbaar indien kan worden aangetoond dat een persoon de bestreden handeling bewust en dus met opzet heeft gepleegd. Deze interpretatie zegt, voor alle duidelijkheid, niets over de interpretatie van deze begrippen op burgerrechtelijk vlak waar het opzetvereiste niet relevant is.[740]

228. **Dwingende interpretatie omtrent bewijslast.** Het Hof geeft tenslotte nog een opmerkelijke interpretatie aan het concept van de verdeling van de bewijslast, zoals ingeschreven in de wetgeving van 10 mei 2007. De verdeling van de bewijslast komt er, op grond van de wettelijke bepalingen, op neer dat de persoon die zich benadeeld acht door de niet-toepassing van het beginsel van gelijke behan-

---

[735] Zie o.m Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.14.7; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009, ov. B.11; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.7.7. Zie reeds *supra* nr. 194.

[736] Het Hof verwijst naar het aansprakelijkheidsrecht alsook naar de nietigheidssanctie op basis van strijdigheid met de artikelen 6, 1131 en 1132 B.W.

[737] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.16.

[738] Cf. *supra* nr. 198-200.

[739] Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.44.1 t.e.m. B.56; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 39/2009, *B.S.* 9 april 2009, ov. B.10.1 t.e.m. B.27.

[740] Zie *infra* nrs. 358 e.v.

deling, ermee kan volstaan voor de rechter feiten aan te voeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.[741] De verweerder zal op zijn beurt dienen te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Volgens het Grondwettelijk Hof dienen de aangebrachte feiten die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden, voldoende sterk en pertinent te zijn.[742] Hier voegt het Hof verder aan toe dat het slachtoffer tevens de feiten dient te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven.[743] Dit is een vereiste die niet in de wet kan worden teruggevonden. Het Hof verduidelijkt dat het ongeoorloofd motief in gevallen van directe discriminatie weliswaar kan worden aangetoond aan de hand van één van de door de wet naar voor geschoven bewijsmethodes.[744] Indien het slachtoffer echter indirecte discriminatie wil aantonen aan de hand van een andere methode, nl. die van het aanbrengen van statistisch materiaal dat aangeeft dat personen die drager zijn van een beschermd kenmerk worden benadeeld,[745] voegt het Hof een extra voorwaarde toe. Er wordt namelijk bepaald dat de eiser die wil gebruik maken van statistische gegevens[746] *tevens* zal dienen aan te tonen dat de verweerder zich van deze benadeling *bewust* was.[747] Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat deze laatste invulling moeilijk in overeenstemming te brengen is met de gedachte dat indirecte discriminatie een effect-georiënteerd begrip is waar in de regel niet gezocht wordt naar de oorzaak of reden van de differentiatie. Het is dan ook niet geheel duidelijk in welke context het Grondwettelijk Hof een dergelijke interpretatie werkzaam acht.

B. Beroep tot vernietiging van de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007. De zaak Test-Aankoop tegen Belgische Staat[748]

229. **Het gebruik van geslacht in levensverzekeringsovereenkomsten.** De wet van 21 december 2007 (Gender-wijzigingswet) bracht voor de Belgische verzekeringssector een belangrijke wijziging aan in het artikel 10 van de Genderwet van 10 mei 2007. Deze wet schreef een uitzondering in op het algemeen discriminatieverbod op grond van geslacht dat in de Genderwet wordt vastgelegd. De Gender-wijzigingswet staat toe dat op het domein van *levensverzekeringsovereenkomsten* (in de zin

---

[741] Zie artikel 28, §1 van de Algemene Wet, artikel 33, §1 van de Genderwet en artikel 30, §1 van de Anti-racismewet.

[742] Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, *B.S.* 6 mei 2009, ov. B.97.

[743] Ibidem.

[744] Het Grondwettelijk Hof verwijst naar de zogenaamde patroonmethode en eliminatiemethode in §2, 1°, 2° van artikel 28 Algemene anti-discriminatiewet, 33 Genderwet en 30 Anti-racismewet. Zie over deze methodes *infra* nr. 415-416.

[745] Zie telkens §3 van artikel 28 Algemene Wet, artikel 33 Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet.

[746] Die sowieso aan bepaalde kwaliteitsvereisten dienen te voldoen. Volgens het Hof dienen de statistieken betrouwbaar en significant te zijn (verwijzing naar EHRM 13 november 2007 (Grote Kamer), *D.H. e.a.* t. *Tsjechische Republiek*, nr. 57325/00, §188), betrekking te hebben op een voldoende groot aantal personen, niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen tot uitdrukking te laten komen en in het algemeen relevant te zijn. (verwijzing naar H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 17; H.v.J. 9 februari 1999, *Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 62).

[747] Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, *B.S.* 6 mei 2009, ov. B.97.

[748] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009 *B.S.* 31 juli 2009.

van artikel 97 W.LVO) directe onderscheiden worden gemaakt op grond van het geslacht voor de bepaling van verzekeringspremies- en prestaties. In niet-levensverzekeringsovereenkomsten blijft een dergelijk onderscheid, net zoals voor alle andere goederen en diensten, niet toegestaan.[749]

De Belgische wetgever deed met de wetswijziging van 21 december 2007 *in extremis* een beroep op het hoger besproken *opt-out* regime zoals vastgelegd in artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Door gebruik te maken van de optiemogelijkheid van artikel 5, lid 2 zou de bestreden wet volgens de consumentenorganisatie Test-Aankoop echter een schending uitmaken van artikel 10, 11 en 11 *bis* van de Grondwet.[750] Volgens Test-Aankoop had de Belgische wetgever voor geen enkele private verzekeringsovereenkomst uitzonderingen mogen formuleren.[751]

230. **Vermeende niet-overeenstemming van de Genderrichtlijn met het algemeen beginsel van gelijke behandeling.** Eén van de redenen die werden aangevoerd voor de schending van de genoemde grondwetbepalingen, is dat het artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, dat de basis had gevormd voor de Wet van 21 december 2007, zélf in strijd zou zijn met het beginsel van de gelijkheid van geslachten, zoals verankerd in het recht van de Unie.[752]

De Ministerraad roept echter de niet-ontvankelijkheid van dit middel in omdat het uitsluitend tegen een internationaalrechtelijke bepaling is gericht en niet tegen de bestreden bepaling zélf waardoor het Hof niet bevoegd zou zijn.[753] Volgens de eisers heeft het toezicht door de wetgever op de naleving van de grondwettelijke regels van gelijkheid en niet-discriminatie, echter evenzeer betrekking op de naleving van een norm van het gemeenschapsrecht die het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie bevestigt.[754] Een schending van een dergelijke norm houdt volgens de verzoekers *ipso facto* schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.[755]

231. **Afwezigheid van dwingende vereisten?** In een tweede middel richt de consumenten-organisatie zich tegen de redenen die door de Belgische wetgever werden aangevoerd om een uitzondering te formuleren op de regel van de gelijkheid tussen vrouwen en mannen. Volgens de consumenten-organisatie zouden deze niet voldoen aan een “dwingende vereiste”.[756] Hierbij wordt gerefereerd aan de bewoordingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die bepalen dat slechts “zeer sterke” overwegingen een uitzondering op de regel van de gelijkheid tussen vrouwen en mannen

---

[749] Zie *infra* nr. 498.

[750] In samenhang gelezen met artikel 13 van het EG-verdrag (nieuw artikel 19 Werkingsverdrag), de Genderrichtlijn zélf, de artikelen 20, 21 en 23 van het Handvest van de Grondrechten, artikel 14 van het EVRM, artikel 26 van het BUPO-verdrag en het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.

[751] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. B.3.

[752] Ibidem.

[753] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.8.

[754] *Ibidem*, A.23.2.

[755] Ibidem.

[756] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.14.3-4.

kunnen verantwoorden.[757] De door de Belgische wetgever aangevoerde redenen betroffen enerzijds het mogelijke risico van een premieverhoging voor vrouwelijke verzekerden indien geen gevolg werd gegeven aan de optiemogelijkheid van de Genderrichtlijn en anderzijds het risico waarbij Belgische verzekeraars een concurrentiële achterstand zouden oplopen, daar Belgische verzekeringnemers, bij het niet-lichten van de optie, zouden worden weggedreven naar buitenlandse verzekeraars.[758] In ieder geval zou de regel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen volgens de verbruikersvereniging niet mogen wijken voor commerciële overwegingen of overwegingen die verband houden met de rendabiliteit van de verzekeringssector.[759]

232. **Onderscheid tussen levens- en niet-levensverzekeringsovereenkomsten.** Verder wordt door de verbruikersvereniging gehekeld dat de Belgische wetgever voor niet-levensverzekeringsovereenkomsten geen uitzonderingsregime voorziet op het beginsel van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen (en voor levensverzekeringsovereenkomsten wél). Dit verschil in behandeling tussen levensverzekeringsovereenkomsten en niet-levensverzekeringsovereenkomsten betreft volgens de verbruikersvereniging op zich reeds een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, nu ook niet-levensverzekeringsovereenkomsten zoals bv. de BA-motorrijtuigenverzekering variaties op het vlak van de schadelast of de "risico-intensiteit" kunnen vertonen naar gelang het geslacht van de verzekerden.[760]

233. **Niet-naleving van de vervaltermijn van 21 december 2007.** Tenslotte voert de verbruikersvereniging het feit aan dat de wet van 21 december 2007, die beweert gebruik te maken van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, niet is aangenomen vóór 21 december 2007. Artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn legde evenwel deze verplichting op. Hierdoor zou de wetgever een uitzondering hebben ingevoerd op de regel van gelijkheid van mannen en vrouwen die door het gemeenschapsrecht wordt verboden, waardoor wederom sprake zou zijn van een schending van de artikelen 10, 11 en 11*bis* van de Grondwet.[761]

---

[757] *Ibidem*, A.14.2.; Deze formule, genoegzaam bekend onder de "*very weighty reasons*"-doctrine werd herhaaldelijk gebruikt in de rechtspraak van het EHRM. Zie recent nog in EHRM 20 juni 2006, *Zarb Adami* v. *Malta*, nr.17209/02, ov. 80, waar het Hof stelt dat "*seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe*". Zie daarvóór ook reeds EHRM 11 juni 2002, *Willis* v. *United Kingdom*, nr. 36042/97, ov. 39; EHRM 24 juni 1993, *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, nr. 14518/89, ov. 67; EHRM 21 februari 1997, *Van Raalte* v. *The Netherlands*, nr. 20060/92, ov.39; EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* v. *United Kingdom*, nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, ov. 78. Zie ook AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, Joint answer to the questionnaire prepared by age - the European older people's platform, Test-Achats and the European Women's Lobby", *http://www.womenlobby.org/SiteResources/data/MediaArchive/Newsflash/NF2009/NF%20Sep%202009/Final%20Joint%20Answer_AGE_Test%20Achats_%20EWL%20Questionnaire%20for%20Article%205%20Forum.pdf*, *l.c.*, 5.

[758] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.13.3.

[759] De verbruikersvereniging baseert zich voor deze bewering op de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Lindorfer*, waar het Hof liet verstaan dat het gebruik van naar het geslacht gedifferentieerde actuariële factoren niet objectief kon worden verantwoord door de noodzaak om een gezond financieel evenwicht van de betrokken sector te waarborgen. Zie Grondwettelijk Hof, nr. 103/2009, 18 juni 2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.14.3. Zie ook H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/ Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 57-58, *infra* nr. 562.

[760] Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, A.17.

[761] *Ibidem*, A.22.

234. **Prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie.** Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat teneinde over het beroep tot vernietiging uitspraak te kunnen doen, de geldigheid van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn diende te worden onderzocht. Dit is volgens het Hof nodig omdat de bestreden wet gebruik maakt van de optiemogelijkheid van artikel 5, lid 2 én omdat de kritiek die de verzoekende partijen tegen deze wet aanvoeren eveneens dit punt betreft.[762] Omdat het Hof zichzelf niet bevoegd acht te oordelen over de vraag of een richtlijnbepaling al dan niet verenigbaar is met het verbod van discriminatie op grond van geslacht, als algemeen beginsel van het recht van de Unie[763], stelt het hiervoor dus een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.[764] Omdat de Belgische wetgever eerst overwogen had om de uitzondering van artikel 5, lid 2 niet alleen te laten gelden voor levensverzekeringsovereenkomsten, maar ook voor hospitalisatieverzekering en motorrijtuigenverzekering stelt het Grondwettelijk Hof bijkomend nog de vraag of een afwijking, in de zin van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn die beperkt is tot levensverzekeringsovereenkomsten, eveneens onverenigbaar is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Dit uiteraard in de hypothese dat het Hof van Justitie oordeelt dat artikel 5, lid 2 in overeenstemming is met het beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie.[765] Het Hof van Justitie wordt door de vraag die haar wordt gesteld door het Belgisch Grondwettelijk Hof voor het eerst gedwongen om op het vlak van particuliere vezekeringsrelaties expliciet uitspraak te doen omtrent de overeenstemming van het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie als algemeen beginsel van het recht van de Unie. Hierbij wordt eraan herinnerd dat het Hof van Justitie in de zaken *Neath* en *Coloroll* niet tot een dergelijke beoordeling ten gronde was overgegaan, omwille van de niet-toepasselijkheid van artikel 141 E.G.-Verdrag.[766] Tot een dusdanige beoordeling kwam het wel in de zaak *Lindorfer*, met betrekking tot het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in het pensioenstelsel van de Gemeenschappen. Het is tot op heden nog niet duidelijk in welke mate dit oordeel ook kan worden getrokken buiten deze specifieke context. Op een uitspraak van het Hof van Justitie kan nu enkel nog gewacht worden. Toch zal in dit proefschrift op verschillende plaatsen worden getracht een beoordeling te maken van

---

[762] *Ibidem*, B.5.1.

[763] Zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6, lid 2 van het EU-Verdrag (huidig artikel 6, lid 3 Unieverdrag).

[764] De vraag luidt: “Is artikel 5, lid 2 van de richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten verenigbaar met artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en meer bepaald met het bij die bepaling gewaarborgde beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie?”. Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, B.S. 31 juli 2009, 18. Zie ook H.v.J. Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier/Ministerraad, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, Pb. C, 29 augustus 2009, afl. 205, 28.

[765] De vraag luidt: “Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, is hetzelfde artikel 5, lid 2, van de richtlijn eveneens onverenigbaar met artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie wanneer de toepassing ervan wordt beperkt tot de levensverzekeringsovereenkomsten.” Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, B.S. 31 juli 2009, 18. Zie ook H.v.J. Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier/Ministerraad, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, Pb. C, 29 augustus 2009, afl. 205, 28.

[766] Cf. *supra* nr. 69.

de argumenten die door de partijen in de zaak Test-aankoop tegen de Belgische Ministerraad werden aangevoerd.[767]

[767] Zie bv. *infra* nrs. 499 e.v. en 511.

HOOFDSTUK VII. CONCLUSIES

235. **Beschrijving van het Europees-nationale referentiekader.** In dit hoofdstuk werd een beschrijving gegeven van de Europese en nationale bronnen die invulling geven aan het gelijkheidsbeginsel zoals het wordt toegepast in de relaties tussen particulieren. De onderzochte bronnen vormen het Europees-nationale referentiekader waarop verder in dit proefschrift zal worden beroep gedaan om de spanning te beschrijven die heerst tussen de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de concurrentiële verzekeringsmarkt.

In de beschrijving van het Europees-nationale referentiekader werd in de eerste plaats uitgegaan van de plaats die het gelijkheidsbeginsel heeft gekregen binnen het recht van de Unie, waarna aandacht werd besteed aan de manier waarop aan dit Europeesrechtelijk kader verder vorm werd gegeven in het Belgisch-nationale recht. Daarbij werd eveneens aandacht besteed aan de *verhouding* tussen het Europese regelgevend kader en het lidstatelijke recht.

236. **Verdragsrechtelijke impulsen.** De horizontalisering van het gelijkheidsbeginsel is in het Europese recht gepaard gegaan met de groei van een door het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 1957 (E.G.-Verdrag) erkend marktrecht, zoals beschermd onder de artikelen 12 (verbod van discriminatie op grond van nationaliteit) en 141 van het E.G.-Verdrag (verbod van discriminatie op grond van geslacht), naar een constitutioneel erkend burgerrecht.[768] De inhoud van de genoemde Verdragsartikelen is na het Verdrag van Lissabon opnieuw opgenomen in de artikelen 18 en 157 van het Werkingsverdrag. Door een expliciete verwijzing in het vernieuwde Unieverdrag naar het Handvest van de Grondrechten zijn de lidstaten, evenals de instellingen en organen van de Unie, steeds tot eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel gehouden ten opzichte van de burger.[769] Door de verwijzing naar het Handvest in het Unie-verdrag maakt het gelijkheidsbeginsel bovendien een meer zichtbaar geheel uit met de in het Handvest opgenomen catalogus van grondrechten.

237. **Nadere omschrijving in secundaire Unie-wetgeving.** Door de invoering van artikel 13 en artikel 141, lid 3 in het E.G.-Verdrag door het Verdrag van Amsterdam van 1997, is aan de Europese instanties eveneens de expliciete bevoegdheid gegeven om passende maatregelen te nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden (artikel 13) respectievelijk de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep (artikel 141, lid 3). De inhoud van deze bepalingen werd eveneens overgenomen in het Werkingsverdrag (zie artikel 19 en artikel 157, lid 3).

---

[768] G. MORE, *l.c.*, 521; W. VAN GERVEN, "Politics, ethics and the law - Legal practice & Scholarship", *l.c.*, 17; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 55-58.

[769] Zie bv. K. LENAERTS en P. VANNUFFEL, *o.c.*, 437.

Op basis van de genoemde bevoegdheidsverlenende bepalingen werd het discriminatieverbod ingeschreven in meerdere richtlijnen, waarvan er twee, de zgn. Kaderrichtlijn arbeid (2000/78/EG) en de Genderrichtlijn arbeid (2006/54/EG), in hun toepassingsgebied beperkt zijn tot arbeidsrelaties en twee anderen, de zgn. Rasrichtlijn (2000/43/EG) en de Genderrichtlijn (2004/113/EG), (eveneens) van toepassing zijn op het leveren van goederen en diensten. Deze richtlijnen werden intussen, zij het op fragmentarische wijze[770], omgezet in het nationale recht van de lidstaten. Momenteel wordt door de Europese wetgever op grond van de bevoegdheidsbepaling van artikel 19 Werkingsverdrag gewerkt aan een Richtlijn die eveneens van toepassing is op het leveren van goederen en diensten. Het gaat om het zgn. Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, dat een wettelijk kader beoogt tot de bestrijding van discriminatie op grond van o.m. handicap en leeftijd.

238. **Totstandkoming van nationale horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving.** Ondanks de verschillende implementatiemethoden die doorheen de Europese Unie zijn toegepast naar aanleiding van de omzetting van de genoemde anti-discriminatierichtlijnen[771], blijft het zo dat rechtsonderhorigen vandaag in de gehele Europese Unie ten opzichte van elkaar kunnen beroep doen op horizontaal werkende anti-discriminatieregels. In sommige lid-staten, zoals België, is de omzetting van deze richtlijnen gepaard gegaan met de totstandkoming van algemeen geldende anti-discriminatiewetgeving waarvan het toepassingsgebied ruimer is geformuleerd dan het bestaande kader van anti-discriminatierichtlijnen. Ook de in de Belgische anti-discriminatiewetgeving geformuleerde oplijsting van beschermde discriminatiegronden is ruimer dan door de geldende anti-discriminatierichtlijnen wordt vereist.

De bestaande regels in het Belgisch recht kunnen vandaag *grosso modo* worden teruggevonden in een viertal wetten: de “Algemene anti-discriminatiewet”, de “Genderwet”, de “Anti-racismewet” en de WAP. Deze wetgeving beslaat een veelheid van toepasselijke rechtsdomeinen waaronder de sociale voordelen, de arbeidsbetrekkingen, de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid en ook de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (voorzover die publiekelijk beschikbaar zijn). Door het ruime toepassingsgebied wordt algemeen aangenomen dat, mits een aantal uitzonderingen, deze wetgeving van toepassing is op verzekeringsrelaties, zowel voor wat betreft “gewone” private (niet-arbeidsgerelateerde) verzekering zoals ziekte(kosten)verzekering (waaronder ook hospitalisatieverzekering), WAM-verzekering, brandverzekering, levensverzekering (waaronder ook schuldsaldoverzekering), reisverzekering en familiale verzekering, als op aanvullende sociale voorzieningen zoals pensioenen (tweede pijler), aanvullende ziektekostenverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering.

De Belgische anti-discriminatiewetgeving biedt een aantal strafrechtelijke sanctiemechanismen en een uitgebreid burgerrechtelijk sanctie-apparaat, bestaande uit een vordering tot staken, al dan niet

[770] Cf. *supra* nr. 77, met verwijzing naar D. SCHIEK, "Implementing EU Non-Discrimination Directives: Typologies of legal transplanting", *l.c.*, 70-83.

[771] Ibidem.

aangevuld met een dwangsom en een strafrechtelijke sanctie bij niet-naleving van het stakingsbevel, de mogelijkheid tot de nietigverklaring van contractuele bedingen en het vragen van een forfaitaire schadevergoeding.[772]

239. **Voorrang van de artikel 19-Richtlijnen op het nationale recht.** Door het principe van voorrang van Europese richtlijnen op het nationale recht[773], kan een eventuele niet-overeenstemming van de de Belgische wetgeving met de artikel 19-Richtlijnen ook in de relaties tussen particulieren gevolgen creëeren. Onder bepaalde omstandigheden is het mogelijk dat de niet-overeenstemming leidt tot een buiten toepassing laten van de nationale norm.[774] Dit komt voor in gevallen waarin geen beoordeling voorligt van het gedrag van private partijen, maar wel van het gedrag van de wetgever.[775] In ieder geval dient de Belgische wetgeving, ook in horizontale relaties, conform de artikel 19-Richtlijnen te worden geïnterpreteerd.[776]

240. **Invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie.** Zowel de secundaire Uniewetgeving als de nationale anti-discriminatiewetgeving hebben tot nu toe een belangrijke invloed genoten van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het grootste deel van de rechtspraak van het Hof inzake de toepassing van de discriminatienorm tussen particulieren, werd gewezen met betrekking tot gevallen van loondiscriminatie op grond van geslacht.[777] Loondiscriminatie wordt verboden door het rechtstreeks inroepbare en horizontaal werkende artikel 157 van het Werkingsverdrag.

De rechtspraak van het Hof inzake loondiscriminatie wordt in de rechtsleer algemeen gezien als een belangrijke richtingaanwijzer voor de interpretatie van de bepalingen uit de Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Genderrichtlijn.[778] Dit is geen toeval. De bepalingen uit de richtlijnen blijken immers even-

---

[772] Cf. *supra* nr. 210 e.v.

[773] H.v.J. 24 oktober 1996, *Kraaijeveld/ Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, *Jur.* I-5403, ov. 56-61.

[774] Cf. *supra* nr. 118, met verwijzing naar H.v.J. 30 april 1998, *Bellone/ Yokohoma*, C-215/97, *Jur.* 1998, I-2191, ov. 14 (i.v.m. het stellen van een bijkomende voorwaarde aan de uitoefening van een recht); H.v.J. 28 maart 1996, *strafzaak t. Ruiz* Bernáldez, C-129/94, *Jur.* 1996, I-1829, ov. 24; zie ook H.v.J. 12 maart 1996, *Pafitis/ Trapeza Ketrikis*, C-441/93, *Jur.* 1996, I-1347, ov. 70. (i.v.m. het toevoegen van een uitzondering aan de uitoefening van een recht); H.v.J. 30 april 1996, *CIA Security International / Signalson en Securitel*, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201, ov. 42-55; H.v.J. 26 september 2000, *Unilever/ Central Food*, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535, ov. 49 (het schenden van een procedurele voorwaarde).

[775] K. LENAERTS en T. CORTHAUT, *l.c.*, 306-307.

[776] Cf. *supra* nr. 119, met verwijzing naar H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./ Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 109.

[777] Zie bv. H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/ Sabena*, 43/75, *Jur.* 1976, 455; H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/ Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889; H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/ Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/ Collo*, C-110/91, *Neath/ Steeper,* C-152/91, *Coloroll Pension Trustees/ James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879; H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/ Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535; H.v.J. 9 februari 1999, *Regina/ Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623.

[778] Zie M. BELL, "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive", *European Law Journal* September 2002, afl. 3, 390-391.

eens geïnspireerd te zijn op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake geslachtsdiscriminatie.[779] Deze rechtspraak zal bijgevolg ook richtingaangevend zijn voor de interpretatie van de omzettingsbepalingen van deze Richtlijnen in het nationale recht.[780]

Ook voor verzekeringsrelaties is de rechtspraak van het Hof van Justite van bijzonder belang. Sinds het zogenaamde *Barber*-arrest van 17 mei 1990 staat immers vast dat het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen (zoals veruitwendigd in artikel 141 van het E.G.-Verdrag) van toepassing wordt geacht op de in het kader van aanvullende pensioenregelingen betaalde bijdragen en de daarin voorziene uitkeringen.[781] In aanvullende pensioenen wordt, net zoals in private verzekering, gebruik gemaakt van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen ter berekening van de te betalen premies en uitkeringen. Nu het Hof zich in de zaak *Lindorfer* van 2007 beriep op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen om zich voor het eerst ten gronde uit te spreken over de rechtmatigheid van het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen[782], wordt duidelijk dat de Europese rechtspraak de principes van het gelijkheidsbeginsel steeds dichter bij private verzekeringsrelaties brengt.

Naast de toepassingen van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, omvat de rechtspraak van het Hof eveneens een aantal relevante beslissingen met betrekking tot het verbod van nationaliteitsdiscriminatie in horizontale relaties.[783] Een eerste reeks recente uitspraken van het Hof biedt antwoord op prejudiciële vragen met betrekking tot de interpretatie van de discriminatienormen uit de artikel 19-richtlijnen.[784] Op deze rechtspraak wordt later teruggekomen in het kader van de bespreking van de verschillende bestanddelen van het discriminatieverbod.

---

[779] Zie bv. de toelichting van de Comissie bij de Rasrichtlijn, waar zij expliciet naar deze rechtspraak verwijst. Zie Voorstel voor een richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, COM (1999) 565, 13.

[780] C. BAYART, *o.c.*, 10. Tijdens de parlementaire voorbereidingen bij de Belgische anti-discriminatiewetgeving van 2007 pareerde de wetgever op dit vlak de opmerkingen die werd geuit door de afdeling wetgeving van de Raad van State. In haar advies had de Raad van State kritiek gegeven op het feit dat de rechtspraak van het Hof in loondiscriminatiezaken werd veralgemeend naar andere discriminatiegronden en andere terreinen. Deze kritiek werd door de wetgever weerlegd door de opmerking dat er in het Europees discriminatierecht sprake is van een duidelijke kruisbestuiving tussen de verschillende materies en dat de vooruitgang die wordt geboekt op een bepaald terrein waar mogelijk wordt gerecupereerd op andere terreinen. Zie Verslag Libert, *l.c.*, 89-90.

[781] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group,* 262/88, *Jur.* 1990, I-1889, ov. 27-28.

[782] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 51-56.

[783] H.v.J. 6 juni 2000, *Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139; H.v.J. 3 oktober 2000, *Ferlini/Centre Hospitalier de Luxembourg*, C-411/98, *Jur.* 2000, I-8089. Er is zelfs sprake van een vroege toepassing van het horizontaal verbod van nationaliteitsdiscriminatie in verzekeringsrelaties. Zie daarvoor H.v.J. 13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277, ov. 14.

[784] Zie bv. de zaken H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, over de interpretatie van het begrip handicap, cf. *infra* nr. 107 e.v.; H.v.J. 1 april 2008, *Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, in verband met het causaal verband tussen de beschermde discriminatiegrond en de ongelijke behandeling, cf. *infra* nr. 797; H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, in verband met de ontoelaatbaarheid van discriminatie door associatie, cf. *infra* nr. 459 e.v.; H.v.J. 5 maart 2009, *Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, in verband met de rechtvaardiginsmogelijkheden voor directe leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties, cf. *infra* nr. 528 e.v. Zie voor een recent overzicht, C. BAYART en C. DEI-

241. **Nationaalrechtelijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties.** De Belgische anti-discriminatiewetgeving heeft voorlopig nog maar één keer geleid tot een rechterlijke uitspraak in verband met de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in particuliere verzekeringsrelaties. Dit gebeurde in de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* voor de Brusselse Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, die toepassing maakte van de Anti-discriminatiewet van 2003.[785] Het betrof een geschil waarbij een hospitalisatieverzekeraar een ongelijke premieverhoging had doorgevoerd op grond van leeftijd. De rechter maakte in de beoordeling van het vermeend discriminatoir onderscheid, gebruik van de toetsingscriteria die ook in de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof en het EHRM worden gebruikt ter beoordeling van de rechtvaardiging van discriminatie.[786] Deze uitspraak behoudt haar belang voor de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 en komt verder aan bod bij de nadere inhoudelijke invulling van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties.[787]

242. **Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie.** Bijzondere aandacht werd besteed aan de betekenis van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie en haar verhouding met het nationale recht. Op basis van de richtsnoeren die in dit verband zijn gefomuleerd doorheen de rechtspraak van het Hof van Justitie, werden drie probleemgebieden omschreven die van belang kunnen zijn voor verzekeringsrelaties.

In de eerste plaats blijkt het mogelijk te zijn om op grond van het algemeen beginsel de geldigheid te betwisten van secundaire Unie-wetgeving die is aangenomen op grond van artikel 13 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 19 Werkingsverdrag) en die gestalte geeft aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties. Illustratief in dat verband is de procedure die momenteel hangende is bij het Hof van Justitie en waarbij het Belgisch Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag heeft gesteld omtrent de overeenstemming van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, als beginsel van het recht van de Unie.[788] Dit artikel 5, lid 2 betreft de zogenaamde *opt-out* clausule waarbij de Europese wetgever de lidstaten de mogelijkheid schonk om in verzekeringsdiensten proportionele verschillen toe te staan in premies en uitkeringen in de gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico. De Belgische wetgeving die van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt in het kader van levensverzeke-

---

TEREN, "Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de ras- en kaderrichtlijn" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 37-75.

[785] Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

[786] Zie in dit verband de dwingende interpretatie van het in de Anti-discriminatiewet van 2003 geformuleerde discriminatieverbod in haar arrest van 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, ov. B.35, met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM. Zie EHRM 28 mei 1985, 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali / United Kingdom*, nr. 9241/80, 9473/81 en 9474/81, §72, waar op zijn beurt wordt verwezen naar EHRM 23 juli 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique/Belgique* 1968, nr. 474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 (ook bekend als de "Belgische Taalzaak").

[787] Cf. *infra* nrs. 852, 877 en 885.

[788] Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, 18. Zie ook H.v.J. *Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier/Ministerraad*, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, *Pb.* C 29 augustus 2009, afl. 205, 28.

ringsovereenkomsten[789] moet na het antwoord door het Hof van Justitie, door het Grondwettelijk Hof worden getoetst aan de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet.

Een tweede vaststelling met betrekking tot de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling betreft de mogelijkheid om in een geschil tussen particulieren, middels een beroep op dit beginsel, nationale wetgeving buiten toepassing te laten die met het beginsel in strijd is.[790] Daaraan wordt wel de voorwaarde verbonden dat deze nationale wetgeving niet in de plaats van, of los van secundaire wetgeving wordt ingeroepen.[791]

Een derde vaststelling betreft de voorlopige onmogelijkheid om beroep te doen op het algemeen gelijkheidsbeginsel als autonoom regelgevend element.[792] Het gelijkheidsbeginsel blijkt als algemeen beginsel van het recht van de Unie enkel horizontaal te kunnen worden toegepast indien de situatie waarin op dit algemeen beginsel wordt beroep gedaan, "onder het gemeenschapsrecht" valt of voor zover dit m.a.w. gebeurt "*binnen een specifiek gemeenschapsrechtelijk kader*".[793] In domeinen waarin de Unie-wetgever nog geen gedetailleerde maatregelen heeft aangenomen met betrekking tot de door artikel 19 Werkingsverdrag beschermde discriminatiegronden, kunnen particulieren geen beroep doen op het algemeen beginsel. Deze conclusie is van minder groot belang in het geval toepassing kan worden gemaakt van nationale beschermingsmaatregelen inzake discriminatie, die reeds los van de Unie-richtlijnen tot stand kwamen. Zo biedt de Belgische gelijkebehandelingswetgeving reeds bescherming tegen discriminatie op grond van een uitgebreide lijst van discriminatiegronden. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is deze lijst door interventie van dit laatste Hof, door een gedeeltelijke vernietiging van de bestaande "gesloten lijst" van discriminatiegronden, zelfs uitbreidbaar tot andere in internationale mensenrechtenverdragen vermelde gronden.[794] In andere lidstaten, waar bv. nog geen anti-discriminatiewetgeving werd uitgevaardigd inzake de bescherming tegen discriminatie op grond van handicap of leeftijd in het leveren van goederen en diensten, dringt de noodzaak van een nieuwe artikel 19-Richtlijn zich op.

243. **Verdere aanwending van het geschetste referentiekader.** Het in dit eerste gedeelte geschetste referentiekader dient verder als vergelijkingsbasis voor een analyse van de interpretatie en draagwijd-

---

[789] Wet van 21 december 2007 tot wijziging van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, *B.S.* 31 december 2007.

[790] H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 77.

[791] Advocaat-Generaal MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 136-139. Zie in dezelfde zin ook nog eens Advocaat-Generaal TRSTENJAK, conclusie van 29 maart 2007 voor H.v.J. 7 juni 2007, *Carp/Ecorad*, C-80/06, *Jur.* 2007, I-4473, ov. 70.

[792] Zulks was evenwel gesuggereerd door Advocaat-Generaal RUIZ-JARABO COLOMER in zijn conclusie van 24 januari 2008 voor H.v.J. *Michaeler* (C-55/07 en C-56/07), *Subito* (C-55/07 en C-56/07) en *Volgger* (C-56/07), H.v.J. 24 april 2008, gevoegde zaken C-55/07 en C-56/07*, Jur.* 2008, I-3135*,* ov. 23.

[793] H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 25, die hierbij het advies volgt van Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J., *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 87.

[794] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.16. Dit schept o.m. mogelijkheden voor het toevoegen van voor verzekeringsrelaties relevante discriminatiegronden zoals "gewezen gezondheidstoestand" of "woonplaats". Cf. *supra* nr. 199-200.

te die in verschillende landen is gegeven betreffende de werking van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties en meer in het bijzonder in verzekeringsrelaties. Ook in het gedeelte van het proefschrift waar wordt onderzocht op welke manier de spanning tussen de concurrentiële verzekeringsmarkt en het horizontaal werkend gelijkheidsbeginsel kan worden overbrugd, dient het Europees-nationale referentiekader als uitganspunt. Het is binnen de interpretatiegrenzen van dit kader dat uiteindelijk (op grond van mogelijke invloeden uit de andere onderzochte rechtsstelsels en rekening houdend met de door de verzekeraar nagestreefde doelstellingen van economische efficiëntie en actuariële fairness) voorstellen worden gedaan voor evenwichtig beoordelingskader aan de hand waarvan het differentiatebeleid van de verzekeraar kan worden getoetst aan het juridisch gelijkheidsbeginsel.

DEEL II. SPANNINGSVELD: DE CONCURRENTIËLE VERZEKERINGSMARKT EN HET JURIDISCH GELIJKHEIDSBEGINSEL

244. ***Competition* vs. *Equality*.** Binnen de verschillende Europese lidstaten is doorheen de jaren een redelijk niveau van harmonisatie en coördinatie bereikt van de regulerings- en toezichtsstelsels voor verzekeringsondernemingen. In de zogenaamde *derde generatie* Europese verzekeringsrichtlijnen werd, met het oog op een verhoging van de competitiviteit binnen de verzekeringsmarkt, aan de lidstaten verboden *a priori* of systematische *a posteriori*-controle uit te oefenen op tarieven en voorwaarden.[795] Uit deze derde generatie verzekeringsrichtlijnen heeft het Hof van Justitie eveneens het beginsel van tariefvrijheid afgeleid.[796] Daardoor kon op zijn beurt een rem worden gezet op wetgevend ingrijpen met een te grote invloed op het tariefbeleid van de verzekeringsondernemingen.[797] Deze ontwikkelingen hebben er toe geleid dat verzekeringsondernemingen werden aangezet hun producten te innoveren en hun gamma aan diensten uit te breiden tegen gunstiger tarieven.[798] Productinnovatie en concurrentiële druk hebben de verzekeraar er eveneens toe verplicht om verhoogde aandacht te geven aan de selectie van de risico's die hij wil verzekeren, evenals een aan deze risi-

[795] De *derde* generatie Europese verzekeringsrichtlijnen verbieden aan de lidstaten de voorafgaande goedkeuring of de systematische mededeling te eisen van de tarieven en van de bijzondere voorwaarden van de polissen en andere formulieren. Zie voor levensverzekering, artikel 29 van Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG, *Pb.* L, afl. 360, 1 (hierna "Derde Richtlijn Leven"), zoals later opgenomen in artikel 34 van Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *Pb.* L 19 december 2002, afl. 345, 1 (hierna "Levensverzekeringsrichtlijn"). Zie voor schadeverzekering, artikel 29 van Richtlijn 92/49/EEG van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG, *Pb.* L, 11 augustus 1992, afl. 228, 1 (hierna "Derde Schadeverzekeringsrichtlijn"). Zie H. COUSY, "Le marché intérieur de l'assurance en Europe", *International Business Law Journal* 1994, afl. 3, 303. Zie ook H. COUSY en H. CLAASSENS, "Ex post control of insurance in Belgium", *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 1994, afl. januari, 46-59; B. DUBUISSON, "Le consommateur européen face au marché unique de l'assurance: mythes et réalités", *De Verz.* 1992, 1080-1119. Zie ook *infra* nr. 762.

[796] Zie reeds H.v.J. 11 mei 2000, *Commissie/Frankrijk*, 296/98, *Jur.* 2000, I-3025, ov. 29, dat spreekt over "*la libre commercialisation des produits d'assurance*"; zie daarna H.v.J. 25 februari 2003, *Commissie/Italië*, C-59/01, *Jur.* 2003, I-1759, ov. 29, dat spreekt over "*le principe de la liberté tarifaire*". Zie bv. J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIème siècle*, Bulletin des Assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 12-13; J.M. BINON, "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*, 9.

[797] Deze tariferingsvrijheid heeft onder meer gespeeld in geschillen waarbij enkele lidstaten door de Europese Commissie voor het Hof van Justitie werden gedaagd omwille van de door deze lidstaten verplicht opgelegde bonus-malusstelsels. Zie H.v.J. 25 februari 2003, *Commissie/Italië*, C-59/01, *Jur.* 2003, I-1759; H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557; H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517 en *Euredia* februari 2006, afl. 2005/2, 169, noot Y. THIERY en A. DE GRAEVE. Zie omtrent deze procedures en de uitkomst ervan, *infra* nrs. 763-764.

[798] Zie C. PARIS, "Les dérives de la segmentation en assurance", *l.c.*, 75.

co's aangepast differentiatiebeleid te voeren in de vorm van premiedifferentiatie en risico-afhankelijke contractsvoorwaarden.[799]

Hierboven werd reeds aangegeven dat de verworvenheden van de concurrentiële verzekeringsmarkt (*competition*) evenwel op gespannen voet staan met de tendens in wetgeving en rechtspraak om het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie te profileren en te horizontaliseren (*equality*).[800] De door de concurrentiële verzekeringsmarkt in de hand gewerkte onderscheiden behandeling tussen categorieën van verzekerden, ontstaat wanneer doorheen het differentiatiebeleid van de verzekeraar bepaalde categorieën van verzekerden een bemoeilijkte toegang tot verzekering ervaren of wanneer zij worden geconfronteerd met inadequate tarifering of contractvoorwaarden.[801] Het juridisch gelijkheidsbeginsel is er nu precies op gericht ongeoorloofde vormen van ongelijke behandeling of discriminaties tegen te gaan. Discriminatie op grond van door de verzekeraar courant gebruikte differentiatiefactoren zoals leeftijd, gezondheidstoestand, handicap en geslacht is ook in de relaties tussen particulieren verboden en de verzekeraar kan zich daaraan niet onttrekken. De toepasselijkheid van anti-discriminatieregels in horizontale relaties, waarbij in het leveren van goederen en diensten beperkingen worden opgelegd aan het gebruik van bepaalde persoonskenmerken, wordt door de verzekeringssector dan ook bijzonder scherp aangevoeld. Doordat de private verzekeraar van nature onderscheiden maakt (in de vorm van risico-selectie en risico-differentiatie), tekent zich een nooit geziene confrontatie af van op het eerste gezicht niet met elkaar verzoenbare logica's die tot hiertoe bovendien vanuit een geheel verschillende traditie en bezorgdheid parallel aan elkaar opereerden. Aan de ene kant is er de concurrentiële verzekeringsmarkt die via een correcte toepassing van de verzekeringstechniek streeft naar gelijke verzekeringsvoorwaarden voor gelijke risico's. Aan de andere kant zijn er de juridische grenzen aan segmentatie die worden teruggevonden in de fundamentele beginselen van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie. De spanning die ontstaat tussen deze twee logica's vormt het voorwerp van dit deel II.

245. **Solidariteit, gelijkheid en differentiatie in verzekering.** Voor een goede begrip van het spanningsveld dat zich openstrekt tussen de toepassing van de verzekeringstechniek aan de ene kant en de werking van het juridisch gelijkheidsbeginsel aan de andere kant, zal moeten worden nagegaan welke de drijfveren en grondslagen zijn van het segmentatiebeleid van de verzekeraar. In hoofdstuk I zal daarom een analyse wordt gemaakt van een aantal cruciale begrippen uit de verzekeringstechniek. Deze analyse zal worden opgebouwd rondom de verzekeringstechnische invulling van de concepten solidariteit, gelijkheid en onderscheid. Hierbij wordt aandacht besteed aan de noodzaak van mutualisering van risico's, het onderscheid tussen kanssolidariteit en subsidiërende solidariteit, het

[799] Zie in dezelfde zin, H. COUSY, "Over ethiek en verzekeringen: ter oriëntatie", *l.c.*, 33; H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile", *l.c.*, nr. 1.

[800] H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", nr. 14; J.-M. BINON, "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*, 18.

[801] H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile", *l.c.*, nr. 1.

vemijden van heterogene risicogroepen, het streven naar actuariële fairness en de te bekampen risico's van *moral hazard* en *anti-selectie*.

246. **Grenzen aan het juridisch gelijkheidsbeginsel: zoektocht naar maximale bescherming tegen discriminatie.** In hoofdstuk II wordt op zoek gegaan naar de grenzen van het juridisch gelijkheidsbeginsel, zoals die in verschillende jurisdicties zijn vastgesteld in horizontale relaties in het algemeen en in verzekeringsrelaties in het bijzonder. Meer bepaald zal worden getracht de voorwaarden vast te stellen waaronder een nadelige behandeling op grond van courant gebruikte segmentatiefactoren wordt bestempeld als een door het recht verboden vorm van discriminatie. Concreet zal de manier waarop in het (in deel I geschetste) Europees-nationale referentiekader gestalte is gegeven aan het verbod van discriminatie, functioneel worden vergeleken met het Canadese en het Zuid-Afrikaanse recht. Binnen deze jurisdicties is om historische en/of maatschappelijke redenen een belangrijke expertise opgebouwd omtrent de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties. Binnen deze jurisdicties werden door wetgever, rechtspraak en rechtsleer eveneens richtsnoeren geformuleerd omtrent de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verzekeringsrelaties.

Zoals reeds aangekondigd zullen de potentiële grenzen aan het discriminatieverbod worden verkend aan de hand van de mogelijke gronden op basis waarvan het verboden is te discrimineren, de causaliteit tussen de onderscheiden behandeling en de beschermde discriminatiegronden, de vergelijkbaarheid van de benadeelde partijen, de (ir)relevantie van de intentie tot discriminatie, het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie, de mogelijkheid tot rechtvaardiging en de plicht tot redelijke aanpassingen.

247. **Conflictverklaring.** In een derde hoofdstuk wordt ten slotte in kaart gebracht op welke fronten de verzekeringslogica en het juridisch gelijkheidsbeginsel precies met elkaar in botsing komen. Aandacht wordt besteed aan de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en segmentatie-ondersteundende figuren zoals de contractsvrijheid en tariferingsvrijheid van de verzekeraar. Daarnaast wordt ingegaan op de verschillende visie op gelijkheid en rechtvaardigheid zoals die bestaat in de zogenaamde individualistische mensenrechtentraditie enerzijds en de verzekeringseconomische groepstraditie anderzijds.

HOOFDSTUK I. SOLIDARITEIT, GELIJKHEID EN ONDERSCHEID IN VERZEKERING

TER INLEIDING

248. Voorafgaand aan iedere discussie over de rol van het juridisch gelijkheidsbeginsel in de verhouding tussen verzekeraar en verzekerde, dient men er zich bewust van te zijn dat de verzekeringsmarkt, zoals we die vandaag kennen, opgebouwd is rond een eigen logica van drie essentiële elementen: solidariteit, differentiatie en ook… gelijkheid. Iedere poging om verzekeringsverrichtingen af te toetsen aan het juridisch gelijkheidsbeginsel zal met het bestaan van deze elementen rekening dienen te houden.

Solidariteit

249. **Verzekering en mutualisering.** Verzekering, in zijn meest oorspronkelijke vorm, is onmiskenbaar gestoeld op solidariteit. Verzekerden stellen een bepaald bedrag ter beschikking aan de collectiviteit van verzekerden. In ruil hiervoor verwachten zij de zekerheid dat de totaliteit van de verzamelde bedragen in staat zal zijn compensatie te kunnen bieden voor de uiteindelijke schadelast die zich binnen deze collectiviteit zal voordoen. Iedere verzekerde doet dit in principe zonder te weten of hij/zij schade zal leiden. Het groeperen van al dan niet van elkaar verschillende risico's voor verzekeringsdoeleinden wordt ook wel "mutualisering" genoemd.[802] Het solidariteitsaspect van verzekering bestaat erin dat er zich binnen een bepaalde periode en binnen een groep van verzekerde personen (de mutualiteit) een overdracht voordoet van vermogen van de personen die niet geconfronteerd werden met een schadegeval naar de personen die schade hebben geleden.

Gelijkheid

250. **Verzekering en actuariële fairness.** Met COUSY wordt eraan herinnerd dat zolang er enkel sprake is van formules van mutualiteit, men zich nog bevindt in de "prehistorie" van de verzekering.[803] Gebruik makend van de klassiek geworden definitie die CHAUFTON in de 19° eeuw gaf aan verzekering als "*la compensation des effets du hasard sur le patrimoine de l'homme par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique*"[804], duidt hij aan dat er naast zuivere mutualisering nog twee bijkomende essentiële elementen moeten worden onderscheiden in de beschrijving van de eigenlijke

[802] M. PICARD en A. BESSON, "Le contrat d'assurance", in A. BESSON (ed.) *Les assurances terrestres*, Parijs, Librairie LGDJ, 1982, 18; P. PICARD, "Les frontières de l'assurabilité", *Risques* juni 2003, afl. 54, 65; F. CORLIER, "Segmentation: le point de vue de l'assureur" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, Antwerpen, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 190; G. SCHOORENS, *l.c.*, 218-219; C. PARIS, "Segmentation et sélection des risques" *l.c.*, 71.

[803] H. COUSY, "Over de verzekering van het onverzekerbare" in *Liber Amicorum R. Blanpain,* Brugge, Die Keure, 1998, 711; H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile", *l.c.,* nr. 1.

[804] A. CHAUFTON, *Les assurances,* Parijs, Chevalier-Maresq Aîné, 1884, I, 347.

verzekeringsverrichting. Aan de ene kant de mutualisering of groepering van dragers van een *gelijk risico* en aan de andere kant de toepassing van de *statistiek* die ervoor moet zorgen dat de verzekeraar de waarschijnlijke kost van de dekking en de premie op voorhand kan berekenen.[805]

In het organiseren van mutualiteit die door de moderne verzekeraar wordt doorgevoerd wordt dus een vorm van *gelijkheid* nagestreefd. Het betreft een gelijkheid die erin bestaat dat iedere verzekerde met een vergelijkbaar risico, dezelfde voorwaarden geniet voor het dekken van dit risico door verzekering. Men spreekt over het samenstellen van homogene risicogroepen. De bepaling van de vergelijkbaarheid van de risico's binnen een groep, gebeurt door een *a priori* inschatting, op basis van predictiemodellen die gesteund zijn op voldoende empirische waarnemingen met betrekking tot het soort risico waaraan de verzekerde persoon is blootgesteld.[806] De noodzaak aan voorafgaande empirische waarnemingen met betrekking tot het te verzekeren risico heeft te maken met het feit dat de productiecyclus van verzekeringsproducten *invers* is.[807] Het eigene van de verzekeringsverrichting bestaat er namelijk in dat de afnemer de geleverde dienst betaalt alvorens de kostprijs ervan, namelijk de gedekte schade, bekend is.[808] (Dit in tegenstelling tot een normale productiecyclus waarbij het bepalen van de prijs evenals de betaling ervan, pas plaats vindt na levering van de dienst). De gelijkheid waar de verzekeraar naar streeft betreft een gelijkheid van personen waarvan voorafgaand op zo correct mogelijke wijze is ingeschat welke kost zij zullen vertegenwoordigen. Naar deze gelijkheid zal verder ook worden verwezen door het begrip actuariële fairness. Zoals later zal blijken komt de door de verzekeringstechniek nagestreefde gelijkheid niet steeds overeen met de gelijkheid zoals die wordt ingevuld door het juridisch gelijkheidsbeginsel.

Differentiatie

251. **Verzekering en segmentatie.** De gelijke behandeling van gelijke risico's houdt meteen ook in dat de verzekeraar tussen de te verzekeren risico's *onderscheiden* zal maken in de mate dat zij niet vergelijkbaar zijn. Afhankelijk van een aantal specifieke karakteristieken van het risico dat een persoon loopt, zal een verzekeraar een aangepaste houding aannemen ten opzichte van deze persoon. Dit kan zich uiten in een aangepaste premie, aangepaste dekkingsvoorwaarden of een weigering om een bepaald risico te willen verzekeren. Met dit proces van onderscheiding, dat door de hoger genoemde "Werkgroep segmentering" (opgericht in de schoot van de Belgische commissie voor Verzekeringen), werd gedefinieerd onder de noemer "verzekeringssegmentatie", zal de verzekeraar streven

---

[805] H. COUSY, "Insurance Law" in J. M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar Publishing, 2006, 313; H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 2. Zie ook J.-C. ANDRÉ-DUMONT, "La sélection du risque et la segmentation en assurance de personnes - Les assurances vie", *T. Verz. - Dossier 10* 2004, 116.

[806] G. SCHOORENS, *l.c.*, 219; M. GOOVAERTS en J. DHAENE, "Premiedifferentiatie, bonus-malus en solidariteit" in J. VAN LANGENDONCK (ed.) in *Liber Amicorum Roger Dillemans*, II Sociaal Zekerheidsrecht, Gent, Story-Scientia, 1997, 159.

[807] H. COUSY, "De grote oriëntaties van het verzekeringsrecht" in X. (ed.), *Liber Amicorum René Van Gompel,* Brussel, Story-Scientia, 1998, 151.

[808] Ibidem.

naar een zo groot mogelijke overeenstemming tussen de verwachte schade en kosten die een persoon ten laste legt van de collectiviteit van de verzekeringsnemers en de premie die hij voor de geboden dekking moet betalen.[809]

252. **Overzicht.** In de hiernavolgende bespreking zullen de begrippen solidariteit, gelijkheid en differentiatie in hun verzekeringstechnische betekenis van mutualiteit, actuariële fairness en segmentatie nader worden toegelicht en met elkaar in verband worden gebracht.

[809] N. DE PRIL en J. DHAENE, "Commissie voor verzekeringen - Rapport van de werkgroep segmentering" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 144; H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 2.

AFDELING 1. MUTUALISERING IN VERZEKERING: SOLIDARITEIT

§ 1. Noodzaak van mutualisering

253. **Betekenis van mutualisering.** Mutualisering is een techniek waarbij een groep mensen een bijdrage betaalt aan een fonds met het oog op het dekken van een gelijkaardig risico, waarvan de gevolgen niet of moeilijk kunnen worden gedragen door iedere verzekerde afzonderlijk.[810] Door de groepering van vergelijbare risico's wordt de financiële onzekerheid waaraan men individueel is blootgesteld door een onzeker toekomstig voorval, omgezet in de zekerheid dat men op het fonds beroep zal kunnen doen.[811] Deze omzetting van onzekerheid naar zekerheid kan plaats vinden op het moment dat het risico waartegen men zich wil verzekeren voldoende kan worden *gespreid* en het individu een bedrag kan betalen aan het fonds dat kleiner is dan de mogelijke kostprijs van de realisatie van het risico.[812]

254. **Wet van de grote getallen.** De risicospreiding die de overgang van onzekerheid naar zekerheid moet bewerkstelligen, vindt haar wetenschappelijke basis in de zogenaamde "wet van de grote getallen".[813] Deze 'wet'[814] beschrijft het gegeven dat het gemiddelde van een steekproef uit een grote populatie met hoge waarschijnlijkheid weinig verschilt van het gemiddelde van de totale populatie. Of eenvoudiger uitgedrukt *"unpredictable events become predictable among large groups of individuals*".[815] Toegepast op verzekering betekent deze wet dat hoe groter het aantal polissen in portefeuille is, hoe kleiner de kans wordt op een grote afwijking tussen de waargenomen totale schadelast en de verwachte totale schadelast.[816] Van een enkel individu kan moeilijk gezegd worden welke kans hij maakt op schade, maar hoe groter de groep van (gelijkaardige) individuen wordt, hoe groter de zekerheid waarmee men kan aangeven dat een bepaald percentage van deze individuen schade zal leiden.[817]

255. **Gelijkheid binnen de groep. Homogeniteit.** Aan de realiseerbaarheid van de wet van de grote getallen wordt wel de voorwaarde toegevoegd dat het daarbij dient te gaan om een populatie die ge-

---

[810] F. DE BILDERLING, "Discrimination et assurance: le point de vue actuariel" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen/Louvain-La-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 2007, 241.

[811] R. COOTER en T. ULEN, *o.c.*, 52; F. DE BILDERLING, *l.c.*, 241.

[812] R. COOTER en T. ULEN, *o.c.*, 52. Zie ook G. SCHOORENS, *l.c.*, 219; Y. STEVENS, *o.c.*, 504.

[813] Zie bv. P.L. BERNSTEIN, "Against the Gods: the remarkable story of risk", New York, John Wiley & Sons, 1996, 204.

[814] Ook wel het "theorema van Bernouilli" genoemd, naar Jacob Bernouilli, die in zijn *Ars Conjectandi* (1713) voor het eerst het verband optekende tussen waarschijnlijkheid en *a priori* informatie. Zie L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch Verzekeringsrecht*, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2008, 8. Zie voor een omstandige toelichting, P. L. BERNSTEIN, *o.c.*, 122-123.

[815] R. COOTER en T. ULEN, *o.c.*, 52.

[816] Zie L. SCHUERMANS, *o.c.*, 21.

[817] B.J. GLENN, "The shifting rhetoric of insurance denial", *Law & Society Review* 2000, afl. 3, 788. Zie ook M. GOOVAERTS en J. DHAENE, *l.c.*, 159.

vormd wordt door het uitvoeren van een zelfde kansexperiment. Toegepast op verzekering uit dit vereiste zich door de voorwaarde dat risico's maar worden gebundeld in de mate dat zij homogeen (gelijkaardig) of nagenoeg homogeen te maken zijn.[818] De wet van de grote getallen werkt niet meer indien verzekerden die niet vergelijkbaar zijn met de anderen, worden toegelaten in de risico-groep. Hieruit blijkt reeds dat het spreiden van risico dat door het mutualiteitsmechanisme wordt bewerkstelligd maar efficiënt kan werken indien er een voldoende mate van gelijkheid (tussen vergelijkbare risico's) en onderscheid (tussen onvergelijkbare risico's) wordt bewerkstelligd.[819]

256. **Dispersie.** Verder dient nog te worden opgemerkt dat de homogeniteit van risico's als toepassingsvoorwaarde voor de wet van de grote getallen op zich ook niet onbegrensd is. Homogene risicogroepen mogen er niet toe leiden dat deze risico-groepen zodanig klein worden dat spreiding niet meer mogelijk is en iedere verzekerde voor zichzelf instaat.[820] Naast een voldoende mate van homogeniteit, kan de wet van de grote getallen immers maar werken indien de risico's die zijn verenigd binnen een groep voldoende *dispers* zijn. Dat wil zeggen dat binnen een risico-groep een veelheid van risico's is gegroepeerd, waarvan slechts een minderheid ook effectief wordt gerealiseerd.[821]

§ 2. Vormen van solidariteit

257. **Verzekeringssolidariteit.** De solidariteitsgedachte die aan de oorsprong ligt van de mutualisering bestaat erin dat een vermogensoverdracht ontstaat tussen personen die op het einde van de verzekerde termijn geen schade hebben geleden, naar verzekerden die wél schade hebben geleden. Zowel de verzekerden die schade leden als de verzekerden die geen schade leden betaalden een premie, maar enkel de schade-lijdende verzekerden verkrijgen een vergoeding.

258. **Vormen van solidariteit.** Solidariteit binnen verzekeringsrelaties kan verschillende vormen aannemen. Klassiek onderscheidt men twee vormen: "*probabilistic solidarity*" en "*actual solidarity*". De begrippen zijn afkomstig uit de actuariële wetenschap en werden voor het eerst beschreven door DE WIT en VAN EEGHEN.[822] In het rapport van de "Werkgroep segmentering" binnen de Belgische

---

[818] P.L. BERNSTEIN, *o.c.*, 221; S.C.W. VAN EGMOND, *Is verzekeren moeilijk?*, Amsterdam, NIBE-SVV, 2002, 35-36; J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 117; B.J. GLENN, *l.c.*, 789; C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, *o.c.*, 20.

[819] Zie in dezelfde zin, H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile", *l.c.*, nr. 1.

[820] R. KAAS, M. GOOVAERTS, J. DHAENE en M. DENUIT, *Modern actuarial risk theory, Second ed.,* Berlijn, Springer, 2008, 203.

[821] M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006, 18; C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, *o.c.*, 20. In de literatuur wordt er naast een voldoende homogeniteit en dispersie van de risico's binnen de risico-groep nog een andere toepassingsvoorwaarde toegevoegd van de wet van de grote getallen. Risico's dienen namelijk voldoende frequent te zijn. Zoniet zijn zij niet berekenbaar daar er geen betrouwbare statistiek voorhanden kan zijn. Zie bv. L. SCHUERMANS, *o.c.*, 22.

[822] Zie G. W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, "Rate making and society's sense of fairness", *Astin Bulletin* 1984, afl. 2, 155. Zie eveneens G.W. DE WIT, "Inleiding in solidariteit en verzekering", *ASTIN Nederland* 1985, afl. november, 7; J.H. WANSINK, *l.c.*, 4-5. In deze Nederlandse publicaties hanteert men voor het eerst de begrippen kanssolidariteit en subsidiërende solidariteit. Zie ook R. KAAS, M. GOOVAERTS, J. DHAENE en M. DENUIT, *Modern actuarial risk theory-second ed.,* Berlijn, Springer, 2008, 135 en 258. Deze laatsten spreken niet meer over "*actual solidarity"*, maar wel van "*subsidizing solidarity*". Zie ook H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la res-

Commissie voor Verzekeringen, werden deze begrippen eveneens gebruikt onder de overeenkomstige noemer "kanssolidariteit" (*probabilistic solidarity*) en "subsidiërende solidariteit" (*actual solidarity*).[823] Hierna zal verder verwezen worden naar deze Nederlandstalige varianten. Het is de verdienste van deze werkgroep deze begrippen te hebben toegelicht in het probleemgebied van segmentatie, discriminatie en verzekering.

259. **Kanssolidariteit en subsidiërende solidariteit.** Men kan stellen dat er zowel bij kanssolidariteit als bij subsidiërende solidariteit sprake is van een vermogensoverdracht vanwege personen die gedurende de verzekerde termijn niet werden geconfronteerd met een schadegeval, naar zij die binnen deze termijn wel schade hebben geleden. Het verschil tussen de zogenaamde kans- en subsidiërende solidariteit ligt echter in de mate waarin de groep van risico's die door het mutualiteitsmechanisme werden verenigd, al dan niet zijn samengesteld uit personen met een vergelijkbaar risico.

Indien er sprake is van vermogensoverdrachten binnen een homogeen samengestelde groep van risico's spreekt men van *kanssolidariteit*. In dit geval beperkt de inkomenstransfer die ontstaat naar aanleiding van de verzekeringsverrichting, zich tussen de pechvogels en de gelukvogels en steunt de solidariteit zuiver op het toeval.[824]

Indien er daarentegen sprake is van vermogensoverdrachten binnen een heterogeen samengestelde groep van risico's, die feitelijk een verschillende schadekans vertegenwoordigen, is er nog steeds sprake van een solidariteit van geluksvogels naar pechvogels. Daarbovenop komt nu echter een bijkomende vorm van solidariteit. Deze solidariteit spruit voort uit het feit dat er personen zijn die een premie betalen die *hoger* ligt dan het eigenlijke risico dat zij vertegenwoordigen. Er ontstaat op die manier een *subsidie* naar de personen die een premie betalen die *lager* ligt dan het risico dat zij in feite vertegenwoordigen.[825] Dit verklaart de betekenis van de noemer "*subsidiërende* *solidariteit*.

Hieronder worden beide vormen van solidariteit uitgebreider toegelicht.

A. Kanssolidariteit

260. ***Ex-post* solidariteit**. Kanssolidariteit betreft zoals gezegd de solidariteit die ontstaat tussen de getroffenen en de niet-getroffenen in een groep van personen die een vergelijkbaar risico vertonen dat een schadegeval zich zal voordoen. Men spreekt per definitie over een vorm van *ex post*- solidari-

---

ponsabilité civile", *l.c.*, nr. 2; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 196-197. Zie eveneens M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, afl. 1, 85-86, die spreekt van "*risk solidarity*" (kanssolidariteit) and "*distributive solidarity*" (subsidiërende solidariteit).

[823] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 150. Het rapport verscheen ook in het Frans. Aldaar wordt verwezen naar de termen "*solidarité aléatoire*" en "*solidarité subventionnelle*". Zie N. DE PRIL en J. DHAENE, Commission des Assurances – Rapport du groupe de travail Segmentation" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 119-120; M. GOOVAERTS en J. DHAENE, *l.c.*, 159-160.

[824] Ibidem.

[825] H. COUSY, "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile", *l.c.*, nr. 2.

teit, omdat de vraag of men solidair zal zijn met de andere afhankelijk is van de vraag om men zelf te maken krijgt met een schadegeval.

261. **Economische onhaalbaarheid.** Pure kanssolidariteit is in principe het soort solidariteit waar de moderne verzekeraar, die werkt met grote groepen van verzekerden, naar streeft.[826] Pure kanssolidariteit zal economisch gezien echter niet altijd bereikbaar of gewenst zijn. Aan de hand van grote dataverzamelingen en de mogelijkheid om deze data in detail te analyseren is de verzekeraar weliswaar in staat om subsidiërende solidariteit tot een minimum te herleiden naar kanssolidariteit. De hoge kosten die verbonden zijn aan het opsporen en vaststellen van een homogene groep van risico's maakt het voor de verzekeraar economische gezien echter voordeliger om soms wat "ruis" te laten op de kwalificatie van de risico's.[827] Bovendien zal het ook praktisch niet haalbaar zijn alle relevante risicofactoren mee in aanmerking te nemen. Hierdoor zal er in zekere zin altijd sprake zijn van zogenaamde *ex ante*-overdrachten. Bij dergelijke *ex-ante* overdrachten staat reeds vóór dat zich schadegevallen hebben voorgedaan, vast dat personen die overeenkomstig hun risico een te hoge premie hebben betaald, zullen bijdragen aan de personen die overeenkomstig hun risico een te lage premie hebben betaald.[828] Alleen is het zo dat men de grootte en de richting van deze overdrachten nog niet kent.

262. **Kanssolidariteit stoot op haar eigen grenzen.** Hoewel in de economische literatuur wordt aangenomen dat een verzekeringssysteem waarbij iedere verzekerde een premie betaalt die gelijk is aan de verwachte waarde van toekomstige schadegevallen leidt tot een optimaal winst-resultaat[829], zal kanssolidariteit steeds stoten op haar eigen begrenzingen. Hiermee wordt bedoeld dat steeds rekening moet worden gehouden met het vereiste dat de verschillende groepen van homogene risico's die men creëert, groot genoeg blijven. Op een gegeven moment zal men moeten aannemen dat risico's vergelijkbaar zijn. "*Risks are like leaves in a tree: similar, but never identical*", zo stellen DE WIT en VAN EEGHEN.[830] Als kanssolidariteit ertoe leidt dat steeds kleinere en fijner gedefinieerde risicogroepen ontstaan, zal uiteindelijk niemand nog aan dezelfde voorwaarden verzekerd zijn. Bij een dergelijke superindividualisering zal een deel van de kanssolidariteit gewoonweg verdwijnen. Er is in een dergelijke situatie immers geen sprake meer van een verdeling van de lasten over de dragers, waardoor de wet van de grote getallen niet meer kan spelen. Enkel is er nog een verdeling van de lasten in de tijd, door één en dezelfde persoon.[831] Verzekering maakt zichzelf op die manier overbo-

---

[826] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *Financieel Forum / Bank- en Financiewezen* 2007, afl. 4, 243.

[827] Y. STEVENS, *o.c.*, 508-509.

[828] Zie N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 151; T. WOUTERS, *Enkele aspecten van segmentering in de verzekeringspraktijk,* Leuven, eindverhandeling aangeboden tot het behalen van de graad van gediplomeerde in de gespecialiseerde studies actuariële wetenschappen, 1996, 61-62.

[829] Zie F. BICHSEL, "Verschicherungsprämien und optimales Verhalten von Konsumenten und Produzenten gegenüber Risiken, *Mitteilungen der Vereinigung Sweizerischer Versicherungsmathematiker,* 1983, 105-113, geciteerd door G.W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, *l.c.*¸ 155.

[830] G. W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, *l.c.*, 152.

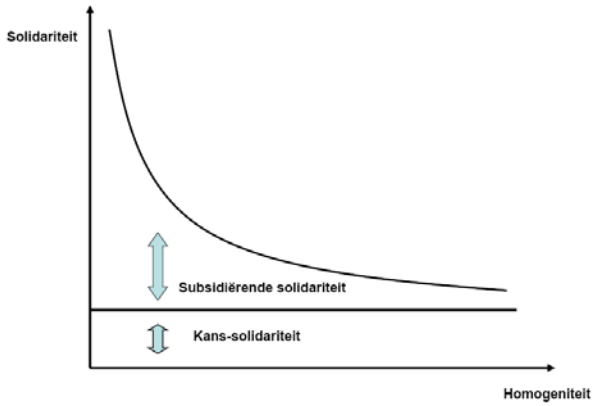
[831] S.C.W. VAN EGMOND, *o.c.*, 51.

dig en spoort aan tot andere manieren van risicospreiding zoals sparen. Hoewel kanssolidariteit steeds het streefdoel blijft van de winstmaximaliserende verzekeraar, zal zij in het kader van deze winstmaximalisatie niet tot in het oneindige kunnen worden doorgetrokken.

B. Subsidiërende solidariteit

263. ***Ex-ante* solidariteit.** Subsidiërende solidariteit ontstaat zoals gezegd door het verzamelen van niet-homogene risico's in dezelfde risico-groep. Het is een solidariteit die reeds op voorhand vastligt, zonder dat er gebleken is wie de getroffenen en de niet-getroffenen zijn. We spreken dan ook van *ex ante*-overdrachten. Deze overdrachten vinden plaats tussen personen die verzekerd zijn tegen voorwaarden die in verhouding zwaarder zijn dan het risico dat ze vertegenwoordigen, naar personen die verzekerd zijn tegen voorwaarden die lichter zijn dan hun eigenlijke risico. Zwaardere voorwaarden kunnen zich uiten in te hoge premies, maar bijvoorbeeld ook in een te hoge franchise die op zich dan weer leidt tot een te lage uitkering.

264. **Relatie met homogeniteit.** Subsidiërende solidariteit komt zoals gezegd steeds bovenop de kanssolidariteit. Een verminderde homogeniteit van de verschillende risico's laat de kanssolidariteit tussen geluksvogels- en pechvogels intact.[832] Hoe minder homogeen de risico-groep echter is samengesteld, hoe meer subsidiërende solidariteit daar bijkomt. Dit wordt duidelijk gemaakt aan de hand van de volgende grafiek.



Bron: DE WIT en VAN EEGHEN (1984); DE PRIL en DHAENE (1998), THIERY en VAN SCHOUBROECK (2006).[833]

In zijn meest voor de hand liggende vorm zal subsidiërende solidariteit zich voordoen in een beweging van "goede" naar "minder goede" risico's.[834] DE PRIL en DHAENE wijzen er echter op dat ook overdrachten in de tegenovergestelde richting mogelijk zijn. Dit kan zich voordoen indien de verzeke-

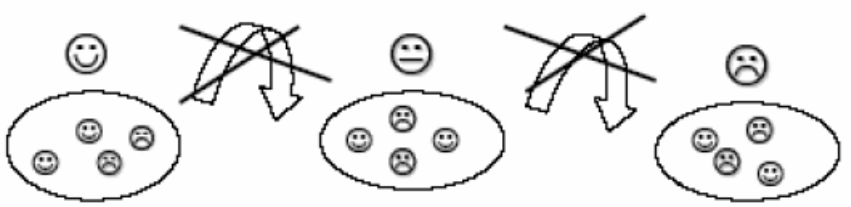
[832] Zie ook C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", l.c., 68, die schrijft dat "cette soldidarité subventionnelle est plus étendue lorsque la segmentation est moins forte et porte sur des groupes moins homogènes".

[833] G.W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, *l.c.*, 154; N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 151; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 197.

[834] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 243.

raar een overdreven belang hecht aan bepaalde segmenteringscriteria.[835] Een voorbeeld daarvan is het zwaar laten doorwegen van de factor leeftijd in motorrijtuigenverzekering, terwijl blijkt dat de ongevallenlast vooral wordt veroorzaakt door personen die dronken rijden. In zo een geval is er sprake van een subsidie van de jongere bestuurders ("minder goede risico's) naar oudere bestuurders ("goede risico's") die eveneens dronken rijden.[836]

265. **Subsidie-aversie.** De verzekeraar zal er in principe steeds naar streven zo weinig mogelijk subsidiërende solidariteit te creëeren door middel van het samenstellen van zo homogeen mogelijke risico-groepen.[837] Binnen deze homogeen samengestelde risico-groepen is er wel nog steeds sprake van kanssolidariteit. De voor de verzekeraar meest efficiënte situatie is deze waarbij de verliezen die binnen iedere risico-groep worden geleden, ook verzekerd zijn zonder subsidies van andere risico-groepen. Overdrachten tussen de verschillende risico-groepen worden vermeden. Tussen deze risico-groepen is er namelijk sprake van zogeheten *subsidie-aversie*.[838] Dit wil zeggen dat lage risico's in principe niet bereid zijn bij te dragen aan de schade die wordt veroorzaakt door hoge risico's en zich enkel willen verzekeren tegen voorwaarden die overeenkomen met hun eigen risico.[839] Op de volgende figuur volgt een weergave van de kanssolidariteit tussen geluks- en pechvogels binnen de risico-groep en de subsidie-aversie tussen de leden van de verschillende groepen.



Bron: THIERY en VAN SCHOUBROECK (2006)[840]

266. **Solidariteit in onwetendheid en bewuste solidariteit.** Zowel in het rapport van de "Werkgroep segmentering" binnen de Belgische Commissie voor Verzekeringen[841] als in talrijke verwijzingen in de literatuur[842], wordt erop gewezen dat binnen de subsidiërende solidariteit nog een onderscheid kan worden gemaakt tussen zogenaamde solidariteit *in onwetendheid* aan de ene kant en *geweten* of *bewuste* solidariteit aan de andere kant.

---

[835] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 151.

[836] Voor een verdere uitwerking van dit voorbeeld, cf. *infra* nr. 876 , met verwijzing naar K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 432.

[837] Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 195-196.

[838] W. WILS, "Insurance Risk Classifications in the EC: Regulatory Outlook", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, afl. 3, 456; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 198.

[839] *Ibidem*, waar deze houding wordt gelieerd aan het bestaan van anti-selectie.

[840] Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 196

[841] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 151.

[842] H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 3; J.H. WANSINK, *l.c.*, 5; J.-C ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 118 ; F. DE BILDERLING, *l.c.*¸ 243.

Ongeweten of *onbewuste* solidariteit slaat dan op geldoverdrachten die zich voordoen naar aanleiding van het feit dat er altijd onbekende of niet-kwantificeerbare risico-factoren zullen zijn, die verhinderen dat voorwaarden kunnen worden opgelegd die volledig overeenstemmen met het eigenlijke risico.[843] DUBUISSON geeft het voorbeeld van de verzekeraar die personen met een bepaald ziektebeeld verzekert, zonder reeds te weten dat deze ziekten in feite worden veroorzaakt door het AIDS-virus.[844] Een betere kennis van het risico draagt dan bij aan een meer verfijnde risico-classificatie en kan deze vorm van subsidiërende solidariteit kleiner maken.[845]

Geweten of *bewuste* subsidiërende solidariteit doet zich vervolgens voor indien de verzekeraar bij het indelen van risico's in groepen, bewust risico-factoren negeren. Nu is vastgesteld dat de verzekeringsconsument zich normaal gezien verzet tegen vormen van subsidiërende solidariteit (men kan de verzekerde op dit vlak bestempelen als subsidie-avers), kan men zich afvragen waarom een verzekeraar, los van een juridische verplichting, met opzet bepaalde risico-informatie zou negeren, wetende dat hierdoor subsidies zouden ontstaan tussen verschillende risico-klassen.

267. **Bewust subsidiërende solidariteit. *Society's sense of fairness.*** Volgens DE WIT en VAN EEGHEN heeft het inbouwen van bewuste vormen van subsidiërende solidariteit veel te maken met de wil van de verzekeraar om rekening te houden met *society's sense of fairness.*[846]

Vooreerst moet worden ingezien dat het bewust nastreven van subsidiërende solidariteit in gevallen waarbij personen met opzet kiezen voor risicovol gedrag (bv. roken of het beoefenen van gevaarlijke sporten) weinig draagvlak zal vinden binnen de gemeenschap van de polishouders van een hospitalisatieverzekering. In dergelijke gevallen zal men aanvaarden dat de risicovolle verzekerde de met dat gedrag overeenkomstige verzekeringsvoorwaarden moet aanvaarden en hoeft de verzekeraar zich niet geremd te voelen door *society's sense of fairness*.

Anders wordt het echter in situaties waarbij personen geen of bijna geen invloed hebben op het risico waar zij zich voor verzekeren. Wat met personen met een genetische predispositie om bepaalde ziektes of aandoeningen te ontwikkelen? Het gaat om een niet-beïnvloedbare risicofactor die, moest hij worden aangewend, vele consumenten kan afschrikken. Zelfs beïnvloedbare risicofactoren zouden op basis van rechtvaardigingsoverwegingen kunnen worden genegeerd. Denk aan de uitoefenening van een gevaarlijk beroep als risico-bepalende factor in levensverzekering, waarbij de uitoefening van dat beroep vitaal is voor de economie of de maatschappij. Denk aan situaties waarbij een persoon zich omwille van economische redenen genoopt ziet om in een dichtbevolkte regio te wonen en hier-

---

[843] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 151.

[844] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", l.c., 243.

[845] Ibidem.

[846] G.W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, *l.c.*, 155-156. Zie ook J. H. ELICH, *l.c.*, 123 ; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 244; W. VAN BOOM, "Insurance law and economics: an empirical perspective" in M. FAURE en S. FRANK (eds.), *Essays in the law and economics of regulation - in honour of Anthony Ogus*, Antwerpen - Oxford , Intersentia, 2008, 265.

door een verhoogd risico loopt op auto-ongevallen. Indien het gaat om verzekering die aanzien wordt als essentieel voor het functioneren in een maatschappij (motorrijtuigenverzekering, hospitalisatieverzekering, schuldsaldoverzekering) en waarbij de verzekeraar ook nog eens de druk voelt om marktaandeel te verspelen aan de sociale zekerheid, zal bewuste subsidiërende solidariteit nooit ver weg zijn.[847]

268. **Bewust subsidiërende solidariteit: *de minimis* -effect.** Andere redenen om bewust vormen van subsidiërende solidariteit te organiseren kunnen zijn ingegeven vanuit de vaststelling dat de aan te wenden risico-factoren slechts een marginaal effect hebben op de sinistrialiteit of vanuit de wetenschap dat het aantal verzekerden die in aanmerking komen om te worden ingedeeld in een bepaalde risico-groep relatief klein is.[848]

269. **Bewust subsidiërende solidariteit: verzekerbaarheid.** Nog een andere reden die de verzekeraar kan leiden tot het bewust organiseren van subsidiërende solidariteit kan worden gekaderd binnen de bezorgdheid van de verzekeraar (of de wetgever) om bepaalde risico's verzekerbaar te kunnen houden. Hierbij kan gedacht worden aan de automatische opname van het overstromingsrisico of aardbevingsrisico in de brandverzekeringspolis, ongeacht de vraag of het verzekerde goed gelegen is in een overstromingsgebied of een aardbevingsgevoelige zone.[849] Zo bepaalt de W.LVO dat de verzekeraar die in België een gebouw verzekert tegen het risico van brand, verplicht is om hierbij ook het overstromingsrisico te dekken.[850] Een dergelijke inclusie leidt ertoe dat risico's die daarvoor onverzekerbaar werden geacht vanwege de inadequate dispersie van de risico's binnen het overstromingsgebied of aardbevingszone, nu wel kunnen worden verzekerd.[851] Men groepeert namelijk een voldoende groot aantal risico's waarvan slechts een minderheid ook effectief wordt gerealiseerd. Zonder deze bewuste vorm van subsidiërende solidariteit zou de verzekeraar niet in staat zijn om de eventuele schade door overstroming van de groep van huiseigenaars met een eigendom binnen een overstromingsgebied tegen een betaalbare premie te dekken. Dit heeft te maken met het feit dat het aantal verzekerden die blootgesteld zijn aan het overstromingsrisico (en bijgevolg ook de vraag naar

---

[847] G.W. DE WIT en J. VANEEGHEN, *l.c.*, 156.

[848] ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITEE, *Fair discrimination - Reputational risks to the actuarial profession*, http://www.actuarialsociety.org.za/scripts/file_build.asp?id=100000371, Actuarial Society of South-Africa, october 2004, 6.

[849] M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *l.c.*, 98; H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 9; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 244.

[850] Zie artikel 68-1, b) van de W.LVO. Zie ook C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination, *l.c.*, 78-79. Om de verzekerbaarheid van deze risico's te kunnen blijven garanderen, voorziet de W.LVO eveneens in de mogelijkheid voor iedere verzekeraar om een globaal maximum te bepalen van zijn interventie per schadegeval, die echter niet lager mag gaan dan een bepaald wettelijk opgelegd minimum. Indien de te dekken schade het vooropgestelde maximum-bedrag overschrijdt, kan de verzekeraar zijn verplichtingen ten opzichte van de verzekerden proportioneel verminderen. Deze zullen vervolgens worden vergoed door het zogenaamd Natuurrampenfonds dat als het ware optreedt als « excess of loss »-herverzekeraar. Zie treffend verwoord door H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 9.

[851] H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 9; F. DE BILDERLING, *l.c.*, 243.

dergelijke verzekering) te klein is, waardoor onverzekerbaarheid ontstaat.[852] Door de inclusie van personen met een laag risico, al dan niet wettelijk verplicht, kan aan het probleem van onverzekerbaarheid worden tegemoet gekomen. Een ander voorbeeld van bewuste vormen van subsidiërende solidariteit betreft de (wettelijk) opgelegde solidariteit tussen de "*genetically lucky ones*" en de "*genetically unlucky ones*".[853] In België is deze solidariteit verplicht opgelegd door de W.LVO, die bepaalt dat het steeds verboden is informatie met betrekking tot genetische gegevens mee te delen aan de verzekeraar.[854]

§ 3. Besluit.

270. Als besluit kan worden gesteld dat de verzekeraar in principe streeft naar het behoud van kanssolidariteit en de afbouw van subsidiërende solidariteit. Tegelijk zal de verzekeraar dit streven omwille van kosten-efficiënte, commerciële en verzekeringstechnische redenen ook niet maximaal willen doortrekken. In het voeren van het differentiatiebeleid vormt het geen doelstelling om ieder risico op individuele basis te beoordelen en voor ieder risico geëigende verzekeringsvoorwaarden te formuleren.

De hierbij geformuleerde conclusie is mogelijk van belang voor de beoordeling van het discriminatoir karakter van het segmentatiebeleid van de verzekeraar. Indien door de verzekeraar onderscheid wordt gemaakt op grond van door het anti-discriminatierecht geviseerde factoren zoals geslacht, leeftijd of handicap, kan hij door de wet in de mogelijkheid worden gesteld om de gemaakte onderscheiden te rechtvaardigen.[855] In dat geval zal hij in de eerste plaats aanvoeren dat hij de legitieme doelstelling nastreeft van een zo beperkt mogelijke subsidiërende solidariteit tussen de verschillende risico-groepen. In het geval hij over statistische informatie beschikt die een verhoogd risico aangeeft voor personen met een bepaald geslacht, leeftijdsgroep of handicap, zal hij dus beweren dat iedere door deze factoren gevormde risico-groep voor zijn eigen schade moet kunnen instaan.

Nu kan het echter zijn dat de discriminatievordering in kwestie niet alleen het gebruik van bepaalde differentiatiefactoren aanvalt, maar ook het *niet* gebruiken van alternatieve differentiatiefactoren die in staat waren geweest om het risico beter te omschrijven. Verderop zal duidelijk worden dat de verzekeraar die er niet in slaagt te verantwoorden waarom hij geen gebruik maakte van alternatieve of

---

[852] Zie M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *l.c.*, 98; H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 9.

[853] H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 13.

[854] Zie artikel 5 en 95 W.LVO. Voor een commentaar, zie K. TROCH, "Artikel 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst" in H. COUSY, L. SCHUERMANS, K. BERNAUW en C. VAN SCHOUBROECK, (eds.), *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, *losbladig*; N. JEGER en P. CAUWENBERGH, "Individuele levensverzekeringen 'overlijden' en erfelijkheidsonderzoek: een kritische analyse van artikelen 5 en 95 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1996-97, 239-256; M. GEERAERT, "Het acceptatie-onderzoek bij het aangaan van een levensverzekering", *Consilio Manuque* 1994, 117-137; H. NYS, "De Wet betreffende de rechten van de patiënt", *R.W.* 2002-2003, 1121-1133.

[855] Cf. *infra* nrs. 469 e.v. en 831 e.v.

aanvullende differentiatiefactoren, zich eveneens schuldig kan maken aan discriminatie.[856] In dat geval kan de verzekeraar erop wijzen dat het economisch, commercieel of verzekeringstechnisch niet verantwoord was om een dergelijke meer individueel gerichte risico-beoordeling verder uit te voeren. Het is dan aan de beoordelaar van het geschil om uit te maken of, en in welke mate de hierbij genoemde argumenten kunnen worden aangewend in de verdere juridische rechtvaardiging van het differentiatiebeleid.[857]

[856] Cf. *infra* nrs. 902 e.v.

[857] Zie o.m. *infra* nrs. 862, 899-907.

AFDELING 2. ACTUARIËLE FAIRNESS: GELIJKHEID

§ 1. Gelijke verzekeringsvoorwaarden voor gelijk risico

271. **Groepering en gelijke behandeling van gelijke risico's.** Het streven naar een zo ruim mogelijke instandhouding van kanssolidariteit en een zo laag mogelijke subsidiërende solidariteit, kan maar worden verwezenlijkt indien de verzekeraar in de samenstelling van zijn verzekeringsportefeuille rekening houdt met de mutualisering of groepering van dragers van een *gelijk* of minstens *vergelijkbaar* risico.[858] Indien geen homogene risicogroepen worden samengesteld, waarbij ieder per groep aan gelijke voorwaarden wordt verzekerd, creëert men als vanzelf subsidiërende solidariteit. De groepering van personen met een vergelijkbaar risico brengt met zich mee dat de verzekeraar aan deze personen ook gelijke verzekeringsvoorwaarden toekent. Aldus betalen personen met een hoger risico een hogere premie, worden zij verzekerd tegen "zwaardere" voorwaarden of zijn zij niet verzekerbaar. Personen met een laag risico betalen een lagere premie of een lagere franchise bij schadegeval of worden voor minder soorten schade of situaties uitgesloten.

272. **Actuariële fairness: begripsverklaring.** De gelijke behandeling van vergelijkbare of homogene risico's veronderstelt dat, voorafgaand aan de verzekerde periode, informatie beschikbaar is over de aard, frequentie of mogelijke omvang van deze risico's.[859] Het staat daarbij vast dat de groepering van gelijke risico's nooit volledig accuraat zal zijn. [860] De toekomst is immers nooit zeker. Het streven naar een gelijke behandeling van vergelijkbare risico's en het behoud van onvergelijkbare verzekeringsvoorwaarden voor ongelijke risico's, kan om die reden best gevat worden onder de term *"actuariële" fairness*. De term actuarieel slaat dan terug op de toepassing van de *statistiek* die er in combinatie met andere verzekeringstechnische en actuariële instrumenten voor moet zorgen dat de verzekeraar de *waarschijnlijke* kost van de dekking en de premie op voorhand kan berekenen.

Het concept *actuariële fairness* is, zowel in de economische als juridische literatuur, een ruim verspreid begrip.

> *PALMER spreekt van "the idea that persons who pose different risks ought to be charged different rates".*[861]
>
> *DANIELS spreekt over "the moral judgment that fair underwriting practices must reflect the division of people according to the actuarially accurate determination of their risks".* [862]

---

[858] M. FONTAINE, o.c., 17; C. PARIS, Les dérives de la segmentation en assurance, o.c., 20.

[859] C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination"*, l.c.*, 65.

[860] O. H. JR. GANDY, "Engaging rational discrimination: exploring reasons for placing regulatory constraints on decision support systems", *Ethics and Information Technology* juni 2009, 7.

[861] D.E. PALMER, "Insurance, risk assessment and fairness: an ethical analysis" in P. FLANAGAN, P. PRIMAUX en W. FERGUSON (eds.), *Insurance ethics for a more ethical world*, Research in ethical issues in organizations, Vol. 7, Oxford, Elsevier, 2007, 117.

CLIFFORD en IUCULANO schrijven dat "an insurance company has the responsibility to treat all its policyholders fairly by establishing premiums at a level consistent with the risk represented by each individual policyholder".[863]

Een verzekeringsclassificatiesysteem wordt door de American Academy of Actuaries beschreven als fair; indien "differences in prices among classes reflect differences in expected costs with no intended redistribution or subsidy among classes".[864]

Uit deze bewoordingen blijkt duidelijk dat het nastreven van gelijke verzekeringsvoorwaarden voor vergelijkbare risico's en het aanhouden van ongelijke verzekeringsvoorwaarden voor onvergelijkbare risico's, voor de verzekeraar minstens een economische verantwoordelijkheid en verplichting inhoudt, die kan worden verklaard vanuit de subsidie-aversie van de verzekerden en aldus eveneens vanuit het oogmerk van het terugdringen van subsidiërende solidariteit.

273. **Verdere aanwending van het concept.** In dit proefschrift wordt het streven van de verzekeraar naar een gelijke behandeling van vergelijkbare risico's en een ongelijke behandeling van onvergelijkbare risico's, gezien als uitgangspunt voor de verklaring van de noodzaak van differentiatie tussen risico's. Het gebruik van het concept actuariële fairness als basis voor het aftoetsen van het differentiatiebeleid van de verzekeraar aan het gelijkheidsbeginsel is interessant omdat zowel actuariële fairness als het juridisch gelijkheidsbeginsel schijnen uit te gaan van dezelfde doelstellingen: gelijke behandeling van vergelijkbare gevallen en ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen. Vooraf-gaand aan het formuleren van een toetsingsmodel, zal het dan ook noodzakelijk zijn om na te gaan waarin de juridische gelijkebehandelingsmaxime dan precies verschilt van de door de verzekeraar nagestreefde actuariële fairness. Verderop zal duidelijk worden dat het verschil tussen de twee invullingen van "gelijkheid" ligt in het nastreven van een verschillende visie op gelijkheid. Daarbij zal duidelijk worden dat de verzekeringstraditie uitgaat van een zogenaamde "groepsgelijkheid", terwijl het juridisch gelijkheidsbeginsel eerder een gelijkheid nastreeft tussen individuen.[865]

§ 2. Verklaring voor het streven naar actuariële fairness: moral hazard en anti-selectie

274. **Klassiek aangewende begrippen.** De noodzaak van het aanhouden van risicogroepen die zo homogeen mogelijk zijn samengesteld, kan worden verklaard vanuit de bezorgdheid van de verzeke-

---

[862] N. DANIELS, "Insurability and the hiv epidemic: ethical issues in underwriting", *The Milbank Quarterly* 1990, afl. 4, 501-503.

[863] K.A. CLIFFORD en R.P. IUCULANO, "Aids and insurance: the rationale for aids-related testing", *Harvard Law Review* 1986-1987, afl. 7, 1808.

[864] AMERICAN ACADEMY OF ACTUARIES COMMITTEE ON RISK CLASSFICATION, "Risk Classification – Statement of Principles", *www.actuarialstandardsboard.org/pdf/riskclassificationSOP.pdf* 1980, 3. Uit dit citaat blijkt duidelijk de link tussen het nastreven van actuariële fairness en het vermijden van subsidiërende solidariteit.

[865] Cf. *infra* nrs. 769 e.v.

raar om de gevaren te bestrijden die in de verzekerinseconomie klassiek worden bestempeld als de zogenaamde concepten van *moral hazard* en *anti-selectie*.[866]

275. ***Moral hazard***. In het geval een groep van risico's heterogeen is samengesteld, zullen zich binnen deze groep personen bevinden die verzekerd worden tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan het risico dat zij vertegenwoordigen. Deze verzekerden zullen als gevolg daarvan geneigd zijn om hun risico-niveau terug te brengen tot het niveau waarop dit voor de verzekeraar controleerbaar wordt. Dit is een aspect van het gevaar van *moral hazard* dat erin bestaat dat door het voorhanden zijn van verzekering, de zorg bij de verzekerde dat het risico zich niet zal voordoen, verkleint.[867] Wil men dit gevaar vermijden is het noodzakelijk dat de verzekeraar homogene risico-groepen samenstelt.

276. **Anti-selectie.** Daarnaast zal de verzekeraar rekening dienen te houden met het feit dat hij opereert in een competitieve omgeving, waarbij de verzekerde kan worden weggelokt door andere verzekeraars die een meer accurate risico-indeling en (daaraan gekoppeld) voordeliger verzekeringsvoorwaarden hanteren. Een dergelijke overstap zou het gevolg zijn van het mechanisme van *anti-selectie* of *zelf-keuze* aan de kant van de verzekerde, dat erin bestaat dat deze verzekerde, door informatie-asymmetrie (het informatievoordeel dat hij heeft ten opzichte van de verzekeraar met betrekking tot zijn ware risico-profiel), beter in staat is om de voorwaarden in te schatten waartegen hij verzekerd kan worden.[868] Het mechanisme van anti-selectie, zoals het zijn toepassing kent in de verzekeringsmarkt, komt erop neer dat personen die hun risico op het voordoen van een schadegeval hoog inschatten, bereid zullen zijn een ruimere verzekeringsdekking aan te kopen, of om hiervoor een hogere prijs te betalen dan personen die hun risico lager inschatten.[869] ANDRÉ-DUMONT geeft het voorbeeld van de homo-gemeenschap van Los Angeles in de jaren '80 die, ongerust over het feit

---

[866] Zie voor een heldere beschrijving van deze twee begrippen, R. COOTER en T. ULEN, *o.c.*, 53-54. Zie eveneens, G. DIONNE, P-C, MICHAUD en M. DAHCHOUR, "Seperating moral hazard form adverse selection and learning in automobile insurance: longitudinal evidence from France - Canada Research Chair in Risk Management Working Paper No. 04-05 ", *http://ssrn.com/abstract=583063* 2006, juni, 1.

[867] Zie K.J. ARROW, "Uncertainty and the welfare economics of medical care"; *American Economic Review* 1963, 961; S. SHAVELL, "On moral Hazard and insurance", *The quarterly Journal of Economics* november 1979, 541; B. HOLMSTRÖM, "Moral hazard and observability", *The Bell Journal of Economics* 1979, afl. Spring, 74.

[868] G.A. AKERLOF, "The market for 'lemons': quality and uncertainty and the market mechanism", *The quarterly Journal of Economics* 1970, afl. 3b, 492-493; D. ROBINSON en S. RICHARDS, "anti-selection and annuity pricing", *The Actuary* 2005, 32.

[869] M. ROTSCHILD en J. STIGLITZ, "Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information, *The quarterly of Economics* 1976, 629; M. HOY, "Categorizing risks in the insurance industry", *The quartely Journal of Economics* mei 1982, afl. 97, 321; D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *Risk classification in life insurance*, Kluwer - Nijhoff Publishing, Boston, 1983, 28; L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *Ohio State Law Journal* 1986, afl. 47, 844; M. HOY, "The Impact of imperfectly categorizing risks on income inequality and social welfare", *Canadian Journal of Economics* 1984, 557-558; C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 69; T. LEMMENS, *Genetic information and insurance: a contextual analysis of legal and regulatory means of promoting just distributions* - doctoraatsthesis Rechtsfaculteit McGill Universiteit Montreal, Toronto, februari 2003, 180-181.

dat hun seksueel gedrag een verhoogd risico op AIDS zou uitmaken, massaal intekende op levensverzekeringspolissen (zelfs al waren ze sero-negatief).[870]

277. **Competitiviteit en anti-selectie.** Het gevolg van anti-selectie is dat hoe hoger de prijs voor verzekering wordt gezet, hoe hoger het gemiddelde risico van verzekerden wordt. Men waarschuwt in dit verband voor negatieve anti-selectiespiralen. Personen met een laag risico verlaten in een competitieve markt immers de verzekeraar die een premie aanrekent die te hoog is in vergelijking met het te verzekeren risico en uiteindelijk wordt geen verzekering meer verkocht tegen welke prijs dan ook.[871] Zonder anti-selectie en zonder het element van competitie (dat het anti-selectie effect versterkt), zou de verzekeraar zich minder snel geneigd voelen tot accurate groepsindeling en kunnen overwegen voor iedere verzekerde dezelfde verzekeringsvoorwaarden op te leggen. In een competitieve verzekeringsomgeving doet hij dit dus niet en blijft het zijn betrachting om homogene risicogroepen samen te stellen.

§ 3. Overschatte dreiging van anti-selectie en moral hazard

278. **Marktomstandigheden.** Het gevaar van anti-selectie en moral hazard mag dan reëel zijn in een competitieve verzekeringsmarkt, toch wordt de dreiging die ervan uitgaat vaak overschat.[872] Hieronder zal worden aangetoond dat anti-selectie en moral hazard niet onder alle marktomstandigheden inroepbaar zijn als rechtvaardiging voor het segmenteringsbeleid.

279. **Anti-selectie vs. hoge prijselasticiteit van de vraag**. De neerwaartse spiraal die het gevolg is van anti-selectie zal zich om te beginnen veel minder snel voordoen in verzekeringsmarkten waarbij de vraag naar verzekering zo hoog is dat de verzekerden bereid zijn er een hogere prijs voor te betalen.[873] In de economische literatuur wordt aangetoond dat de kans op anti-selectie onbestaand of in ieder geval kleiner is in een markt waar verzekering verplicht is opgelegd (collectieve verzekering of wettelijk verplichte verzekering), hoogstnoodzakelijk is (bv. hopsitalisatieverzekering) of waar er geen echte alternatieven beschikbaar zijn (bv. fiscale voordelen van levensverzekering in vergelijking met sparen).[874] In dergelijke markten, met een zogenaamde “hoge prijsinelasticiteit van de vraag” (de

---

[870] J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 119.

[871] G.A. AKERLOF, *l.c.*, 492-493; P. DE JONG en S. FERRIS, “Adverse selection spirals”, *Astin Bulletin* 2006, afl. 2, 591; F. DE BILDERLING, *l.c.*, 242. Voor een toepassing met betrekking tot het (niet-)gebruik van genetische risico-factoren, T. LEMMENS, *o.c.*, 182.

[872] Zie voor een uitgebreide economische analyse S. BORENSTEIN, *l.c.*, 25-39; P. SIEGELMAN, "Adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat", *Yale Law Journal* 2003-2004, afl. 6, 1223-1282.

[873] W. WILS, *l.c.*, 461-462; S. BORENSTEIN, *l.c.*, 1249; T. LEMMENS, *l.c.*, 193.

[874] S. BORENSTEIN, *l.c.*, 1249; P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 595; P. SIEGELMAN, *l.c.*, 1257; Y.THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, “Fairness and equality in insurance classification”, *l.c.*, 199; G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *Geneva Papers on risk and insurance* 2007, 115; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248. Deze stelling wordt ook gevolgd door de Belgische Commissie voor verzekeringen in haar advies naar aanleiding van het Voorstel van Genderrichtlijn van de Europese Commissie. Zie COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2004_3.pdf , 27.

vraag wordt weinig beïnvloed door de prijs) is het competitie-element tussen de verschillende verzekeringsmaatschappijen immers voor een groot deel uitgevlakt en treedt er geen efficiëntieverlies[875] op door het *poolen* (of samenbrengen) van risico's.[876]

280. **Anti-selectie vs. *propitious-selection.*** Verder zijn anti-selectiemodellen gebaseerd op de redelijke, maar daarom niet altijd accurate veronderstelling dat er een positieve correlatie bestaat tussen de hoogte van het risico en de vraag naar verzekering.[877] Men gaat er met andere woorden te snel vanuit dat iemand met een hoog risico ook meer verzekering wil. In veel gevallen, zo werd zeer verdienstelijk aangetoond door bv. HEMENWAY, is zelfs het omgekeerde waar: personen met een hoog risico zullen vaak degenen zijn die geen verzekering willen aanschaffen.[878] Zoals SIEGELMAN het uitdrukt: "*the same attitudes that lead [the riskier insureds] to take risks in the first place give them little reason to insure against such risks.*"[879] Eveneens zullen personen met een laag risico in hogere mate risico-avers zijn en een zodanig hoge waarde koppelen aan verzekering dat het zelfs de moeite loont om verzekering aan te schaffen tegen een tarief dat in actuariële zin te hoog is.

Dit fenomeen, dat in de literatuur wordt omschreven onder de noemer "*propitious selection*"[880], weerlegt voor een belangrijk deel het gevaar dat verbonden is aan anti-selectie, daar het ervan uitgaat dat de "goede risico's" meestal niet geneigd zijn om de verzekeringspool te verlaten.[881] Overtuigend empirisch bewijs voor het bestaan van het fenomeen van *propitious selection* valt voor verschillende verzekeringsvormen waar te nemen.[882] Dergelijke bewijs is bv. voorhanden in de markt voor motorrijtuigenverzekering (in systemen waarin geen verplichte WAM-verzekering bestaat).[883] De personen die er uiteindelijk voor kiezen geen verzekeringspolis af te sluiten blijken meestal een hoger risicoprofiel te hebben. Nu is het wel zo dat in alle Europese lidstaten een verzekeringsplicht geldt voor de

---

[875] Efficiëntieverlies in die zin dat lage risico's te weinig verzekerd zijn en hoge risico's te veel.

[876] G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 106-107; S. BORENSTEIN, *l.c.*, 26; C. GOLLIER, *l.c.*, 78; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK , "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 200.

[877] D. HEMENWAY, "Propitious selection"*, Quarterly Journal of economics* 1990, 1063-1064.

[878] *Ibidem*. Zie ook G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 117.

[879] P. SIEGELMAN, *l.c.*, 1266.

[880] Het begrip werd geïntroduceerd door D. HEMENWAY, *l.c.*, 1063-1069.

[881] P. SIEGELMAN, *l.c.*, 1267-1268.

[882] W. VAN BOOM, *l.c.*, 258; G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 116.

[883] Zo kan worden gewezen op een studie uit Nieuw-Zeeland (waar geen verzekeringsplicht geldt), waar niet-verzekerde chauffeurs een significant hoger risico leden om gekwetst te raken of te overlijden in een auto-ongeval dan verzekerde chauffeurs. Zie S. BLOWS, R.Q. IVERS, J. CONNOR S., AMERATUNGA en R. NORTON, "Car insurance and the risk of car crash injury", *Accident Analysis and Prevention* 2003, afl. 4, 989. Deze auteurs wijzen er wel op dat het niet duidelijk is in welke mate er werkelijk sprake kan zijn van een causaal verband tussen het verzekerd zijn en een hogere kans op een auto-ongeval. Zo kan bv. een lagere socio-economische status zowel kunnen worden geassocieerd met niet verzekerd zijn als met het risico op een auto-ongeval. Zie daarvoor L. HUNSTEAD, "Characteristics of uninsured motorist", Californian Department of Insurance, Sacramento, *http://www.insurance.ca.gov/0400-news/0200-studies-reports/0600-research-studies/auto-policy-studies/upload/Characteristics-of-Uninsured-Motorist.pdf* februari 1999, 22.

W.A.M-verzekering.[884] Toch is het niet uitgesloten dat een zelfde fenomeen zich voordoet op de markt voor (niet-verplichte) omnium-autoverzekering. Ook daar zou kunnen blijken dat de personen die het meest risico-avers zijn, net degenen zijn die een omnium-verzekering afsluiten, zodat er van een echt anti-selectie effect ook geen sprake kan zijn. VAN BOOM geeft verder voorbeelden van onderzoek waarbij een positieve correlatie werd aangetoond tussen de vraag naar (aanvullende) ziektekostenverzekering en het dragen van de gordel in de wagen en eveneens van een negatieve correlatie tussen de verkoop van ziektekostenverzekering en dronken rijden.[885] Ook uit deze voorbeelden blijkt een positief verband tussen de graad van risico-aversie of risicograad en de vraag naar verzekering en dus bewijs voor het bestaan van *propitious selection.*

281. ***Moral hazard* vs. *Propitious selection.*** De *propitious selection*-theorie relativeert meteen ook de gevolgen van het *moral hazard*-fenomeen. In plaats van aan te nemen dat verzekerden hun risicogedrag zullen aanpassen aan het niveau dat dit voor de verzekeraar controleerbaar is, kan op basis van de *propitious selection*-theorie worden aangenomen dat personen die meer verzekering aanschaffen, meestal ook degenen zijn die de hoogste graad van risico-vermijding aan de dag leggen en dus voldoende zorg zullen dragen dat het risico zich niet voordoet.[886]

282. **Besluit.** Op grond van deze vastellingen kan dus worden afgeleid dat de gevaren van *moral hazard* en *adverse selection* zeker niet altijd in staat zullen zijn om de noodzaak van verzekeringssegmentatie te kunnen dicteren. Steeds zal moeten worden beoordeeld of de concrete marktcontext wel toelaat om het gebruik van bepaalde differentiatiefactoren te rechtvaardigen aan de hand van deze fenomenen. Dit besluit is niet zonder belang. Indien de verzekeraar in een juridische procedure de mogelijkheid krijgt om vermeend discriminatoire onderscheiden te rechtvaardigen[887], moet de beoordelaar van het geschil er rekening mee houden dat argumenten van anti-selectie en *moral hazard* in de gegeven marktcontext wel eens niet van toepassing zouden kunnen zijn.[888] Dit kan hem doen besluiten dat er voor het gemaakte onderscheid geen voldoende rechtvaardiging is, waardoor er sprake is van discriminatie.[889]

---

[884] Zie artikel 3 van Richtlijn 72/166/EEG van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid, *Pb. L* 2 mei 1972, afl. 103, 1, waarbij deze verplichting aanvankelijk werd ingevoerd. Zie huidig artikel 3 van Richtlijn 2009/103/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid, *Pb. L* 7 oktober 2009, afl. 263, 11.

[885] W. VAN BOOM, "Insurance law and economics: an empirical perspective", *l.c.*, 258.

[886] D. HEMENWAY, *l.c.*, 1064; Zie ook W. VAN BOOM, *l.c.*, 258-259.

[887] Cf. *infra* nrs. 469 e.v.

[888] Cf. *infra* nrs. 860 e.v.

[889] Ibidem.

§ 4. Aversie voor (super-)Individualisering

283. *Tendency to equalize.* **Toelaten van heterogeniteit.** Men zou geneigd zijn te denken dat de verzekeraar steeds streeft naar een zo accuraat mogelijke groepsindeling die op een zo individueel mogelijke wijze nagaat aan welk risico de verzekerde persoon is blootgesteld. Inaccurate classificatie zal immers leiden tot een *overcharging* van de ene en *undercharging* van de andere verzekeringnemer.[890] Nochtans is een dergelijke accurate groepsindeling niet noodzakelijk het resultaat dat de verzekeraar beoogt. ARROW drukt het als volgt uit:

> *"Hypothetically, insurance requires for its full social benefit a maximum possible discrimination of risks. Those in groups of higher incidences of illness should pay higher premiums. In fact, however, there is a tendency to equalize, rather than to differentiate premiums."*[891]

De *maximum possible discrimination of risks* slaat dan op het zo homogeen mogelijk maken van risico-groepen. De tegenovergestelde beweging, de *tendency to equalize*, slaat op het toelaten van enige heterogeniteit in de groep. Volgens ARROW leidt het nastreven van een zo groot mogelijke homogeniteit binnen de risico-groep of het creëeren van een zo groot mogelijk aantal groepen waarbinnen personen met een gelijk risico verenigd zijn, enkel hypothetisch tot *full social benefit*. Heterogeniteit binnen de risico-groep sluit daarentegen dichter aan bij de realiteit van verzekering en in zekere zin wordt er door de verzekeraar dan ook naar gestreefd.

284. **Kostenargument.** De verklaring voor het feit dat de verzekeraar neigt naar een zekere heterogeniteit binnen de groepsindeling en naar een egalisatie van de premies, ligt in het feit dat aan het indelen van gelijke risico's in verschillende groepen altijd kosten verbonden zijn die door de verzekeraar worden afgezet tegen de winst die hij haalt uit het indelen van deze groepen.[892] Een geïndividualiseerde risico-beoordeling is voor de verzekeraar maar interessant wanneer de kost van deze individualisering niet hoger is dan het profijt dat hij haalt uit het indelen in groepen. In sommige gevallen zijn de kosten van categorisering verwaarloosbaar. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor in gevallen waarbij de risico-factoren waar men een groepsindeling op wil baseren, eenvoudig zijn waar te nemen. In een dergelijk geval percipieert men een categorisering steeds als efficiënt.[893] In andere gevallen zijn deze kosten aanzienlijk en verliest een groepering van homogene risico's aan efficiëntie[894].[895] De verzekeraar zal dus steeds streven naar het gebruik van makkelijk te verkrijgen en actuarieel eenvoudig te verwerken informatie.[896]

---

[890] K. S. ABRAHAM, *l.c.*, 429.

[891] K. J. ARROW, "Uncertainty and the welfare economics of medical care", *American Economics Review* 1963, 963-964.

[892] K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 428. Zie ook reeds *supra* nr. 261, met verwijzing naar Y. STEVENS, *o.c.*, 508-509 die stelt dat het economisch gezien vaak beter is wat „ruis" te laten op de gesegmenteerde groepen.

[893] K. J. CROCKER en A. SNOW, "The efficiency effects of categorical discrimination in the insurance industry, *Journal of Political Economy* 1986, afl. 2, 327-330.

[894] *Ibidem*, 330.

285. **Nood aan stabiele, betrouwbare en goedkope differentiatiefactoren.** Het feit dat door de verzekeraar niet gestreefd wordt naar een zo groot mogelijke individualisering van het risico, kan eveneens te maken hebben met het feit dat niet alle classificatie-factoren voor de verzekeraar even geschikt zijn. Ook al kan statistisch worden aangetoond dat bepaalde risico-factoren representatief zijn voor het zich voordoen van een schadegeval, zal het voor de verzekeraar van belang zijn dat de gebruikte risico-factoren in de eerste plaats stabiel, betrouwbaar en makkelijk administratief te verwerken zijn.[897] Stabiel, omdat gegevens uit het verleden anders geen betrouwbare voorspellingen voor de toekomst kunnen opleveren en de voornoemde wet van de grote getallen geen stand kan houden. Betrouwbaar, in die zin dat het de verzekerde niet makkelijk mag worden gemaakt zichzelf te misrepresenteren en op die manier het *moral hazard* gevaar te verscherpen. Makkelijk administratief te verwerken opdat, opnieuw, de kosten van het gebruik van deze classificatiefactor niet de baten overstijgen van de lagere premie waarvan een bepaalde groep verzekerden kan genieten.[898]

286. **Belang van de (kandidaat-)verzekerde. Reflectie van de kosten in de prijs van verzekering.** De vraag om de marginale kost van classificatie niet groter te laten worden dan de opbrengst ervan is niet enkel een bezorgdheid voor de verzekeraar, maar ook voor de verzekerden. Dit komt omdat de kosten van de groepering zich in een competitieve markt doorgaans zullen reflecteren in de prijs van de dekking.[899] Individualisering mag er dus niet toe leiden dat verzekering zodanig duur wordt dat de verzekerde ze niet meer wil betalen. De gevolgen daarvan zouden in verschillende opzichten nadelig zijn. De verzekerde zou als alternatief voor een hogere premielast kunnen overwegen om een verhoogd franchisebedrag af te spreken, maar dit houdt het risico in dat ook de eigenlijke schade kunstmatig wordt verhoogd opdat ze het franchisebedrag zeker zou overstijgen.[900] De verzekerde zou eveneens kunnen overwegen om af te zien van de verzekerde activiteit, daar de geïndividualiseerde risico-beoordeling een zodanig hoge kost met zich meebrengt dat hij ervoor kiest niet te rijden (motorrijtuigenverzekering), geen woning aan te kopen (schuldsaldoverzekering) zich niet te laten verzorgen (hospitalisatieverzekering), of geen professionele activiteit uit te oefenen, hetgeen macro-economisch niet als efficiënt kan worden beschouwd.[901]

287. **Belang van de (kandidaat-verzekerde). Nood aan individualisering.** Ondanks het feit dat het toelaten van enige heterogeniteit binnen de risico-groep globaal tot gevolg heeft dat hierdoor de kostprijs van verzekering voor de consument wordt gedrukt, zullen sommige verzekerden toch nadeel

---

[895] Zie ook G. DIONNE en S.E. HARRINGTON, “An introduction to insurance economics”, in G. DIONNE en S.E. HARRINGTON (eds.), *Foundations of Insurance Economics*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992, 22.

[896] J. STEELE, *Risks and legal theory*, Portland – Oregon, Hart Publishing, 2004, 23-24.

[897] G. BENSTON, "The economics of gender discrimination in employee fringe benefits: *Manhart* revisited", *University of Chicago Law Review* 1982, 501; L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *Ohio State Law Journal* 1986, afl. 47, 835-890.

[898] L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 846.

[899] K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 430.

[900] L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 878.

[901] *Ibidem*, 879.

blijven ondervinden van deze heterogeniteit. Denk daarbij aan verzekerden die om redenen van kostenefficiëntie geblokkeerd blijven binnen een te hoge risico-groep, doordat de kost om hen te identificeren als een laag risico, door de verzekeraar als te hoog wordt ingeschat. Neem het voorbeeld waarbij bepaalde verzekerden door een inaccurate beoordeling van het risico onverzekerbaar worden geacht, terwijl een meer individuele beoordeling van dit risico, aan de hand van factoren met een hogere predictieve waarde, zou hebben geleid tot de conclusie dat dit risico wél verzekerbaar was. In dergelijke gevallen rijst de vraag of een zo individueel mogelijke risico-beoordeling enkel op basis van efficiëntieoverwegingen kan worden tegengehouden. Zoals verder zal blijken kan anti-discriminatiewetgeving, doordat het een verbod oplegt om bepaalde differentiatiefactoren te gebruiken, eveens een verplichting inhouden tot het gebruik van alternatieve risico-factoren die in staat zijn om het te verzekeren risico beter te evalueren.[902] Men zou dan ook kunnen stellen dat anti-discriminatiewetgeving, door het feit dat zij verplicht tot het weglaten van bepaalde differentiatiefactoren, zorgt voor meer heterogene risico-groepen. Doordat zij tegelijk aanstuurt op het gebruik van alternatieve differentiatiefactoren, zorgt deze wetgeving voor kleinere, maar meer homogene risico-groepen.

§ 5. Besluit.

288. Als besluit kan worden gesteld dat actuariële fairness, of het streven naar gelijke verzekeringsvoorwaarden voor vergelijkbare risico's, om verschillende redenen is begrensd. In de eerste plaats spelen kostenargumenten. Voor de verzekeraar kan op een gegeven punt de marginale opbrengst van verdere classificatie kleiner worden dan de marginale kost van verder doorgedreven segmentatie. In dat geval heeft het economisch gezien geen zin meer om verder te differentiëren. Een tweede rem op het nastreven van doorgedreven actuariële fairness betreft de vaststelling dat niet alle differentiatiefactoren aan de hand waarvan een verdere opsplitsing van risico-groepen zou kunnen plaatsvinden, voldoen aan de door de verzekeraar gewenste stabiliteit en betrouwbaarheid van de te gebruiken differentiatiefactoren. Te kleine risico-groepen zorgen door het feit dat de wet van de grote getallen niet meer speelt eveneens voor te kleine risicospreiding en dus tot onverzekerbaarheid. Een derde rem op een te ver doorgedreven individualisering of opsplitsing van de risico-groepen, heeft te maken met het feit dat de verhoogde kost zijn effect zal hebben op de globale hoogte van alle premies, hetgeen de vraag naar verzekering zou kunnen doen zakken.

Deze conclusies zijn niet zonder belang voor de toepassing van het discriminatieverbod in verzekering. In het geval een verzekeraar wordt beschuldigd van discriminatie omwille van het feit dat hij in zijn differentiatiebeleid gebruik maakt van factoren zoals geslacht, leeftijd of handicap, zal het recht hem soms in de mogelijkheid laten om het gebruik van deze differentiatiefactoren te rechtvaardigen.[903] Een dergelijke rechtvaardiging zou er dan in kunnen bestaan te beweren dat er voor het gebruik van deze factoren geen redelijke alternatieven bestonden. In dat geval kunnen de hierboven ge-

[902] Cf. *infra* nr. 902 e.v.

[903] Cf. *infra* nrs. 470 e.v.

formuleerde argumenten met betrekking tot de economisch geïnspireerde aversie voor verdere individualisering, zeker nuttig kunnen worden aangewend. Daarbij is echter niet gezegd dat deze argumenten ook een voldoende juridische rechtvaardiging zullen opleveren. Veel hangt daarbij af van de mate waarin argumenten van kostenefficiëntie door de rechter op basis van de anti-discriminatiewetgeving toelaatbaar worden geacht.[904]

[904] Cf. *infra* nrs. 899-907.

AFDELING 3. SEGMENTERING IN VERZEKERING: DIFFERENTIATIE

289. **Ongelijke voorwaarden voor onvergelijkbare risico's.** De noodzaak om tot op zekere hoogte homogene risico-groepen samen te stellen en dus zoveel mogelijk personen met een zelfde risicoprofiel binnen eenzelfde risico-groep te verenigen heeft als tegenhanger dat personen met een *verschillend* risicoprofiel zo veel mogelijk in *verschillende* risicogroepen zullen worden ondergebracht. In het geval deze verzekeringscategorieën ook onderworpen worden aan verschillende voorwaarden voor verzekering, zoals een aangepaste premie, aangepaste dekkingsvoorwaarden of een weigering om een bepaald risico te willen verzekeren, kan worden gesproken van verzekeringssegmentatie.[905]

290. **Overzicht.** Onder deze hoofding zal de definitie worden toegelicht die aan het begrip segmentering werd gegeven door de Belgische Commissie voor Verzekeringen. (§1) Daarna zal worden gewezen op de economische noodzaak van segmentering zoals die voortvloeit uit het streven naar actuariële fairness (§2) evenals op de economische rem die wordt gezet op te ver doorgedreven segmentering (§3). Tenslotte wordt ingegaan op de mogelijke kritieken die vanuit verzekeringstechnisch oogpunt kunnen worden geformuleerd ten opzichte van segmentering. Daarbij wordt aandacht besteed aan het feit dat bepaalde risico-factoren ertoe leiden dat de indeling in risico-groepen een te grote heterogeniteit laten bestaan (en mogelijk moeten worden aangevuld met andere segmentatie-factoren. Ook wordt een beoordeling gemaakt van de kritiek dat bepaalde risico-factoren niet geschikt zouden zijn omwille van het feit dat vezekerden er geen invloed op zouden hebben of dat zij niet in een zogenaamd causale relatie zouden staan met het te verzekeren risico (§4).

§ 1. Definitie

291. **Segmentering: definitie.** Door de Werkgroep segmentering binnen de Belgische Commissie voor Verzekeringen, werd het concept verzekeringssegmentatie zeer treffend verwoord als

> *"een techniek die de verzekeraar aanwendt om de premie en eventueel ook de dekking te differentiëren op basis van een aantal specifieke karakteristieken van het te verzekeren risico, met de bedoeling tot een betere overeenstemming te komen tussen de verwachtingswaarde van de schade en de kosten die een bepaalde persoon ten laste legt van de collectiviteit van de verzekeringnemers en de premie die hij voor de geboden dekking moet betalen."*[906]

292. **Tariefdifferentiatie – (na)selectie –contractvoorwaarden.** Op basis van deze definitie kan alvast worden aangenomen dat segmentering kan plaatsvinden op verschillende manieren. De meest voor de hand liggende vorm is *tariefdifferentiatie* waarbij de verzekerde een premie betaalt die zoveel mo-

---

[905] Zie bv. C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 67.

[906] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 144; H. COUSY, "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 2. Zie ook B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 244, die spreekt over "*l'opération par laquelle l'assureur s'emploie à distinguer les risques qu'il prend en charge afin de les classer dans des catégories homogènes et de leur appliquer un traitement adéquat tenant compte de leurs caractéristiques particulières*".

gelijk overeenstemt met het te verzekeren risico. Ook het al dan niet aanvaarden van een risico (*risico-selectie*) is een vorm van verzekeringssegmentatie, evenals de *naselectiepraktijk* waarbij de verzekeraar beslist om een contract niet meer te verlengen of op te zeggen. Verder kan segmentatie plaatsvinden door middel van franchises of vrijstellingen die afhankelijk worden gemaakt van bepaalde risico-factoren evenals door andere *contractuele voorwaarden*, zoals wachtperiodes of clausules van verval of uitsluiting van dekking.

293. **Band met actuariële fairness.** Het in de definitie van de Commissie voor Verzekeringen gehanteerde concept van "betere overeenstemming tussen de verwachte schade en de prijs die voor de geboden dekking moet worden betaald", slaat terug op hetgeen hierboven reeds is aangemerkt als *actuariële fairness*. Het betreft inderdaad de *bedoeling* van de verzekeraar om risico's te verzekeren tegen voorwaarden die overeenkomen met de hoogte van dit risico, waarbij meteen erkend wordt dat rekening moet worden gehouden met de verzekeringstechnische en commerciële grenzen waarbinnen een dergelijk evenwicht kan worden bereikt.

294. ***A priori*-segmentatie gecompenseerd door *a posteriori*-segmentatie.** Verzekeringssegmentatie zal in de eerste plaats *a priori* plaatsvinden, in functie van het profiel van de verzekerde zoals het bekend is aan de verzekeraar op het moment dat de verzekeringspolis wordt afgesloten. Het aantal *a priori* te gebruiken segmentatiefactoren is beperkt daar bepaalde risicofactoren niet *a priori* meetbaar zijn, of omdat deze risicofactoren sterk gecorreleerd zijn met andere risicofactoren.[907] Segmentatie zal in die gevallen dan ook *a posteriori* plaatsvinden, door het in rekening nemen van de sinistraliteit (gebeurlijke voorvallen) waaraan de verzekerde gedurende een bepaalde periode heeft blootgestaan.[908] Op die manier kan een deel van de heterogeniteit binnen de risicoklassen die *a priori* nog was blijven bestaan, worden opgevangen. In het rapport van de Commissie voor Verzekeringen wordt op dit vlak opgemerkt dat personalisatie *a posteriori* in feite moet worden gezien als een correctie op de tekortkomingen van de personalisatie *a priori*.[909] Bijgevolg zal *de* mate waarin (*ex-post*) schadestatistiek medebepalend is, moeten afhangen van de graad van tariefverfijning die *a priori* werd toegepast.[910]

§ 2. Noodzaak van segmentering

295. **Segmentering als instrument van actuariële fairness.** Verzekeringssegmentering, als veruitwendiging van het principe dat ongelijke risico's niet tegen dezelfde voorwaarden dienen te worden

---

[907] M. GOOVAERTS en J. DHAENE, *l.c.*, 160-161.

[908] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 244.

[909] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.,* 146, met verwijzing naar G.B. HEY en J.D. HEY, "Motor insurance in the United Kingdom: a description and an appraisal", *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 1987*,* afl. 12. Zie ook COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 4.

[910] Ibidem.

verzekerd, vormt zoals gezegd de tegenhanger van de hierboven besproken noodzaak van het gelijk behandelen van gelijke risico's. Segmentering kan dan worden gezien als een instrument van actuariële fairness. De noodzaak aan segmentering kan zodoende worden verklaard vanuit dezelfde efficientieargumenten als degene die hierboven reeds werden geformuleerd ten voordele van het samenstellen van zo homogeen mogelijke risico-groepen.

296. **Tegengaan van anti-selectie**. Aldus kan segmentering, in de mate dat zij ervoor zorgt dat personen met een overeenkomstige kans op schade verzekerd worden tegen voorwaarden die overeenkomen met dit risico, worden gezien als een bestrijdingsvorm van de gevaren van moral hazard en anti-selectie.[911] Zonder segmentering zou de hypothetische groep van goede risico's teveel worden aangerekend voor te weinig verzekeringsdekking. [912] Minder goede risico's zouden te weinig worden aangerekend voor teveel verzekeringsdekking waardoor zij zouden genieten van een "solidariteitspremie" betaald door de goede risico's.[913] In extreme gevallen zou dit leiden tot de situatie waarbij de verzekeraar, door de immer stijgende verzekeringspremies, enkel overblijft met de hoge risico's en uiteindelijk tot een instorting van de verzekeringsportefeuille, waardoor hij niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen.[914] Daarbij geldt wel de belangrijke kanttekening dat het al dan niet optreden van anti-selectie-effecten afhankelijk zal zijn van de marktomstandigheden. Hoger werd er bv. reeds op gewezen dat anti-selectie effecten zich in veel mindere mate zullen voordoen in zogenaamde prijsinelastische markten, waar verzekerden omwille van de economische noodzaak of de juridische verplichting zich te verzekeren bereid zijn om daar een hoge(re) prijs voor te betalen.[915]

297. **Tegengaan van *moral hazard*.** Verzekeringssegmentatie is in staat om het hierboven beschreven gevaar tegen te gaan van *moral hazard*. De verzekeraar die een voldoende aantal risicocategorieën hanteert, vermijdt dat goede risico's hun risico-gedrag in te hoge mate gaan aanpassen aan het gemiddelde risico van de categorie waarbinnen zij werden geplaatst. Ook hier moet worden opgemerkt dat (zoals hoger besproken) het verband tussen verhoogde segmentatie en verminderde *moral-hazard* effecten niet in alle marktomstandigheden zal kunnen worden aangetoond.[916]

298. **Competitie.** In een competitieve markt zullen verzekeraars elkaar in grote mate dienen te volgen in elkaars segmentatiebeleid. DE PRIL en DHAENE waarschuwen echter voor een spiraal van steeds toenemende segmentering wanneer verzekeraars zichzelf verplicht zien om de verzekeraar te

---

[911] G.A. AKERLOF, *l.c.*, 492,492; L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: the sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 845; AMERICAN ACADEMY OF ACTUARIES COMMITTEE ON RISK CLASSIFICATION, *l.c.*, 5; D. ROBINSON en S. RICHARDS, *l.c.*, 32.

[912] R. THYS, "Segmentatie in de verzekering B.A. Motorrijtuigen" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIième siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 99.

[913] Ibidem.

[914] Zie W. WILS, *l.c.*, 453; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 196. Zie ook reeds de analyse *supra* nr. 276-277.

[915] Cf. *supra* nrs. 278-280, met verwijzing naar o.m. P. SIEGELMAN, "Adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat", *l.c.*, 1249.

[916] Cf. *supra* nr. 281, met verwijzing naar D. HEMENWAY, *l.c.*, 1064 en W. VAN BOOM, *l.c.*, 258-259.

volgen die om commerciële redenen iets verder wil segmenteren dan zijn concurrenten. Dit zou namelijk makkelijk kunnen leiden tot een tarievenoorlog waarbij de kleinere marktspelers worden uitgeschakeld en de grotere marktspelers een steeds kleinere winstmarge realiseren.[917]

299. **Besluit.** Op basis van het voorgaande mag duidelijk zijn dat de noodzaak aan segmentering samenhangt met de noodzaak van het nastreven van actuariële fairness. Dit brengt met zich mee dat de behoefte aan segmentering kan worden verklaard vanuit de wens om de gevaren te bestrijden van *moral hazard* en anti-selectie, die eigen zijn aan een competititeve verzekeringsomgeving. Dit houdt eveneens is dat de mate waarin de noodzaak aan segmentering op grond van deze concepten kan worden verantwoord, afhankelijk is van de martkcontext waarin men zich bevindt. Het is mogelijk dat de verzekeraar in een juridisch geschil waarin moet worden nagegaan of het gebruik van bepaalde differentiatiefactoren al dan niet discriminatoir is, in staat wordt gesteld om op grond van de potentiële gevaren van anti-selectie en moral hazard een verantwoording te formuleren. Het is niet uitgesloten dat de beoordelaar van het geschil in de evaluatie van deze gevaren, de concrete marktomstandigheden mee in overweging zal nemen.

§ 3. Economische beperkingen aan segmentering.

300. **Wet van de grote getallen.** Zoals hierboven toegelicht, zijn gelijke verzekeringsvoorwaarden voor gelijke risico's en ongelijke verzekeringsvoorwaarden voor ongelijke risico's niet altijd mogelijk. Dit is te verklaren door het feit dat er voldoende personen lid dienen te zijn van een zelfde risicocategorie, teneinde de wet van de grote getallen te laten functioneren.[918] De wet van de grote getallen zet dus een rem op segmentering.

301. **Kostenoverwegingen.** Ook kunnen de kosten voor classificatie te hoog zijn in vergelijking met de baten die de classificatie voor de verzekeraar en de goede risico's zouden betekenen. WILS geeft het voorbeeld van een HIV-test in hospitalisatieverzekering. Het uitvoeren van één HIV-test is misschien niet zo duur, maar de waarschijnlijkheid dat ieder getest individu ook positief zal testen is eerder klein.[919] Het is best mogelijk dat het totaal van de kosten voor het testen op HIV-besmetting hoger zal zijn dan het totaal aan extra premiebedrag dat de goede risico's (degenen die van zichzelf weten dat ze een verlaagde kans op HIV-besmetting hebben opgelopen) *minder* hadden moeten betalen indien er *niet* getest was op HIV. In een dergelijk geval is het dan ook niet meer economisch efficiënt om te segmenteren op grond van deze risico-factor en zullen de niet-HIV besmetten alsnog bereid zijn mee te betalen (subsidiëren) voor de personen die wél HIV besmet zijn. Uit dit voorbeeld blijkt dat efficiëntieargumenten in twee richtingen kunnen werken. Net zoals zij tot op zekere hoogte segmentatie noodzakelijk maken, zullen zij er eveneens toe leiden dat van bepaalde vormen van segmentatie wordt afgezien.

---

[917] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 156-157.

[918] K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 417.

[919] W. WILS, *l.c.*, 454.

302. **Commerciële doelstellingen.** Niet alleen spelen kosten-aspecten een rol bij de keuze van de verzekeraar om in zijn segmentatiebeleid af te zien van het gebruik van accurate risicovoorspellende differentiatiefactoren. In sommige gevallen is het voor een verzekeraar zelfs commercieel niet wenselijk om gebruik te maken van dergelijke criteria. De verzekeraar kan namelijk als doelstelling hebben zijn segmentatiebeleid zo eenvoudig en doorzichtig mogelijk te maken, om op die manier de toegang tot de polis voor de consument te vergemakkelijken en hem ook in staat te stellen de polis gemakkelijk te kunnen vergelijken met overeenkomstige polissen op de markt. In dit geval laat hij de informatie die hij verkrijgt of kon verkrijgen via classificatiefactoren met een hoge risico-voorspelbaarheid weg ten gunste van commerciële overwegingen. Commerciële overwegingen kunnen ook de bereidheid van de verzekeraar verklaren om een gunstiger tarief aan te bieden aan personen die verschillende verzekeringspolissen bij hem onder brengen,[920] of hun premie betalen via domiciliëring.[921] Een segmentatiebeleid kan tenslotte zogenaamde *tempering*-aspecten bevatten. Hierbij zal de verzekeraar bepaalde risico's waarvan hij *vermoedt* dat zij teveel betalen voor het risico dat zij vertegenwoordigen, een aangepast tarief laten genieten om op die manier tegemoet te komen aan een te grote heterogeniteit in de risico-klassen.[922] Commerciële overwegingen kunnen eveneens verklaren waarom de verzekeraar geïnteresseerd blijft om hoge risico's te blijven verzekeren. Deze wens kan dan worden verklaard vanuit de betrachting van de verzekeraar om een betere zogeheten "marktpenetratie" te bereiken. Hierdoor kan de verzekeraar namelijk profiteren van schaaleffecten die de kosten van distributie en marketing kunnen drukken. Een te streng acceptatiebeleid zou bovendien leiden tot onverzekerbaarheid en niet-verzekering.[923] De verzekeraar heeft er dus wel degelijk economisch belang bij om ook hoge risico's te verzekeren, zij het dan dat deze risico's worden verzekerd tegen hogere premies.[924]

303. **Besluit.** Verzekeringssegmentatie zal om een veelheid aan redenen niet tot in het uiterste worden doorgetrokken. Zo creëert een te gediversifieerd differentiatiebeleid zodanig kleine risicogroepen, dat de wet van de grote getallen niet meer speelt en risico's niet meer voldoende kunnen worden gespreid. Ook kosten- en commerciële overwegingen verhinderen een doorgevoerd differentiatiebeleid. Inhoudelijk komen deze beperkingen (logischerwijze) overeen met de hierboven besproken beperkingen die gelden ten opzichte van het nastreven van actuariële fairness. Zo zal verzekeringssegmentatie op een gegeven punt te duur worden om nog rendabel te zijn en zal de verzekeraar er naar streven om zijn differentiatiebeleid doorzichtig en administratief beheersbaar te houden.

---

[920] Denk daarbij aan vlootkortingen of andere getrouwheidskortingen aan grote of trouwe klanten, zie N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 147.

[921] L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: the sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 845; N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 147.

[922] D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 85; R. AUSTIN, "The insurance classification controversy", *University of Pennsylvania Law Review* 1986, 557; R. THYS, *l.c.*, 98.

[923] *Ibidem*. Zie ook M. DENUIT, *l.c.*, 2.

[924] AMERICAN ACADEMY OF ACTUARIES COMMITTEE ON RISK CLASSIFICATION, *l.c.*, 6-7.

Eveneens moet echter worden vastgesteld dat een te weinig gediversifieerd segmentatiebeleid ook nadelige gevolgen kan hebben voor bepaalde verzekerden. Wanneer weining risico-factoren mee in rekening worden genomen ter bepaling van het risico waaraan de kandidaat-verzekerde bloot staat, zullen personen met een goed risico als dusdanig niet worden erkend. Zo kan de verzekeraar zich beperken tot administratief makkelijk te verwerken differentiatiefactoren zoals geslacht en leeftijd, waardoor bepaalde personen in een veel te hoge risico-categorie terechtkomen. Deze conclusie is van belang daar het verbod op het gebruik van bepaalde differentiatiefactoren – zoals hierboven reeds werd gesuggereerd[925] - eveneens tot een impliciete verplichting kan leiden om alternatieve of aanvullende differentiatiefactoren mee op te nemen in de risicobeoordeling.[926] Daarbij is het opnieuw niet gezegd dat de argumenten voor een verdere beperking van een meer gedifferentieerd segmenteringsbeleid, ook een voldoende rechtvaardiging zullen opleveren. Zoals hierboven reeds werd opgeworpen hangt veel immers af van de mate waarin argumenten van kostenefficiëntie door de rechter toelaatbaar worden geacht.[927] In ieder geval kan de beoordelaar van het geschil het zich veroorloven om het vermeend discriminatoire differentiatiebeleid op kritische wijze te evalueren. In de hiernavolgende paragraaf wordt ingegaan op een aantal belangrijke verzekeringstechnische kritieken die op het segmenteringsbeleid van de verzekeraar kunnen worden geformuleerd.

§ 4. Verzekeringstechnische kritiek op (vormen van) segmentering

304. **Kritische evaluatie van het segmentatiebeleid.** Hieronder volgt een beoordeling van enkele kritieken die kunnen worden aangevoerd op het differentiatiebeleid van de verzekeraar. Daarbij wordt in de eerste plaats ingegaan op het feit dat bepaalde differentiatiefactoren een te grote heterogeniteit veroorzaken en niet in staat zijn om het te verzekeren risico op juiste wijze te evalueren. (A) In de tweede plaats wordt de kritiek geëvalueerd die erin bestaat dat bepaalde differentiatiefactoren te weinig in staat zouden zijn om een zogenaamd “causaal verband” aan te tonen met het te verzekeren risico. (B) Tenslotte volgt een beoordeling van de suggestie dat bepaalde differentiatiefactoren niet geschikt zijn omwille van het feit dat de verzekerde er te weinig “invloed” op heeft. (C)

A. “Overlap-theory”: bepaalde risico-factoren veroorzaken te grote heterogeniteit

305. **Kritiek op onzorgvuldige differentiatiefactoren.** Eén van de kritieken die vaak wordt geformuleerd op het mechanisme van verzekeringssegmentatie is dat vaak gebruikte differentiatiefactoren onvoldoende in staat zijn om het te verzekeren risico op correcte wijze te evalueren. In de economische literatuur wordt dit probleem geformuleerd als de zogenaamde *overlap-theory*.[928] Deze theorie

[925] Cf. *supra* nr. DEEL II.Hoofdstuk I.Afdeling 1.§ 3.

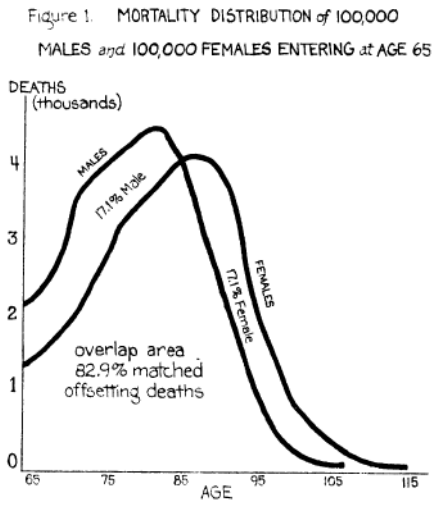
[926] Cf. *infra* nrs. 902 e.v.

[927] Cf. *supra* nr. DEEL II.Hoofdstuk I.Afdeling 2.§ 5.

[928] Geïntroduceerd door G.D. MARTIN, "Gender discrimination in pension plans", *The Journal of Risk and Insurance* juni 1976, afl. 2, 208; Zie ook K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 410-412; O. MCDONALD, "Sex discrimination and annuities - Presentation at the public hearing on 'sex discrimination outside the workplace' at the European Parliament", *http://www.europarl.eu.int/hearings/20030910/femm/mcdonald.pdf* 10 September 2003, 3.

bekritiseert het feit dat segmentatie meestal in dergelijke mate onvolkomen of onvolledig is, dat personen die zich in aparte risico-categorieën bevinden feitelijk toch een gelijkaardig risico vertonen.[929] Hierdoor is er sprake van een te grote heterogeniteit binnen de risico-klassen. Zo duidt de *overlap-theory* bijvoorbeeld aan dat de feitelijke levensduur bij de overgrote meerderheid van mannen en vrouwen feitelijk overeenstemt, waardoor de meeste mannen en vrouwen in levensverzekering eigenlijk dezelfde premies zouden moeten betalen. Het statistisch gegeven dat vrouwen langer leven dan mannen is in die zin begrepen slechts een algemeenheid, die van toepassing is op een minderheid van de verzekerden en niet op een meerderheid.[930]

In een Amerikaans onderzoek naar de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen werd dit grafisch weergegeven als volgt: [931]



Bron: MARTIN (1976)[932]

Op de figuur is te zien dat, hoewel de gemiddelde levensverwachting van vrouwen hoger is dan die van de mannen, het merendeel van de mannen en vrouwen (82,9%) dezelfde gemiddelde levensverwachting vertonen. Dit wordt verklaard door het feit dat heel wat vrouwen een kortere levensverwachting hebben dan de gemiddelde man en heel wat mannen een langere levensverwachting dan de gemiddelde vrouw, indien alle gekende risico-factoren in overweging worden genomen.[933] De *overlap-theory* vraagt zich dan ook af wat het nut is van een segmentatiesysteem dat (enkel) gebaseerd is op geslacht.

---

[929] D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 64; R. J. FINGER, “Ch. 4 - Risk Classification” in Foundations of Casualty Actuarial Science, www.casact.org/pubs/forum/88fforum/88ff509.pdf 1986, 534-535; P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 594.

[930] G.D. MARTIN, *l.c.*, 209.

[931] Ibidem.

[932] G.D. MARTIN, *l.c.*, 208.

[933] P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 594. Zie ook K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 435; L. BRILMAYER, R.W. HEKELER, D. LAYCOCK, e.a., "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *l.c.*, 531.

306. **Houdt de *overlap-theory* rekening met de eigenheid van verzekering?** De *overlap-theory* stelt de noodzaak van bepaalde vormen van verzekeringssegmentatie helder in vraag. Desondanks wordt zij in de literatuur niet ten volle onderschreven. Het probleem waar velen op wijzen is dat de *overlap-theory* voor een stuk voorbijgaat aan het feit dat verzekering gebaseerd is op de *waarschijnlijkheid* dat een schadegeval zich zal voordoen en niet op de *eigenlijke uitkomst* van een kansexperiment.[934] Na een sterfgeval kan men gemakkelijk tot het oordeel komen dat een individuele man even lang geleefd heeft als de gemiddelde vrouw maar dit is net hetzelfde als oordelen dat een dobbelsteen naar verwachting zal uitkomen op het nummer zes, simpelweg omdat de dobbelsteen éénmaal heeft gerold en uitkwam op zes.[935] De *overlap-theory* houdt dus geen rekening met het verschil tussen de *verwachte* uitkomst van een kansexperiment en de *eigenlijke* uitkomst.[936] Op die manier wordt voorbij gegaan aan het bij uitstek karakteristiek verschijnsel waarop verzekering zich onderscheidt van andere dienstverleningsvormen. Dit is het hierboven reeds toegelichte gegeven dat de zogenaamde productiecyclus van verzekering "invers" is. De prijs van het product (m.a.w. de premie) wordt namelijk bepaald alvorens de kostprijs ervan, de gedekte schade, bekend is.[937] Hieruit volgt dat de verzekeraar verplicht is op voorhand het risico zo goed mogelijk te kunnen inschatten en dus niet in staat is om achteraf, als het schadegeval zich reeds heeft voorgedaan, de prijs daarvoor te bepalen.

307. **Het eigenlijke probleem: te grote heterogeniteit.** De kritiek op de *overlap-theory* ten spijt kan men niet rond het onderliggende probleem dat met deze theorie wordt blootgelegd. Verzekeringssegmentatie waarbij namelijk exclusief (of in grote mate) rekening wordt gehouden met weinig (accurate) segmentatiefactoren houdt veel meer overlappingsmogelijkheden in zich dan segmentatiesystemen die een grotere mate van differentiatie hanteren en die op die manier meer homogene risicogroepen creëeren. Door alternatieve en/of meer accurate segmenteringsfactoren in te bouwen in de risicobeoordeling, die in hoge mate indicatief zijn voor het eigenlijke riscio, kan men een groot deel van de overlapping uitschakelen.[938] In feite richt de *overlap-theory* zich dus voornamelijk tegen risicogroepen die te heterogeen zijn samengesteld. Tegelijkertijd pleit de *overlap-theory* voor een grotere mate van homogeniteit die ertoe leidt dat meer personen verzekerd worden overeenkomstig hun risico-profiel.

CUMMINS e.a. wijzen er nog op dat een hoge mate van *heterogeniteit* binnen de gegeven risicogroepen, niet noodzakelijk hoeft te leiden tot economische disrupties of een perceptie van onrechtvaardige behandeling. Wanneer de personen binnen een risico-groep zich *niet bewust* zijn van de heterogeniteit, en aldus de overeenkomstig te betalen premie zien als de weerspiegeling van hun indivi-

---

[934] R.J. FINGER, "Ch. 4 – Risk Classification", *l.c.*, 535-536; D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 64.

[935] D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 64.

[936] Ibidem. Zie in dezelfde zin, R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", http://www.casact.org/admissions/syllabus/ch6.pdf, 309.

[937] H. COUSY, "De grote oriëntaties van het verzekeringsrecht", *l.c.*, 151; N. DE PRIL, J.DHAENE en S. SIMON, "Risico en Verzekering", www.econ.kuleuven.ac.be/tew/academic/actuawet/arts/LADeGroot.pdf, 6.

[938] R.J. FINGER, "CH. 4 – Risk Classification", *l.c.*, 535.

duele schadekans, is dit volgens hen niet het geval.[939] Vanaf het moment dat individuele risico's echter in staat zijn om hun eigen schadekans op accuratere wijze in te schatten dan het risicoclassificatiesysteem dat doet, zal de heterogeniteit leiden tot ongewenste economische en ook "sociale" effecten.

308. **Nadelig *economisch* effect van te heterogeen samengestelde risico-klassen.** Een nadelig *economisch* effect van te heterogeen (of te weinig homogeen) samengestelde risico-klassen is het verhoogde risico op anti-selectie, waarbij risico's met een lagere schadekans in iedere klasse zich niet verzekeren of minder verzekering kopen dan de risico's met een hogere schadekans. Hierboven werd het effect van anti-selectie al eens besproken als argument ten voordele van verzekeringssegmentatie. De verzekeraar kan in dat opzicht oordelen dat hij van bepaalde gevoelige risico-factoren zoals het geslacht, de leeftijd of handicap, wel móet gebruik maken, omdat anders anti-selectie optreedt waarbij de goede risico's de verzekeraar verlaten en op zoek gaan naar een verzekeringsformule die hen tegen gunstigere of met hun risico meer overeenstemmende voorwaarden verzekert. Anti-selectie effecten kunnen echter ook optreden indien de verzekeraar enkel vertrouwt op de klassiek gebruikte differentiatiefactoren. Indien de verzekeraar niet in staat blijkt te zijn om een risicobeoordeling te maken die in staat is om personen met een werkelijk verlaagd risico als dusdanig te kwalificeren, zullen zij eveneens geneigd zijn om een andere verzekeringsformule te zoeken. Men kan dan ook stellen dat anti-selectie, als argument ter ondersteuning van verzekeringssegmentatie zich evenzeer richt tégen bepaalde vormen van verzekeringssegmentatie, in die gevallen waarin deze segmentatie leidt tot te heterogeen samengestelde risico-klassen.[940]

309. **Nadelig *sociaal* effect van te heterogeen samengestelde risico-klassen.** Een nadelig *sociaal* effect van te heterogeen samengestelde risico-klassen is het bewustzijn bij vele verzekerden dat zij te veel betalen voor hun verzekering. Zeker indien verzekeringssegmentatie niet gebaseerd is op statistische informatie maar eerder op gissingen en stereotypering[941], zal dit bewustzijn aanzwellen.[942] Het bewustzijn van verzekerden die verzekerd worden tegen voorwaarden die te zwaar zijn ten opzichte van het te verzekeren risico, kan op zijn beurt leiden tot verzet tegen maatregelen die een inperking van bepaalde vormen van verzekeringssegmentatie bewerkstelligen.[943] Als voorbeeld kan hierbij reeds worden verwezen naar horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving die een verbod

---

[939] Vgl. D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 84.

[940] *Ibidem*, 77.

[941] In het geval statistische informatie (nog) niet beschikbaar is spreken actuarissen eerder van een segmetatiesysteem gebaseerd op "*wisdom, insight and good judgment*". Zie AMERICAN ACADEMY OF ACTUARIES COMMITTEE ON RISK CLASSIFICATION, *l.c.*, 7.

[942] R. AUSTIN, *l.c.*, 552. Dat verzekeraars bepaalde polissen ook zonder de benodigde statistische informatie zullen aanbieden is denkbaar in het geval deze informatie in eerste instantie te duur wordt geacht of nog niet beschikbaar is. Als compensatie voor de onzekerheid zal de verzekeraar die marktpotentieel ziet in het aanbieden van een bepaalde polis het premiebedrag voldoende hoog zetten om op die manier zijn portefeuille stabiel te houden. Statistische gegevens kunnen dan worden bekomen op basis van de voorkomende schadegevallen van de nieuw aangetrokken verzekerden, waarna de premie of de verzekeringsvoorwaarden alsnog kunnen worden gedifferentieerd.

[943] D. J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 78.

oplegt van segmentatie op grond van vaak-gebruikte factoren zoals geslacht, leeftijd of handicap. Indien verzekerden denken te veel te betalen voor het risico dat zij vertegenwoordigen als gevolg van regels die de verzekeraar beletten beroep te doen op vaak-gebruikte segmentatiefactoren, zullen zij zich tegen deze regels verzetten. Hierbij dient echter meteen te worden opgemerkt dat ondanks het feit dat de toepassing van anti-discriminatiewetgeving in verzekeringsrelaties tot gevolg kan hebben dat bepaalde segmentatiecriteria in principe worden geweerd uit het segmenteringsbeleid van de verzekeraar, zij er eveneens toe kunnen leiden dat de verzekeraar verplicht wordt te verantwoorden waarom de verzekeraar geen alternatieve risico-factoren kon hebben aangewend of een meer geïndividualiseerde risico-beoordeling kon hebben doorgevoerd.[944] Het is dus niet zo dat anti-discriminatiewetgeving op zich leidt tot meer heterogene risico-klassen. Integendeel, in de mate dat zij blijkt te streven naar individuele risicobeoordeling moet zij net worden begrepen als een beweging naar meer homogeniteit binnen de risico-klassen.

310. **Besluit**. De kritiek dat het gebruik van bepaalde risico-factoren op zich leidt tot te heterogeen samengestelde risico-klassen, kon worden weerlegd door te wijzen op het feit dat de verzekeraar op voorhand nooit met zekerheid kan weten of een bepaalde groep van personen ook effectief met een schadegeval zal worden geconfronteerd. Achteraf is het altijd makkelijk om te zeggen dat een individuele man langer heeft geleefd dan de gemiddelde vrouw. Vooraf is dit echter nauwelijks mogelijk. De argumentatie dat de productiecyclus van de verzekeraar invers is, zou voor hem dan een rechtvaardiging vormen om zijn differentiatiebeleid op grond van dezelfde factoren verder te zetten. Deze redenering kan echter worden genuanceerd in die zin dat aan te heterogeen samengestelde risico-klassen kan worden verholpen door het aanvullend óf alternatief gebruik van andere, meer accurate risico-factoren. Zogenaamde anti-selectie effecten zullen zich immers eveneens voordoen wanneer personen zich op grond van de klassiek gebruikte differentiatiefactoren niet correct geclassificeerd voelen en op zoek gaan naar verzekeringsformules die er wél in slagen om hun risico meer accuraat in te schatten.

B. Een gebrek aan “causaliteit” van risico-factoren

1. Kritiek: het arbitrair karakter van niet-causale proxies

311. **Causale proxies “rechtvaardiger” dan niet-causale proxies.** Hierboven werd de kritiek geformuleerd dat bepaalde vormen van segmentatie een te hoge mate van heterogeniteit binnen de risico-klassen inhouden, waardoor geen recht wordt gedaan aan de individuele merites van de verzekerden binnen deze risico-klassen. Erg verwant aan deze kritiek is de bewering dat bepaalde risicofactoren die worden gebruikt in het segmentatieproces, slechts een *proxy* of surrogaat zijn voor andere (meer accurate) variabelen die veel moeilijker of slechts tegen een hoge prijs kunnen worden gemeten.[945]

---

[944] Zie verder *infra* nrs. 900 e.v. en 902 e.v.

[945] S.R. RYAN, "The elimination of gender discrimination in insurance pricing: does automobile insurance rate without sex?", *Notre Dame Law Review* 1986, afl. 61, 764, met verwijzing naar COMMONWEALTH OF MASSACHUSETS, DIV. OF INSURANCE, “Automobile insurance risk classification: equity and accuracy 1978, 4; L. WORTHAM, "Insurance classification: too important to be left to the actuaries", *Michigan Journal of Law Reform* 1985-

Op basis van deze kritiek is het dan slechts een kleine stap om te beweren dat enkel een segmentatiesysteem dat rekening houdt met factoren die in *causaal verband* staan met het eigenlijke risico, acceptabel zouden zijn.[946] Het gebruik van *niet*-causale proxies wordt in de literatuur vaak bestempeld als arbitrair.[947] Zonder aanvulling van meer accurate risico-factoren zouden dergelijke *proxies* eveneens verantwoordelijk zijn voor het aanzwengelen van heterogeniteit binnen de risico-klassen.[948] Er wordt dan ook verdedigd dat het vereisen van een "causale relatie" tussen de classificatie-factor en het eigenlijke risico kan leiden tot een rechtvaardiger differentiatiepolitiek.[949]

312. **Voorbeelden van niet-causale *proxies*. Geslacht in levensverzekering en motorrijtuigenverzekering.** Het bekendste voorbeeld van het gebruik van een *proxy* die op zich niet in een causale relatie staat met levensverwachting, is de factor geslacht als *proxy* voor levensverwachting in levensverzekering.[950] Vaak wordt gesuggereerd dat de verschillende levensverwachting bij mannen en vrouwen niet wordt verklaard door de factor geslacht *an sich,* maar wel door variaties in rookgewoonten, beroep, inkomen, competitief gedrag en andere levensstijlfactoren, waarvoor geslacht slechts een proxy is.[951] Op die basis kan dan ook worden verdedigd dat de factor geslacht plaats moet ruimen voor factoren die wel een causaal verband aantonen met het te verzekeren risico.

Ook de statistisch zichbare hogere ongevalsgraad voor jonge mannen in motorrijtuigenverzekering is een niet-causale *proxy* voor factoren zoals het vermogen van de wagen, afgelegde kilometers, rijgedrag en de kans op dronken rijden en aldus voor de kans op een ongeval.[952] Het is inderdaad weinig aannemelijk dat het bezit van een extra x-chromosoom superioriteit aangeeft in rijvaardigheid. De lagere ongevalsgraad voor vrouwen zou daarentegen wel verschillen in rijpatronen weerspiegelen.[953]

1986, 418; L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 883; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in risk classification", *l.c.*, 199; A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *South-African Journal of Human Rights* 2002, afl. 18, 75.

[946] Zie bv. B.D. UNDERWOOD, "Law and the crystal ball: predicting behavior with statistical inference and individualized judgment", *Yale Law Journal* 1978-1979, afl. 7, 1444-1445; W. WILS, *l.c.*, 456-457; J. GAULDING, "Race, sex and genetic discrimination in insurance: what's fair?", *Cornell Law Review* 1994-1995, afl. 80, 1680; R. AUSTIN, *l.c.*, 559.

[947] K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 436; R. AUSTIN, *l.c.*, 559-560.

[948] P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 594.

[949] Zie bv. J. GAULDING, *l.c.*, 1681; K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 436.

[950] Zie bv. B.D. UNDERWOOD, *l.c.,* 1445; W. WILS, *l.c.*, 456; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 198.

[951] L. BRILMAYER, R. HEKELER, D. LAYCOCK en T. SULLIVAN, "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *l.c.*, 530-532; D. J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 86; O. MCDONALD, *l.c.*, 3.

[952] S.R. RYAN, *l.c.*, 765; R. J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", *l.c.*, 297; R. AUSTIN, *l.c.*¸ 559; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 199.

[953] R. AUSTIN, *l.c.*, 559. Zo wijst op Amerikaans onderzoek uit de jaren '80 dat vrouwen gemiddeld minder lange afstanden afleggen dan mannen en ook niet zouden rijden op dezelfde dagen als mannen. Zie STATE OF NEW JERSEY DEPARTMENT OF INSURANCE, "Hearing on auomobile insurance classification and related methodologies: final determination – major findings and conclusions", Trenton, New Jersey, 1981, 102. Uit recenter Brits onderzoek blijkt dan echter dat de zogenaamde "*gender gap in mileage*" de laatste jaren aanzienlijk kleiner wordt.

Ook hier kan men dus verdedigen dat de factor geslacht beter kan worden vervangen door andere "meer causale" risico-factoren.

2. Weerlegging van de kritiek op het gebruik van niet-causale proxies

313. **Causaliteit impliceert te hoge bewijslast.** Tegenover de kritiek dat bepaalde risico-factoren slechts een *proxy* vormen voor andere factoren waarvoor wél een causaal verband zou bestaan met het eigenlijke risico, staat dat statistisch gezien een absoluut bewijs van oorzakelijk verband niet te leveren valt.[954] In actuariële middens wordt de zoektocht naar het causaal verband zelfs vergeleken met de queeste naar de Heilige Graal.[955] In de statistiek kan weliswaar gemeten worden dat twee variabelen in hoge mate correleren maar deze correlatie zegt niets over welke variabele de oorzaak is en welke het gevolg.[956] Ook zegt de correlatie niets over de vraag of deze variabelen mogelijk onder invloed staan van een alternatieve derde variabele.[957] Er kan bijgevolg worden verdedigd dat een voorkeur voor causale differentiatiefactoren niet noodzakelijk leidt tot een meer accurate voorspelling van het risico.[958] Hoogstens kan men argumenteren dat een *verhoogd correlatief verband* dient te bestaan tussen de gebruikte risico-factor en de sinistrialiteit.[959]

314. **Geslacht als causale *proxy*.** De beoordeling dat het gebruik van bepaalde factoren zoals het geslacht omwille van hun niet-causaal karakter moeten worden verbannen, kan worden weerlegd door hef feit dat deze factoren soms wel in een aantoonbaar causale relatie staan met het te verzekeren risico. In het geval van geslacht kan bv. van een oorzaak-gevolg causaliteit worden gesproken wanneer er sprake is van *biologische verschillen* tussen mannen en vrouwen.[960] Denk aan het gegeven dat prostaatkanker (de dodelijkste vorm van kanker onder mannen), enkel kan voorkomen onder mannen en baarmoederhalskanker of eierstokkanker enkel kan voorkomen bij vrouwen. Denk ook

---

Zie K. HAMILTON, "Gender and transport in developed countries", *http://www.earthsummit2002.org/workshop/Gender%20Transport%20N%20KH.pdf*, 2002, 6.

[954] ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITEE, *l.c.*, 5. Volgens dit Zuid-Afrikaans verzekeraars-collectief is het onredelijk om een causaal verband te vereisen tussen de gebruikte risico-factor en de impact van deze factor op het sinister. Alleen een significante correlatie is redelijk vaststelbaar. Ook VELAERS merkt op dat er over het causaal verband nooit zekerheid zal bestaan. Men moet zich volgens hem tevreden stellen met "waarschijnlijkheid", J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, nr. 25.

[955] M. DENUIT, *l.c.*, 5. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y.THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 192; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 250.

[956] D.J CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 87.

[957] Ibidem.

[958] B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1446.

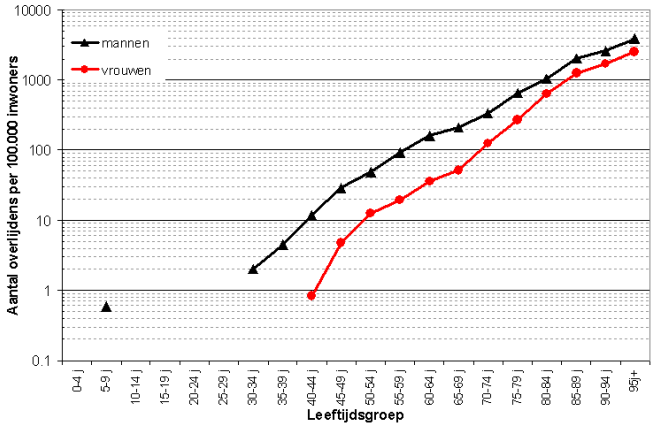
[959] R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", *l.c.*, 297, met verwijzing naar COMMONWEALTH OF MASSACHUSETS, DIV. OF INSURANCE, "Automobile insurance risk classification: equity and accuracy 1978, 22; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 199.

[960] S. RICHARDS, "Sexual differentials in mortality", *The Actuary* 2004, afl. januari/februari, 34-35; ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITTEE, *l.c.*, 9.

aan borstkanker, een ziekte die weliswaar ook mannen kan treffen, maar onder vrouwen de grootste oorzaak van kankersterfte vormt.[961]

Geselecteerde leeftijds-gestandaardiseerde kankersterfgevallen per miljoen		
Doodsoorzaak	**Mannen**	**Vrouwen**
Baarmoederhalskanker	0	31
Eierstokkanker	0	112
Borstkanker	3	308
Prostaatkanker	274	0
Bron: ONS, 2001 Figures, European Standard Population		

Ook biologische verschillen die niets te maken hebben met de voor de hand liggende fysieke kenmerken van mannen en vrouwen laten een causaal verband zien tussen het geslacht en bepaalde ziektebeelden. Zo zijn ischemische hartziekten[962] de grootste doodsoorzaak van gepensioneerde mannen en vrouwen. Zoals men ziet op de hierbijgegevoegde grafiek zijn het in alle leeftijdssegmenten de mannen die een grotere kans hebben om aan deze aandoening te sterven.



Bron: Sterftecertificaten Vlaams Gewest, 2006, Vlaams agentschap Zorg en Gezondheid,[963]

De redenen hiervoor kunnen voor een stuk worden gezocht in verschillen in levensstijl. Men heeft kunnen aantonen dat ischemische hartziektes voor een heel groot deel bepaald worden door biologische factoren: mannelijke en vrouwelijke hormonen zouden zorgen voor geslachtsspecifieke interacties met de processen die leiden tot de genoemde hartziekte.[964]

In de hierbij besproken gevallen kan men nog steeds spreken van een oorzakelijk verband tussen het geslacht enerzijds en de levensduur of de kans om een ziekte te krijgen anderzijds. Het is dan ook

---

[961] *Ibidem*.

[962] Aandoeningen van het hart die ontstaan als gevolg van vernauwingen van de kransslagaderen rond het hart, waardoor sprake is van een verminderde toevoer van bloed naar het hart. Zie R.E. KLABUNDE, *Cardiovascular physiology concepts,* Philadelphia, Lippincot Williams & Wilkins, 2005, 152.

[963] http://www.zorg-en-gezondheid.be/topPage.aspx?id=11236&LangType=2067

[964] S. RICHARDS, *l.c.*, 34.

weinig wetenschappelijk om te beweren dat het geslacht, omwille van vermeende afwezigheid van een causaal verband met het risico, moet worden geweerd als risico-factor.

315. **Gebruik van *proxies* geeft mogelijk beter totaalbeeld van het risico.** Als verdere weerlegging van de kritiek dat het gebruik van niet-causale *proxies* arbitrair zou zijn, kan tenslotte nog worden geargumenteerd dat het gebruik van dergelijke *proxies* nog steeds een beter totaalbeeld kan geven van het te verwachten risico dan het afzonderlijk gebruik van risico-factoren met een hogere correlatieve waarde.[965]

Neem het voorbeeld van een verzekeraar die enkel gebruik maakt van levensstijl en eetgewoonten in het meten van de levensverwachting. Men kan vermoeden dat deze classificatiefactoren een grotere invloed hebben op de levensverwachting dan het loutere man of vrouw zijn. Toch wil dit niet zeggen dat de factor geslacht daarom geen toegevoegde waarde heeft bij het indelen in risicogroepen in levensverzekering. Naast levensstijl en eetgewoonten kunnen er immers nog veel meer andere, niet te registreren of onbekende variabelen mee aan de grondslag liggen van de levensverwachting, die zonder het gebruik van de *proxy* niet kunnen gevalideerd worden. Zo is het in motorrijtuigenverzekering, in plaats van rekening te houden met afgelegde kilometers als zogenaamd causale *proxy*, veel relevanter om te beschouwen wáár (grote stad met meer voertuigen, kruispunten) en wanneer ('s nachts, of na een receptie of met weinig slaap) de verzekerde persoon de wagen bestuurt.[966] Deze onbekende variabelen zijn misschien op zich niet of moeilijk zichtbaar. Toch is het mogelijk dat door het gebruik van een niet-causale differentiatiefactor zoals het geslacht, de onzichtbare risico-factoren mee worden genomen in de risico-beoordeling. Dit valt dan te verklaren door het feit dat de factor geslacht nog altijd de functie kan blijven spelen van *proxy* of *substituut* voor deze anders ongekende, want onmeetbare factoren.

316. **Privacy en controleerbaarheid.** Een laatste vaak gehoord argument voor het gebruik van risicofactoren die een *proxy* vormen voor het wellicht meer accurate levensstijl-criterium, is dat het gebruik van de factor levensstijl zélf een te hoge inbreuk van de privacy zou opleveren.[967] Het gebruik van deze risico-factor zou bovendien onhaalbaar zijn voor de verzekeraar, omwille van het feit dat geen controle kan worden uitgeoefend op de door de verzekerde verstrekte gegevens.[968]

317. **Besluit.** Op grond van al deze overwegingen kan men besluiten dat het vereisen van een "causale relatie" tussen de classificatie-factor en het eigenlijke risico, geen garantie vormt voor een rechtvaardiger differentiatiepolitiek. Een causaal verband is zelden aantoonbaar en als het aantoonbaar is (bv. in het geval van biologische verschillen tussen mannen en vrouwen) zijn er altijd andere factoren

---

[965] Zie in dezelfde zin, K.S. ABRAHAM, *l.c.* , 439-440; B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1446.

[966] R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", *o.c.*, 298.

[967] R. AUSTIN, *l.c.*, 560; P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 593.

[968] Zie reeds *supra* voetnootnr. 605, met verwijzing naar de reactie van de Nederlandse zorgverzekeraars op het voorstel van de Nederlandse Raad voor de Volksgezondheid om de premies afhankelijk te maken van een gezonde levensstijl. Zie *https://www.roc-nijmegen.nl/vavo/vwo/nederlands/docs/docmatse.doc*. Zie in dezelfde zin in verband met het criterium "rijervaring" in de WAM-verzekering, G. SCHOORENS, *l.c.*, 222.

die het risico mee kunnen helpen definiëren. Naast zogezegd accuratere risico-factoren zoals levensstijl en eetgewoonten, kunnen er meer, niet te registreren of onbekende variabelen aan de grondslag liggen van levensverwachting die zónder het gebruik van de *proxy* niet kunnen gevalideerd worden. Het gebruik van niet-causale *proxies* zal in vele gevallen dan ook de enige manier vormen om andere moeilijk of onmogelijk te meten risico-factoren in rekening te kunnen brengen. Het gebruik van niet-causale *proxies* vormt eveneens een garantie tegen inbreuken op de privacy. Vaak zijn zij voor de verzekeraar ook makkelijker controleerbaar, waardoor het risico op foutieve informatie bij het aangaan van de overeenkomst kan worden verminderd.

Het besluit dat het exclusief gebruik van causale risico-factoren niet aan te moedigen valt in het kader van een rechtvaardig differentiatiebeleid, kan van belang zijn voor de beoordeling van het discriminatoir karakter van het segmenteringsbeleid van de verzekeraar. De verzekeraar die gebruik maakt van door het anti-discriminatierecht verboden gronden zoals het geslacht, leeftijd of handicap, kan op grond van het anti-discriminatierecht de kans krijgen om het gebruik van deze discriminatiegronden te rechtvaardigen. Hij kan dit doen door aan te tonen dat gronden zoals leeftijd, handicap of geslacht hem op efficiënte wijze in staat stellen om het risico te kunnen inschatten waaraan de verzekerde blootstaat. Zoals hierboven reeds werd toegelicht, kan het rechtvaardigingsproces vervolgens van de verzekeraar verlangen dat hij aantoont dat er geen nuttige en voor de verzekerde minder belemmerende alternatieven voorhanden waren om een correcte risico-inschatting te maken.[969] In het kader van deze bewijslast zou de verzeraar dan kunnen aantonen dat het weglaten van factoren die op zich niet in een causale relatie staan met het te verzekeren risico, niet automatisch een nuttig en minder belemmerend alternatief vormen voor risico-factoren die wél in een zogenaamde causale relatie staan met het risico. Het gebruik van niet-causale proxies kan namelijk helpen om een volledig beeld te schetsen van het te verzekeren risico, daar zij gelden als substituut voor niet op te sporen of niet te controleren risico-factoren. Het niet voorhanden zijn van nuttige alternatieven, kan de beoordelaar vervolgens leiden tot het besluit dat het gevoerde differentiatiebeleid gerechtvaardigd is, waardoor er geen sprake is van discriminatie.[970]

C. Een gebrek aan "invloed" op de gebruikte risico-factoren

318. **Overzicht.** Een andere vaak gehoorde kritiek op verzekeringssegmentatie is dat zij (o.m.) gebruik maakt van classficatiefactoren waarop men geen invloed heeft.[971] Men kan hierbij denken aan typische risicofactoren zoals geslacht en leeftijd maar zeker ook aan genetische factoren[972]. De argumenten die doorgaans worden gegeven met betrekking tot de onwenselijkheid van het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren, doen beroep op zowel een ruime interpretatie van het concept

[969] Cf. *supra* nr. DEEL II.Hoofdstuk I.Afdeling 1.§ 3.

[970] Zie voor een eerdere suggestie in die zin, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "De juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 192. Zie *infra* nr. 902-907.

[971] AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 4.

[972] Zie voor een meer genuanceerde visie op het "onveranderlijk karakter" van genetische eigenschappen, T. LEMMENS, *o.c.*, 89.

verzekeringssolidariteit als op het economisch gedrag van de verzekerde. Deze argumenten worden besproken onder (1).

Tegenover deze argumenten staan tegen-argumenten op grond waarvan het gebruik van niet-contoleerbare risico-factoren kan worden verdedigd. Deze argumenten betreffen eveneens het economisch gedrag van de verzekerde. Daarnaast betreffen zij de moeilijke definieerbaarheid van het concept "beïnvloedbaarheid" van risico-factoren. Zij worden besproken onder (2).

1. Kritiek op het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren

319. **Ruime interpretatie van het concept verzekeringssolidariteit.** Een eerste argument tegen het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren zoals geslacht of leeftijd in verzekeringsrelaties, betreft de nood aan solidariteit ten opzichte van situaties waarvoor men zelf niet gekozen heeft.[973] Men kan aannemen dat solidariteit niet gewenst is in situaties waarbij de verzekerde er bewust voor kiest om te roken, deel te nemen aan risicovolle sporten of geen brandwerend bouwmateriaal te gebruiken. In dergelijke situaties zal er steeds sprake zijn van subsidie-aversie vanwege de verzekerden. In het geval beroep wordt gedaan op persoonskenmerken die men zelf niet in de hand heeft, zoals de leeftijd van een persoon, zijn of haar geslacht en ook een mogelijke ziekte of handicap, is de behoefte aan solidariteit tussen goede en minder goede risico's echter groter.[974]

Sommige auteurs doen voor de invulling van deze solidariteit beroep op een zogenaamd Rawlsiaans rechtvaardigheidsdenken.[975] RAWLS suggereerde dat de meest rechtvaardige verdeling van middelen degene zou zijn "*which would have been chosen by potential beneficiaries before the natural lottery of endowments took place*".[976] In verzekeringen kan dit er volgens WORTHAM toe leiden dat de vraag naar de beïnvloedbaarheid van een classificiatie-factor het element van statistische correlatie overstijgt en dat degenen die bijvoorbeeld lijden onder een ziekte, een genetisch defect of een handicap, niet zouden mogen gestraft worden in verzekering.[977] THOMAS plaatst de definitie van rechtvaardigheid in een ruimer perspectief, daarbij steunend op het "*difference principle"* van Rawls. Naar zijn mening kan ongelijkheid gerechtvaardigd zijn, op voorwaarde dat hierdoor zelfs de meest armen in de samenleving er beter van worden. De armsten in de samenleving zijn veelal de zieken en de

---

[973] Zie in deze zin, AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 4-5. Zie ook B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1445.

[974] Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.,*197.

[975] C. GOLLIER, "La solidarité sous l'angle économique", *R.G.D.A.*2002, afl. 3, 825; K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 437; G. WAGNER, "Aktueller Kommentar", *Economic Bulletin*, oktober 2003, afl. 10; T. MOULTRIE en G. THOMAS, "The *right* to underwrite? An actuarial *perspective* with a difference", *http://www.guythomas.org.uk/pdf/rtu.pdf*, 5; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 198; Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, ""Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*¸191.

[976] J. RAWLS, *A theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 11-17.

[977] L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: "The sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 884.

gehandicapten en hij kan moeilijk inzien hoe hun uitsluiting van verzekeringsrisico-groepen hun beter kan doen worden, dan ze anders waren geweest.[978]

320. **Verhindering van spontane risico-preventie.** Een ander, verzekeringseconomisch, argument tegen het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren zoals leeftijd, geslacht, genetische aandoening of handicap, is dat het gebruik van deze factoren de verzekerde persoon niet de kans geven om zijn verzekeringskost te verminderen door spontane risico-preventie.[979] Dit zal de kans op een hogere schadelast verhogen, hetgeen in het nadeel speelt van zowel verzekerde als verzekeraar. Doordat verzekerden niet zelf kunnen kiezen onder welke risico-groep zij terecht komen, zullen zij grijpen naar alternatieve en goedkopere schadepreventiemiddelen en de verzekeringsformules verlaten.[980]

2. Weerlegging van de kritiek op het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren

321. **Alternatieve prikkels tot spontane risico-preventie.** Een eerste vraag met betrekking tot de wenselijkheid om enkel beïnvloedbare factoren te laten meespelen in de risico-beoordeling, betreft de algemene geldigheid van de argumentatie die aan deze wenselijkheid ten grondslag ligt. Het gevaar dat de verzekerden *binnen* portefeuille, door het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren, te weinig prikkels zouden krijgen om aan risico-preventie te doen is overschat. Zo heeft de verzekeraar voldoende formules ter beschikking om de verzekerden in het geval van een voorkomend schadegeval, mee te laten betalen aan deze schade. Dit kan door het installeren van plafonds, waarboven geen dekking wordt gegeven, of door het gebruik van franchises waarbij de verzekeraar pas tussenkomt vanaf een vooraf afgesproken bedrag. Ook het gevaar dat verzekerden die worden geclassificeerd op grond van niet-beïnvloedbare factoren, op zoek zouden gaan naar alternatieve risico-preventieformules is overschat. De kosten voor risico-preventie zullen in veel gevallen namelijk te hoog zijn in vergelijking met de kost van verzekering, waardoor de verzekerde niet snel zal geneigd zijn om de verzekeringsmarkt te verlaten.[981]

322. **Wat is niet-beïnvloedbaar?** Beweren dat enkel gebruik zou mogen worden gemaakt van beïnvloedbare risico-factoren lijkt op het eerste gezicht aantrekkelijk, daar op die manier enkel personen die zichzelf in verhoogde risico-omstandigheden brengen, worden benadeeld in verzekeringsrelaties. Men kan zich inderdaad indenken dat het gerechtvaardigd is om in hospitalisatieverzekering een hogere premie te vragen aan rokers dan aan niet-rokers. Verzekerden zullen het ook niet als onrecht-

[978] T. MOULTRIE en G. THOMAS, *l.c.*, 5.

[979] R. AUSTIN, *l.c.*¸ 560, met verwijzing naar COMMONWEALTH OF MASSACHUSETS, DIV. OF INSURANCE, "Automobile insurance risk classification: equity and accuracy 1978, 162; D.J CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 88; K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 440-441; R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", *o.c.*, 298; W. WILS, *l.c.*, 461; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 250.

[980] K.S ABRAHAM, *l.c.*, 441; ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITEE, *l.c.*, 6.

[981] Ibidem.

vaardig beschouwen wanneer in de WAM-verzekeringspolissen een (verplichte)[982] clausule is opgenomen die stelt dat geen dekking wordt verleend indien de verzekerde met zijn voertuig deelneemt aan niet-vergunde (snelheids)wedstrijden in competitief verband. Hetzelfde geldt voor het vragen van een hogere premie in diefstalverzekering wanneer geen alarmsysteem wordt geïnstalleerd.[983] Het betreft telkens risico-factoren die duidelijk berusten op het feit dat de verzekerde zich in zelf-gecreëerde risico-verhogende omstandigheden heeft geplaatst en waarin een duidelijke afkeer voor subsidiërende solidariteit bestaat.

Het probleem met de eis tot het exclusief gebruik van zogenaamde beïnvloedbare factoren is dat hetgeen moet worden begrepen onder "beïnvloedbaarheid" van persoonskenmerken, moeilijk te omlijnen is.[984] Denk bijvoorbeeld aan de risico-factor obesitas, die in hospitalisatieverzekering veelal leidt tot niet-acceptatie van de kandidaat-verzekerde. Het gebruik van deze factor zou kunnen worden gerechtvaardigd door te zeggen dat obesitas per slot van rekening toch een beïnvloedbare risicofactor is. Is er echter nog sprake van invloed wanneer bewezen is dat deze obesitas is veroorzaakt door een bepaald voedingsregime tijdens de kindertijd of grotendeels afhankelijk is van fysiologische aanleg? Gaat het daarbij nog om een beïnvloedbare factor?[985] Kan men nog steeds zeggen dat alcoholisme of rookverslaving beïnvloedbaar zijn indien de vatbaarheid ervoor genetisch is bepaald?[986] Wat met criteria zoals reactiesnelheid in de motorrijtuigenverzekering die statistisch gezien bepalend is voor de kans op ongevallen? Kan men spreken van een beïnvloedbare factor in het geval de vertraging in reacties aangeboren blijkt te zijn?[987] Beweren dat bijvoorbeeld HIV het resultaat is van een zelfgekozen situatie, resulterend uit seksueel gedrag of druggebruik is eerder het gevolg van onwetendheid en vooroordelen, zo schrijft LEMMENS, dan van een rationele risico-beoordeling.[988] Uit deze voorbeelden blijkt dat de vraag of men verantwoordelijk is voor een bepaald risico-beeld in de meeste gevallen erg complex is. Dit risico-beeld zal immers afhankelijk zijn van een erg divers palet aan biologische-, sociale- en omgevingsfactoren. Beweren dat enkel gebruik mag worden gemaakt van beïnvloedbare risico-factoren zal de verzekeraar dan verplichten tot ongefundeerde waardeoor-

---

[982] Zie voor België, artikel 8, 4° van het K.B. van 14 December 1992 betreffende de modelovereenkomst voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, *B.S.* 3 februari 1993.

[983] R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", *o.c.*, 298.

[984] *Ibidem*. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 190; B. DUBUISSON, , "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 250.

[985] J.M. BINON, "L'égalité de traitement en droit européen", *l.c.,* p. 237, nr. 29 ; zie ook J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 146 ; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 190.

[986] genuanceerd T. LEMMENS, "Selective justice, genetic discrimination, and insurance: should we single out genes in our laws?", *Mc Gill Law Journal* 2000, afl. 45, 376.

[987] K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 437.

[988] T. LEMMENS, "Selective justice, genetic discrimination, and insurance: should we single out genes in our laws? ", *l.c.*, 376.

delen[989] die voor de consument nadelig kunnen uitvallen en niet tegemoet komen aan de wens om enkel degenen te straffen die zichzelf in een risicovolle situatie hebben gebracht.

323. **Besluit.** Men kan van oordeel zijn dat het gebruik van differentiatiefactoren waarover het individu geen invloed heeft, moet worden vermeden in verzekeringsrelaties. Dit omwille van de redenering dat enkel verzekerden die zichzelf in risico-verhogende omstandigheden hebben gebracht, mogen "gestraft" worden met hogere verzekeringspremies. De verzekerde zou door het gebruik van niet-beïnvloedbare risico-factoren ook niet de kans hebben om doorheen spontane risico-preventie de kost van verzekering te drukken.

De kritiek tegen het gebruik van risico-factoren waarover de verzekerde geen invloed heeft, dient echter rekening te houden met het feit dat de kosten van risico-preventie duurder kunnen zijn dan de kost van verzekering, waardoor risico-preventie geen nuttig alternatief meer vormt. Ook kan worden gesteld dat het exclusief gebruik van beïnvloedbare factoren, verzekerden kan treffen die niet voor een bepaalde situatie hebben gekozen. De verzekeraar wordt bovendien gedwongen tot ongefundeerde stellingnames in verband met toerekening aan en verantwoordelijkheid van het individu.

Argumenten tegen het exclusief gebruik van beïnvloedbare risico-factoren kunnen van belang zijn voor de beoordeling van het discriminatoir karakter van het segmenteringsbeleid van de verzekeraar. De verzekeraar die in zijn differentiatiebeleid gebruik maakt van beschermde discriminatiegronden zoals het geslacht, leeftijd of handicap, kan op grond van het anti-discrimatierecht de kans krijgen om het gebruik van deze discriminatiegronden te rechtvaardigen.[990] Hij kan dit doen door aan te tonen dat niet-beïnvloedbare factoren zoals leeftijd, handicap of geslacht hem op efficiënte wijze in staat stellen om het risico te kunnen inschatten waaraan de verzekerde blootstaat. Zoals hiervoor reeds werd toegelicht, kan het rechtvaardigingsproces vervolgens van de verzekeraar verlangen dat deze aantoont dat er geen nuttige en voor de verzekerde minder belemmerende alternatieven voorhanden waren om de door hem nagestreefde doelstellingen te bereiken.[991] Zoals hierboven is gebleken, zal het weglaten van niet-beïnvloedbare risico-factoren niet automatisch een nuttig en voor de verzekerde minder belemmerend alternatief vormen. Het criterium beïnvloedbaarheid is zodanig moeilijk te omlijnen dat ook personen die zichzelf niet in een risico-volle situatie hebben gebracht in een hogere risico-categorie worden gepositioneerd. In dat geval kan moeilijk worden gesproken van een nuttig alternatief, hetgeen de beoordelaar vervolgens kan doen besluiten dat het gevoerde differentiatiebeleid gerechtvaardigd is en er geen sprake is van discriminatie.[992]

---

[989] Zie in dezelfde zin, K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 437-438; R. AUSTIN, *l.c.*, 563.

[990] Cf. *infra* nrs. 469 e.v. en 831 e.v.

[991] In het geval het anti-discriminatierecht een impliciete verplichting in zich houdt om te verantwoorden waarom dergelijke alternatieve maatregelen niet werden overwogen. Cf. *infra* nr. 880 e.v.

[992] Zie voor een eerdere suggestie in die zin, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "De juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 192. Zie *infra* nr. 902-907.

AFDELING 4. CONCLUSIES

324. **Solidariteit, gelijkheid en differentiatie.** Uit dit hoofdstuk mocht blijken dat de verzekeraar er in een concurrentiële markt in principe naar streeft om gelijke verzekeringsvoorwaarden toe te passen op vergelijkbare risico's. Doorheen zijn differentiatiebeleid zorgt hij er ook voor dat onvergelijkbare risico's tegen ongelijke voorwaarden worden verzekerd. Ongelijke verzekeringsvoorwaarden uiten zich in ongelijke tarifering van verschillende risico's, maar ook in het opleggen van ongelijke verzekeringsvoorwaarden en een gedifferentieerd acceptatiebeleid. Hiermee wordt door de verzekeraar actuariële rechtvaardigheid nagestreefd, waarbij hij ervan uitgaat dat de groep met de goede risico's niet moeten bijdragen of subsidiëren aan de groep met de minder goede risico's. Iedere risico-groep moet in staat zijn de eigen risico's te dragen, zonder daarbij systematisch te worden benadeeld ten opzichte van een andere groep. Binnen iedere groep moet er sprake zijn van kanssolidariteit tussen de pechvogels en de geluksvogels, maar voor subsidies naar de andere groep blijven de verzekerden in principe avers.

325. **Anti-selectie en *moral hazard*.** De door de verzekeraar nagestreefde opdeling van risico's naargelang hun risico-profiel wordt ondermeer verklaard vanuit de economische gevaren van anti-selectie en *moral hazard*. Uit de hierboven staande analyse is aan de ene kant gebleken dat de bestrijding van de gevaren van anti-selectie en moral hazard een rechtvaardiging zouden kunnen opleveren voor het uitgeoefende segmenteringsbeleid van de verzekeraar. Aan de andere kant bleek echter dat indien er voor de beschreven gevaren al empirisch bewijs zou bestaan, de mate waarin deze gevaren zich voordoen afhankelijk is van de concrete marktomstandigheden. Zo worden de aan de fenomenen van anti-selectie en moral hazard verbonden gevaren kleiner, in markten waarin de vraag naar verzekering in grote mate onafhankelijk is van de te betalen prijs (prijs-inelastische markten), of in markten waarin de verzekerden die het meest risico-avers zijn de grootste vraag naar verzekering genereren (*propitious selection*). Indien de verzekeraar in de bestrijding van de effecten van anti-selectie en *moral hazard* aldus een legitieme doelstelling ziet, aan de hand waarvan hij in een eventuele juridische procedure een rechtvaardiging zoekt voor zijn beleid, moet hij voldoende materiaal verzamelen om deze effecten te bewijzen.

326. **Aversie voor super-individualisering.** Doorheen dit hoofdstuk is gebleken dat de verzekeraar in de praktijk zelden of nooit maximaal streeft naar het behoud van kanssolidariteit en het vermijden van subsidiërende solidariteit. De hoge kosten die verbonden zijn aan het opsporen en vaststellen van een homogene groep van risico's maakt het voor de verzekeraar voordelig om soms wat "ruis" te laten op de kwalificatie van risico's. Bovendien is geen enkel te verzekeren risico perfect vergelijkbaar. Van de personen verenigd binnen een bepaalde risico-klasse moet men op een gegeven punt *aannemen* dat zij vergelijkbaar zijn (*tendency to equalize*). Zo niet verdwijnt de voor verzekering noodzakelijke spreiding van risico's en het daaraan verbonden effect van de grote getallen. Verder leiden commerciële redenen (bv. voldoende marktpenetratie, eenvoud en transparantie van het differentiatiebeleid) tot bewuste vormen van subsidiërende solidariteit. Derhalve kan worden geconludeerd dat

de verzekeraar omwille van een veelheid aan redenen er niet naar streeft om risico's op individuele basis te benaderen.

327. **Verhouding met anti-discriminatiewetgeving.** Indien het gegeven dat de verzekeraar in zijn streven naar actuariële fairness geen geïndividualiseerde risico-benadering nastreeft, wordt geconfronteerd met de werking en eigenheid van anti-discriminatiewetgeving, dan moet worden vastgesteld dat deze wetgeving een dubbel effect schijnt te hebben. Aan de ene kant leidt zij ertoe dat de verzekeraar door het anti-discriminatierecht geviseerde risico-factoren zoals geslacht, leeftijd of handicap niet langer kan gebruiken of verplicht is om te rechtvaardigen waarom hij er toch gebruik van wil maken. Zoals later zal blijken kan deze anti-discriminatiewetgeving hem eveneens verplichten om te verantwoorden waarom hij in de plaats van door het anti-discriminatierecht geviseerde factoren, niet heeft gekozen voor alternatieve risico-factoren die een meer individuele risico-beoordeling zouden mogelijk maken. Daarbij rijst de vraag of alternatieve risico-factoren wel zo geschikt zijn om de de doelstelling van actuariële rechtvaardigheid te kunnen blijven nastreven. In ieder geval kunnen zij ervoor zorgen dat er binnen de samen te stellen risico-groepen een hogere mate van homogeniteit heerst, waardoor er ook meer zekerheid is dat iedere persoon overeenkomstig zijn eigen risico wordt verzekerd. (vermindering van *overlap* binnen de risico-groepen). Aan de verzekeraar zou dan eventueel nog kunnen worden verweten dat hij risico-factoren die een verhoogde statistische correlatie vertonen met het te verzekeren risico of waarover de verzekerde zogezegd meer invloed zou hebben, niet in aanmerking heeft genomen. In heel wat gevallen leidt het gebruik van dergelijke factoren echter niet tot een gunstiger differentiatiepolitiek voor de verzekerden, zodat ook aan de noodzakelijkheid van het gebruik van zogenaamde "causale" en beïnvloedbare risico-factoren, de nodige terughoudendheid dient te worden verbonden.

328. **Behoefte aan aflijning. Wat is verboden discriminatie?** Stilaan wordt duidelijk dat het zowel voor de verzekerde als voor de verzekeraar cruciaal is te weten of het in een concreet geval ten uitvoer gebracht segmentatiebeleid de toets met het anti-discriminatierecht kan doorstaan. Daarbij zal op zoek moeten worden gegaan naar de eigenlijke grenzen van het juridisch gelijkheidsbeginsel. Zoals eerder reeds gesuggereerd, lijkt het streven naar actuariële fairness overeen te stemmen met de doelstellingen van het anti-discriminatierecht. In beide gevallen wordt een gelijke behandeling van vergelijkbare gevallen nagestreefd en een ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen. Toch blijkt het anti-discriminatierecht in staat te zijn bepaalde vormen van verzekeringssegmentatie te verhinderen. Om een verklaring te kunnen formuleren voor het conflict dat zich schijnt voor te doen tussen de juridische gelijkebehandelingsmotieven en het streven naar actuariële fairness, is het van belang om na te gaan op welke manier het juridisch gelijkheidsbeginsel concrete invulling krijgt en vanaf wanneer er concreet kan worden gesproken van discriminatie. Zoals zal blijken uit het volgende hoofdstuk zijn er met betrekking tot de concrete toepassing van de gelijkheidsnorm in horizontale relaties in het algemeen en in verzekeringsrelaties in het bijzonder, heel wat verschillende invullingsmogelijkheden van het juridisch gelijkheidsbeginsel. Op deze invullingsmogelijkheden zal worden ingegaan in een volgend hoofdstuk. In dit hoofdstuk zal het in deel I geschetst referentiekader worden vergeleken met de beschermingssystemen uit andere rechtsstelsels en dit vanuit het perspectief van inspiratie-

bron voor het Europees-nationale referentiekader. In een derde hoofdstuk van deel II zal dan worden gezocht naar een verklaring voor de moeilijke verhouding tussen de doelstellingen van het anti-discriminatierecht en het verzekeringstechnische streven naar actuariële fairness.

HOOFDSTUK II. GRENZEN AAN HET JURIDISCH GELIJKHEIDSBEGINSEL: ZOEKTOCHT NAAR MAXIMALE BESCHERMING TEGEN DISCRIMINATIE

TER INLEIDING

329. **Aristotelische gelijkheidsformule.** Het juridisch gelijkheidsbeginsel streeft een zo groot mogelijke bescherming na van slachtoffers van discriminatie. Toch bestaat er veel onzekerheid over de precieze inhoud van het gelijkheidsbeginsel.

Traditioneel wordt deze inhoud beschreven onder de vorm van de zgn. Aristotelische gelijkheidsformule die de verplichting inhoudt om vergelijkbare gevallen gelijk te behandelen en onvergelijkbare gevallen ongelijk in de mate van hun ongelijkheid.[993]

Indien het anti-discriminatierecht nu echter de enkele regel zou inhouden dat vergelijkbare gevallen gelijk dienen te worden behandeld en onvergelijkbare gevallen ongelijk, zou het moeilijk zijn om te weten wanneer er nu sprake is van discriminatie en vanaf wanneer discriminatie moet worden verboden. Het is op basis van de Aristotelische gelijkheidsformule geenszins duidelijk vanaf wanneer er sprake is van vergelijkbaarheid en er wordt geen enkele normatieve standaard geboden die aangeeft of vergelijkbare personen even goed of even slecht moeten worden behandeld.[994] Het Aristotelische gelijkheidsbeginsel wordt in de literatuur dan ook wel eens gezien als een lege huls.[995] "*Equality*", zo beweert WESTEN, "*is an empty vessel with no substantive moral content of its own.*"[996]

330. **Actuariële fairness vs. juridisch gelijkheidsbeginsel.** Zoals hierboven reeds werd aangetoond streeft ook de verzekeringsindustrie een gelijke behandeling na van gelijke gevallen in de vorm van gelijke risico's. Ongelijke risico's worden eveneens gezien als van elkaar onderscheiden gevallen die een ongelijke behandeling verdienen. Dit gelijkheidsstreven werd hierboven reeds benoemd als het streven naar zogenaamde *actuariële fairness*, waarbij iedere verzekerde wordt behandeld in overeenstemming met het risico dat hij vertegenwoordigt.[997] Dit verzekeringstechnische streven naar ac-

---

[993] P. WESTEN, *l.c.*, 543, met verwijzing naar ARISTOTELES, "Ethica Nicomachea", V.3.1131a6-1131b2 en ARISTOTELES, "Metaphysica", I.5.1055b-1056b. Zie ook T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *o.c.*, 59; K GREENAWALT, "How empty is the idea of equality?", *Columbia Law Review* 1983, afl. 83, 1167; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 7; D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 303; J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 9.

[994] P. WESTEN, l.c., 556; J. H. ELY, l.c., 32; J. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 9.

[995] A. ROSS, *On Law and Justice*, Berkeley – Los Angeles, University of California Press, 1959, 272; S.I. BENN en R.S. PETERS, "Justice and equality", in W.T. BLACKSTONE (ed.), *The Concept of equality,* Edina Minnesota, Burgess Publishing, 1969, 62; P. WESTEN, *l.c.*, 547.

[996] P. WESTEN, *l.c.,* 547.

[997] Cf. *supra* nr. 272-273.

tuariële fairness zou onder een ruime interpretatie van de Aristotelische gelijkheidsformule probleemloos getuigen van een evidente conformiteit met het juridisch gelijkheidsbeginsel. Toch voelt men aan dat het door de verzekeraar gevoerde segmentatiebeleid waarbij aan bepaalde personen een hoge(re) premie wordt aangerekend of waarbij bepaalde personen worden uitgesloten van verzekering op basis van hun persoonskenmerken, kan leiden tot een benadeling van deze personen. Segmentering die is gebaseerd risicobeoordeling, zonder gebaseerd te zijn op objectieve en statistische gegevens, maar eerder op vooroordelen en stereotypering, kan leiden tot een belemmerde toegang tot adequate en betaalbare verzekering. Segmentering die bepaalde groepen systematisch uitsluit van verzekering, zonder nadere evaluatie van de precieze hoegrootheid van het risico dat de personen die deel uitmaken van deze groep lopen, leidt tot een wellicht onevenredige benadeling van deze personen. Wanneer alle personen die op grond van de perceptie van de verzekeraar een vergelijkbaar risico lopen, ook in gelijke mate worden benadeeld, zal in toepassing van een strikte en inhoudelijk niet-opgevulde toepassing van het Aristotelische gelijkheidsbeginsel nochtans moeilijk kunnen worden gesproken van een schending van dit beginsel. Het ligt voor de hand dat het anti-discriminatierecht zich dan ook niet laat herleiden tot de eenvoudige formulering van een plicht tot gelijke behandeling van vergelijkbare gevallen en ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen.

331. **Anti-discriminatierecht als invulling van het juridisch gelijkheidsbeginsel.** Het anti-discriminatierecht zoals dat in de meeste (grond)wettelijke bepalingen en rechterlijke toepassingen is geïnterpreteerd, geeft inhoud aan het Aristotelische gelijkheidsbeginsel en wel aan de hand van leidraden die moeten helpen bepalen in welke mate een ongelijke (of een gelijke) behandeling leidt tot een ongeoorloofde discriminatie. Zo wordt discriminatie in de meeste rechtsstelsels maar verboden voorzover zij leidt tot een benadeling op grond van een al dan niet limitatief aantal beschermde factoren. Meestal wordt ook gestreefd naar een verbod op discriminatie dat zo weinig mogelijk rekening houdt met de intentie tot discriminatie. Voorts zijn er heel wat voorbeelden van anti-discriminatiewetgeving die niet zozeer focussen op de vergelijkbaarheid van de gediscrimineerde persoon met andere personen, maar eerder op de benadeling van de gediscrimineerde, de context waarbinnen deze benadeling plaatsvond en de concrete impact van de benadeling. Verder voorzien de meeste systemen in een bescherming tegen zowel directe als indirecte discriminatie, waarbij er echter belangrijke onderscheiden bestaan tussen de respectievelijke rechtvaardigingsmogelijkheid van direct en indirect onderscheid. Een zogenaamde rechtvaardigingsmogelijkheid laat de verweerder in meerdere of in mindere mate toe argumenten te formuleren die verhinderen dat de ongelijke behandeling wordt gekwalificeerd als een verboden vorm van disciminatie. De formulering van dergelijke rechtvaardigingsmethoden kan verschillen naargelang het toepasselijke rechtsstelsel.

332. **Overzicht.** In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de wijze waarop aan deze leidraden in enkele belangrijke rechtsstelsels vorm gegeven is. Waar mogelijk wordt reeds een koppeling gemaakt naar de problematiek van discriminatie in verzekeringsrelaties. Omdat discriminatie in verzekeringsrelaties zich vooral voordoet in zogenaamde horizontale relaties tussen verzekeraar en verzekeringnemer, wordt de vormgeving van het anti-discriminatierecht vooral onderzocht in haar toepasselijkheid

op de relatie tussen burgers en minder op (de in sommige rechtsstelsels meer traditionele) verhouding tussen de overheid en haar burgers (verticale relaties).

Concreet worden in dit hoofdstuk de hiernavolgende conceptuele richtsnoeren aan de hand waarvan het anti-discriminatierecht is opgebouwd, onderzocht: de beschermingsgronden op grond waarvan het verboden is te discrimineren, het belang van het begrip intentie tot discriminatie, de concepten directe en indirecte discriminatie, het vereiste van benadeling en vergelijkbaarheid voor de vaststelling van discriminatie en de mogelijkheid tot rechtvaardiging van discriminatie.

Beschermingsgronden

333. **Al dan niet limitatieve opsomming.** In een eerste afdeling wordt nagegaan op welke manier vorm wordt gegeven aan het oplijsten van de verschillende persoonskenmerken die worden aangemerkt als een door het recht te beschermen discriminatiegrond. In sommige beschermingssystemen wordt uitgegaan van een limitatieve oplijsting van discriminatiegronden op grond waarvan geen ongelijke behandeling of benadeling mag plaatsvinden. Andere beschermingssystemen sommen helemaal geen discriminiatiegronden op waardoor het steeds aan de rechter is om te bepalen of onderscheid op bepaalde gronden toelaatbaar is. Nog andere beschermingssystemen maken een oplijsting van beschermenswaardige discriminatiegronden, die zij echter vatbaar achten voor uitbreiding.

Voor de verzekeraar is het van het grootste belang te weten welke discriminatiegronden mee zijn opgenomen of kunnen worden opgenomen als een verboden segmentatiecriterium. Indien het gebruik van ieder mogelijk onderscheidingscriterium kan leiden tot de vaststelling van discriminatie, staat zijn activiteit bloot aan een grote mate van rechtsonzekerheid. Indien er een limitatieve lijst van discriminatiegronden is opgenomen, zal alles afhangen van de omvang van deze lijst en van de criteria die de wetgever heeft gehanteerd bij het beoordelen van de beschermenswaardigheid van bepaalde groeperingen. Indien de lijst van beschermde discriminatiegronden door de rechtspraak kan worden uitgebreid, is het van het grootste belang te weten welke kwalitatieve criteria kunnen worden toegepast ter acceptatie van bijkomende beschermingsgronden.

Intentie tot discriminatie

334. **(Ir)relevantie van het begrip intentie.** In een tweede afdeling wordt nagegaan op welke manier de meeste beschermingssystemen zich naast intentionele discriminatie ook afzetten tegen niet-intentionele discriminatie en wat daarvan het belang is voor de verzekeraar.

Directe en indirecte discriminatie

335. **Belang van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie.** In een derde afdeling wordt het intentiebegrip gebruikt om het ontstaan te verklaren van de opdeling tussen de concepten van directe en indirecte discriminatie en wordt toegelicht dat het intentiebegrip in de meeste beschermingssystemen geen constitutief bestanddeel meer uitmaakt voor de vaststelling van directe discriminatie. Directe discriminatie zal zich voordoen wanneer een persoon ongunstiger of ongelijk

wordt behandeld op grond van een beschermd kenmerk. Indirecte discriminatie kan zich voordoen wanneer er via het gebruik van een ogenschijnlijk neutraal kenmerk sprake is van een benadeling van een persoon die drager is van een beschermd kenmerk. Zowel directe als indirecte discriminatie kunnen intentioneel zijn of niet-intentioneel.

Aanvullend wordt nader ingegaan op het nut van het uit elkaar houden van de concepten directe en indirecte discriminatie. Omdat ook de verzekeraar zich schuldig kan maken aan directe en indirecte discriminatie, dient aandacht te worden besteed aan de juridische gevolgen van de vaststelling van de ene of de andere discriminatievorm. Omdat het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in bepaalde rechtsstelsels steeds meer aan belang inboet, wordt de onderscheiden juridische behandeling van deze concepten in vraag gesteld. Nu het juridisch gevolg van de vaststelling van directe of indirecte discriminatie vaak in verband staat met de mogelijkheid tot rechtvaardiging, is de evolutie naar een afbrokkeling van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie van zeer bijzonder belang voor de verzekeringssector. Het toelaten van de mogelijkheid tot rechtvaardiging schept namelijk steeds de ruimte om tot een belangenafweging te komen tussen de nadelige gevolgen van een segmentatiebeleid en het economisch nut ervan.

Benadeling en vergelijkbaarheid

336. In een vierde afdeling wordt nader ingegaan op de concepten benadeling en vergelijkbaarheid binnen het anti-discriminatierecht.

337. **Formele en materiële discriminatie.** Algemeen is er slechts sprake van discriminatie wanneer wordt vastgesteld dat een persoon op grond van een beschermd kenmerk ongunstiger wordt behandeld dan een (vergelijkbare) andere persoon. Er wordt onderzocht in welke mate deze omschrijving een verbod inhoudt van zgn. formele discriminatie (gelijke gevallen mogen niet ongelijk worden behandeld) en van zgn. materiële discriminatie (ongelijke gevallen mogen niet gelijk worden behandeld).

338. **Causaliteit.** Voorts zal duidelijk worden dat voor de vaststelling van discriminatie in de meeste beschermingssystemen sprake dient te zijn van een causaal verband tussen het beschermde kenmerk en de ongelijke behandeling. Belangrijk voor de *verzekeringnemer* is daarbij te weten op welke manier deze causaliteit kan worden aangetoond. Voor de *verzekeraar* is het van belang te weten hoe deze causaliteit kan worden weerlegd en wat het eventuele gevolg is van een segmentatiebeleid dat niet exclusief, maar slechts voor een deel gebaseerd is op beschermde discriminatiegronden, zgn. *mixed motive decisions*.

339. **Vergelijkbaarheid.** In de meeste beschermingssytemen wordt verder nog benadrukt dat er sprake dient te zijn van een vergelijkbaarheid van de persoon die zich benadeeld voelt ten opzichte van een bepaalde referentiepersooon. Er zal worden verduidelijkt dat het vergelijkbaarheidsaspect een groot deel van haar belang verliest aan het vereiste van benadeling. Zo bestaat in sommige beschermingssystemen bv. de mogelijkheid om de vergelijkbaarheid niet enkel na te gaan ten opzichte

van een actuele of een historische referentiepersoon maar eveneens ten opzichte van een hypothetische referentiepersoon. In andere beschermingssystemen wordt een vergelijking ten opzichte van een referentiepersoon grotendeels vervangen door de beoordeling van de vraag of een partij die door een bepaalde handeling wordt benadeeld, wordt getroffen in zijn *menselijke waardigheid*. Voor verzekeringsrelaties bestaat hier het voordeel van een snellere opsporing van het gebruik van vooroordelen en stereotypering waarop een segmentatiebeleid zou zijn gebaseerd en is er sprake van een erkenning van bepaalde basisverzekeringsproducten (*dignity constituting benefits*), waarvan het verhinderen van de toegang ertoe op zich reeds wordt beoordeeld als een vorm van discriminatie.

Rechtvaardiging

340. **Mogelijkheid tot belangenafweging.** In een vijfde afdeling wordt onderzocht in welke mate en op welke manier een benadeling of een ongelijke behandeling die op het eerste gezicht discriminatoir lijkt (een zogenaamde *prima facie* vorm van discriminatie) kan worden gerechtvaardigd. De autonomie waarover de rechter beschikt om vermeende vormen van discriminatie verder te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel is bepalend voor het onderscheid tussen zgn. open systemen van rechtvaardiging (grote autonomie) of gesloten systemen van rechtvaardiging (weinig autonomie). Soms hangt de mogelijkheid tot rechtvaardiging af van de vraag of men te maken heeft met directe of indirecte discriminatie. De manier waarop kan worden gerechtvaardigd kan verder beïnvloed zijn door de discriminatiegrond op grond waarvan de bestreden ongelijke behandeling of benadeling is gebaseerd of door het toepassingsgebied waarbinnen de vermeende discriminatie heeft plaatsgevonden. Men spreekt dan over een gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem. Uniforme rechtvaardigingssystemen trekken zich, in tegenstelling tot gedifferentieerde systemen, in beginsel niets aan van de vraag of men te maken heeft met directe of indirecte discriminiatie, noch van het toepassingsgebied of van de betrokken discriminatiegrond.

De vraag of rechtvaardiging mogelijk is en de manier waarop deze rechtvaardiging dient te gebeuren is voor verzekeringsrelaties van groot belang. Immers, de rechtvaardigingsmogelijkheid houdt een heuse belangenafweging in tussen de economische doelstellingen van de verzekeraar en de toegankelijkheid van en nood aan de verzekeringsdienstverlening in hoofde van de verzekeringnemer.

Redelijke aanpassingen

341. **Verdere redelijkheidsbeoordeling.** In sommige rechtvaardigingssystemen wordt een beoordeling opgenomen van de mate waarin de dienstverlener redelijke aanpassingen heeft genomen voor personen waarvoor de dienstverlening moeilijk toegankelijk is. In verzekeringsrelaties kunnen dergelijke redelijke aanpassingen zich o.m. vertalen naar een meer geïndividualiseerde risicobeoordeling of in een verplichting tot het gebruik van alternatieve risico-factoren. Deze plicht tot redelijke aanpassingen is niet oneindig, maar is aftoetsbaar aan een redelijkheidsstandaard die toestaat rekening te houden met de middelen die de dienstverlener ter beschikking heeft. Zij biedt voor verzekeringsondernemingen dan ook een potentiële uitweg uit een discriminatiegeschil. In sommige systemen wordt het beoordelen van deze redelijkheidstoets mee opgenomen in de rechtvaardigheidsbeoordeling van

potentiële vormen van discriminatie. Het betreft systemen waarbij de plicht tot redelijke aanpassingen volwaardig deel uitmaakt van het discriminatiebegrip en waar deze plicht ook geldt ten opzichte van al de verboden discriminatiegronden. In andere systemen wordt de plicht tot redelijke aanpassingen daarentegen gezien als een bijkomende verplichting die maar geldt voor bepaalde discrimatiegronden zoals religie of handicap. De redelijkheidsbeoordeling valt in deze systemen formeel ook niet gelijk met de rechtvaardigingsbeoordeling. In de mate dat deze plicht als een aparte wettelijke verplichting is opgenomen, wordt zij verder geanalyseerd onder een zesde en laatste afdeling.

AFDELING 1. LIMITATIEVE VS. NIET-LIMITATIEVE OPSOMMING VAN BESCHERMINGSGRONDEN

342. **Overzicht.** In de verscheidenheid van de bestaande systemen van bescherming tegen discriminatie kan een eerste kwalificatiecriterium worden onderscheiden in de vraag of de gronden op basis waarvan het verboden is om te discrimineren, limitatief of niet-limitatief zijn vastgelegd in de anti-discriminatiewetgeving. Limitatieve beschermingssystemen bevatten een gesloten lijst van discriminatiegronden (zie §1). Niet-limitatieve beschermingssystemen kennen in het geheel geen lijst van discriminatiegronden (§2). In zogenaamde semi-limitatieve beschermingssytemen is er sprake van een lijst van beschermde discriminatiegronden, maar bestaat de mogelijkheid om voor de rechter een nieuwe grond in te roepen via een zogenaamde *expanise-* of *openingsclausule* (§3).

§ 1. Limitatief beschermingssysteem

343. **Gesloten lijst van discriminatiegronden.** In een limitatief beschermingssysteem maakt de wetgever gebruik van een gesloten lijst van discriminatiegronden waarvan hij oordeelt dat zij, behoudens uitzonderingsgevallen, geen basis mogen vormen voor onderscheid. Onder meer de Australische[998] en Canadese[999] (horizontaal toepasselijke) *Human Rights Acts/Codes* maken gebruik van een geslo-

---

[998] Zie section 5, 6, 7 en 7A van de Australian Sex Discrimination Act van 1984, geconsolideerd na Act 124 van 2009, *http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/B81F4D9D2C852754CA2576C1000B329C/$file/SexDiscrimination84_WD02.pdf*, waarbij een verbod werd ingeschreven van discriminatie op grond van sex, pregnancy, marital status en family responsibilities; zie section 9 van de Australian Racial discrimination Act van 1975, geconsolideerd na Act 70 van 2009, *http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/4791016826CF8DC9CA2576080028F786/$file/RacialDiscrim1975_WD02.pdf*, waarbij een verbod geldt van discriminatie op grond van race, colour, descent, en national or ethnic origin; zie Australian Human rights Commission Act van 1986, geconsolideerd na Act 124 van 2009, http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/202F330E26A47890CA25768E0005236E/$file/AusHumanRightsComm1986_WD02.pdf, waarbij een verbod geldt van discriminatie op grond van de bijkomende gronden religion, political opinion, national extraction of social origin; zie section 5 van de Australian Disability Discrimination Act van 1992, geconsolideerd na Act 124 van 2009, *http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/75A9AC46A3C6C8A1CA25768E00127EC3/$file/DisabilityDiscrimination1992_WD02.pdf*, waarbij een verbod werd ingeschreven van discriminatie op grond van disability. Het concept disability wordt omschreven onder section 4; zie Section 14 van de Australian Age Discrimination Act , geconsolideerd na Act 8 van 2010, *http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/F2D169F4E1A9E925CA2576E200126ECD/$file/AgeDiscrimAct2004_WD02.pdf* , waarbij een verbod werd ingeschreven van discriminatie op grond van age.

[999] Zie section 3(1) van de Canadian Human Rights Act van 1985, Revised Statutes 1985, C. H-6, geconsolideerd na 9 april 2010, *http://laws.justice.gc.ca/PDF/Statute/H/H-6.pdf*, dat een verbod inschrijft van discriminatie op grond van "race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted". Omdat mensenrechtenbescherming in de relaties tussen particulieren eveneens tot de bevoegdheid behoort van de Provinces, vindt men ook anti-discriminatieclausules in de zogenaamde Provincial Codes. Zie bv. section 2 van de Ontario Human Rights Code, o.c., dat een verbod inschrijft van discriminatie op grond van race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, marital status, family status or disability; section. 2, 10, 11 en 12 van de Saskatchewan Human Rights Code, o.c., die een verbod inschrijft van discriminatie op grond van religion,creed, marital status,family status, sex, sexual orientation, disability, age, colour, ancestry, nationality, place of origin, race or perceived race and receipt of public assistance; zie section 4 van de Alberta Human Rights Act, die een verbod inschrijft van discriminatie op grond van "race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income, family status or sexual orientation of that person or class of persons or of any other person or class of persons"; zie section 14 van de British Columbia Hu-

ten lijst van "*enumerated grounds*", net zoals de meeste lidstaten binnen de Europese Unie.[1000] Voor de landen binnen de Europese Unie valt dit voor een groot stuk te verklaren door het feit dat veel van deze wetgeving pas tot stand is gekomen naar aanleiding van de artikel 19-Richtlijnen, die een limitatief systeem opleggen.[1001]

344. **Belgisch voorbeeld. Van gesloten lijst...** Zoals hierboven toegelicht, werd ook in de huidige Belgische anti-discriminatiewetgeving een verbod ingeschreven van discriminatie op grond van een gesloten lijst van discriminatiegronden[1002], alhoewel in dit geval de invloed van de artikel 19-Richtlijnen slechts een beperkte rol gespeeld heeft. Zoals hierboven toegelicht, kwam de oorspronkelijke Belgische anti-discriminatiewetgeving voor 2007 (net als bv. de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling) immers onafhankelijk van de artikel 19-Richtlijnen tot stand.[1003]

De keuze voor een limitatief systeem werd door de Belgische wetgever verantwoord door een klassiek argument ten voordele van een gesloten lijst van discriminatiegronden: rechtszekerheid en voorspelbaarheid.[1004] De situatie waarbij de rechtsonderhorigen in hun dagelijkse doen en laten in onzekerheid zouden zijn over welke gronden ze wel of niet in hun handelen en besluiten mogen betrekken, werd onbillijk geacht.[1005] Verder bleek de Belgische wetgever gekant tegen een eindeloos aantal rechtsvorderingen[1006] en wou hij zich verzetten tegen een rechterlijke behandeling van futiliteiten[1007] (zgn. bagatelzaken) en een overdreven juridisering van de sociale relaties.[1008]

---

man Rights Code, o.c., dat een verbod inschrijft van discriminatie op grond van race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age.

[1000] Zie D. SCHIEK, "Implementing EU Non-Discrimination Directives: Typologies of legal transplanting", *l.c.*, 71.

[1001] De gesloten (en eerder beperkte) lijst van discriminatiegronden in artikel 19 Werkingsverdrag is op zijn beurt gelegen in de protectionistische houding van de de lidstaten om zoveel mogelijk zelf de hand te houden in de eigen anti-discriminatiewetgeving. Zie bv. M. BELL, "Anti-discrimination law and the European Union", *o.c.*, 127.

[1002] Na het arrest van het Arbitragehof van 6 maart 2004 werd in de Belgische anti-discriminatiewet van 2003 echter wel een open lijst van discriminatiegronden gehandhaafd. Zoals hierboven reeds toegelicht werden met dat arrest de bepalingen vernietigd die een limitatieve opsomming van de beschermde discriminatiegronden inhielden. Deze vernietiging voornamelijk toe te schrijven aan het feit dat de gronden taal en politieke overtuiging niet mee opgenomen waren onder de lijst van beschermde discriminatiegronden. Met de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007 koos de Belgische wetgever opnieuw voor een limitatief beschermingssysteem, deze keer opgesteld op basis van de meer uitgebreide lijst van gronden die was opgenomen in het Europees Handvest van de Grondrechten. De gesloten lijst van discriminatiegronden werd deze keer niet meer strijdig geacht met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. In het arrest van 12 februari 2009 oordeelde het Hof dat het "*tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever* [behoort] *om de discriminaties op gronden die hij het meest verwerpelijk acht nadrukkelijk te bestrijden.*" Zie Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.14.5. Zie voor een bespreking, *supra* nrs. 193 e.v.

[1003] Zie *supra* nr. 152.

[1004] Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat 2006-2007, nr. 51-2722/1, 14.

[1005] Zie ook J. H. GERARDS, "Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen" *l.c.*, 138, die eveneens verwijst naar gelijkaardige beweegredenen van de Nederlandse wetgever bij het opstellen van de Algemene Wet Gelijke behandeling. Zie *Kamerstukken* 1990/91, 22014, nr.3, 5 e.v.

[1006] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat 2006-2007, nr. 51-2722/1, 16.

[1007] In verband met de zogenaamde vrees voor futiliteiten of bagatelzaken die als gevolg van een open lijst van discriminatiegronden zou bewerkstelligd worden kan worden opgemerkt dat, voor zover in een systeem met een gesloten opsomming dergelijke zaken al zou kunnen worden voorkomen, bagatelzaken op termijn toch een basis kunnen opleveren voor het voeren van een effectief non-discriminatie of gelijkebehandelingsbeleid. In dergelijke

> Zonder uitspraken te willen doen over de al dan niet nadelige gevolgen van regelgeving die de werking van grondrechten in de relatie tussen particulieren binnen goede banen wil leiden, dient de vrees voor een eindeloos aantal rechtsvorderingen op grond van de anti-discriminatiewetgeving sterk te worden gerelativeerd.[1009] In de periode voordat het Arbitragehof de limitatief bepaalde lijst van de anti-discriminatiewet van 2003 had vernietigd, zijn slechts een handvol rechterlijke toepassingen te melden van deze wetgeving.[1010] Dit beperkt succes zal wellicht veel te maken hebben gehad met het eerder beperkt handhavingsmechanisme dat in deze wetgeving was voorzien.[1011] Daarnaast moet zeker ook rekening worden gehouden met de gewekte indruk dat relatief belangrijke discriminatiegronden zoals geslacht, ras of handicap op een zelfde hoogte waren te komen staan met daarvoor niet-opgesomde en maatschappelijk minder belangrijk geachte discriminatiegronden zoals de kleur van iemands wagen, zijn motivatie op het werk of zijn levensstijl. Er zijn dan ook redenen om aan te nemen dat een gesloten lijst van discriminatiegronden het aantal rechtsvorderingen op grond van discriminatie eerder in de hand werkt dan dat het die zou afremmen.

345. **…naar een half-open lijst "op een kier".** Het dient gezegd dat de huidige Belgische anti-discriminatiewetgeving geen exact schoolvoorbeeld vormt van een limitatief beschermingssysteem dat gebruik maakt van een volledig gesloten lijst van discriminatiegronden. Zoals eerder toegelicht acht het Grondwettelijk Hof het mogelijk om de gesloten lijst van discriminatiegronden gedeeltelijk te vernietigen wegens strijdigheid met de artikel 10 en 11 van de Belgische Grondwet, in zoverre zij onder de daarin vermelde discriminatiegronden niet de bescherming beogen van welbepaalde andere gronden (zoals bv. syndicale overtuiging).[1012] Deze mogelijkheid tot gedeeltelijke vernietiging impliceert dat het Grondwettelijk Hof, onder de door haarzelf aangegeven voorwaarden, kan beslissen om zélf discriminatiegronden "toe te voegen" aan de gesloten lijst.[1013] In deze zin kan de Belgische anti-discriminatiewetgeving beschouwd worden als een zogenaamd semi-limitatief beschermingssysteem van discriminatiegronden, waarin een open lijst van discriminatiegronden door de rechter kan worden aangevuld.[1014] VRIELINK en DE PRINS spreken van een half-open lijst "op een kier".[1015] Daarmee willen zij zeggen dat het opnemen van een nieuwe grond niet zondermeer kan worden ingeroepen voor de hoven en rechtbanken. Een eventuele opening van de bestaande lijst van discriminatiegronden ten voordele van een ander potentieel toe te voegen kenmerk, is enkel mogelijk via een prejudi-

---

kleine zaken, zo verklaart GERARDS, heeft de rechter de gelegenheid om duidelijk te maken welke vormen van onderscheid overheersend zijn in de publieke en private sfeer en welke vormen als problematisch worden ervaren. Zie J.H. GERARDS, "Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen", *l.c.*, 154.

[1008] Zie *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2722/1, 16.

[1009] D. DE PRINS, "Het grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 22.

[1010] http://www.diversiteit.be Zie ook J. VRIELINK en D. DE PRINS, l.c., 585.

[1011] J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 585.

[1012] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 2009/64, ov. B.8.16. Zie reeds *supra* nrs. 195.

[1013] Cf. *supra* nr. 196-197.

[1014] Zie over semi-limitatieve beschermingssytemen, *infra* nrs. 347 e.v.

[1015] Zie J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 596.

ciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof.[1016] Dat Hof zal zich voorafgaand dienen uit te spreken omtrent de grondwetsconformiteit van de weglating van het bewuste kenmerk.

§ 2. Niet-limitatief beschermingssysteem

346. **Afwezigheid van een lijst van discriminatiegronden.** In een niet-limitatief beschermingssysteem worden géén gronden van onderscheid genoemd en is het in principe aan de rechter om te bepalen of onderscheid op bepaalde gronden toelaatbaar is. Een goed voorbeeld van een dergelijk systeem kan worden gevonden in de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet, die zonder meer bepalen dat de Belgen gelijk zijn voor de wet en het genot van de rechten en vrijheden hen zonder discriminatie moet verzekerd worden. In tegenstelling tot de grondwettelijk vastgelegde gelijkheidsnormen die wel vaker gebruik maken van een niet-limitatief beschermingssysteem[1017], zijn de voorbeelden waarbij ook in horizontale anti-discriminatiewetgeving een dergelijk systeem wordt gehandhaafd eerder schaars.[1018]

> In de literatuur wordt opgemerkt dat van een niet-limitatief beschermingssysteem een veel kleinere symboolwerking uitgaat omdat minder duidelijk en specifiek wordt aangegeven in welke gevallen er sprake is van een onaanvaardbare geachte reden of motief.[1019] Ook zouden de uitspraken van de niet-democratisch gelegitimeerde rechter ten aanzien van hetgeen maatschappelijk als een niet-acceptabele grond voor onderscheid wordt beschouwd minder weerslag hebben dan de uitdrukkelijke opname van een nieuwe discriminatiegrond in de wet of de Grondwet.[1020] Aan de andere kant is het wel zo dat een rechterlijke invulling van de lijst van discriminatiegronden tegemoet kan komen aan snel veranderende maatschappelijke opvattingen over hetgeen als sociaal acceptabel of vooral onacceptabel moet worden beschouwd. Bovendien biedt een open lijst van discriminatiegronden het voordeel om tijdig verdoken vormen van discriminatie te erkennen die op wetgevend vlak als dusdanig niet werden geïdentificeerd.[1021]

§ 3. Semi-limitatief beschermingssysteem

A. Concept

347. **Half-open lijst van discriminatiegronden.** In een semi-limitatief systeem worden door de wetgever wel een aantal gronden opgesomd maar deze opsomming kan door de rechter worden aangevuld met andere beschermingswaardige gronden.[1022] De wetgever geeft daarbij aan de hand van een niet-

---

[1016] Ibidem.

[1017] Zie bv. nog artikel 1 van de Nederlandse Grondwet (Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.”),

[1018] J.H. GERARDS, "Discrimination Grounds" *l.c.*, 33; J. H. GERARDS, "Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen", *l.c.*, 131;

[1019] J. H. GERARDS, "Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen", *l.c.*, 135.

[1020] *Ibidem*, 136-137.

[1021] *Ibidem*, 137-138, met verwijzing naar T. BEZZENBERGER, “Etnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung in bürgerlichen Recht, *Archiv für die civilistische Praxis* 1996, 397-399.

[1022] Zie bv. J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *l.c.*, 596;

limitatieve opsomming een aanwijzing van het soort gronden dat hij beschermingswaardig acht en de rechter kan deze opsomming aanvullen op basis van de (impliciete) indicaties die hij daarvoor van de wetgever krijgt.

Eén van de voordelen van het gebruik van semi-limitatieve systemen is dat feitelijk vastgestelde ongelijke behandelingen die gebaseerd zijn op niet mee opgenomen gronden, niet noodzakelijk dienen te worden teruggebracht tot één van de wel opgesomde gronden.[1023] Indien aan de nodige voorwaarden is voldaan, komen ook alternatieve gronden in aanmerking voor bescherming.[1024]

B. Voorbeelden van semi-limitatieve systemen en hun belang voor verzekeringsrelaties

348. **Overzicht.** Semi-limitatieve beschermingssystemen waarbij de in de anti-discriminatiewetgeving opgenomen lijst van beschermde discriminatiegronden via wettelijke of in de rechtspraak vastgestelde criteria kan worden aangevuld, worden terguggevonden in enkele E.U.-lidstaten. Ook België mag hierbij worden gerekend. In Canada en Zuid-Afrika is eveneens sprake van een mogelijkheid tot rechterlijke uitbreiding. Hieronder wordt in het kort nagegaan op welke wijze deze uitbreiding is gerealiseerd. Daarbij wordt vooral aandacht besteed aan enkele voor verzekeringsrelaties relevante beschermingsgronden, in het bijzonder HIV/Aids, alcohol- en nicotineverslaving en obesitas.

1. EU-lidstaten

349. **Expansieclausule en richtlijnen uit de rechtspraak.** Binnen de EU kan met name de regeling in Finland, Hongarije, Letland, Polen en Slovenië worden aangemerkt als een semi-limitatief beschermingssyteem. In deze landen is de opgenomen lijst van discriminiategronden niet eindig en heeft de wetgever gebruik gemaakt van een zogenaamde “expansie-clausule”, die bepaalt dat discriminatie onder “gelijkaardige” omstandigheden steeds verboden is.[1025] Hierboven werd reeds gesuggereerd dat omwille van de recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ook in België sprake is van een half-open lijst van discriminatiegronden.[1026] In de wetgeving kan weliswaar geen expansieclausule worden terguggevonden, maar in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof worden wel richtsnoeren geformuleerd ter omschrijving van potentieel toe te voegen discriminatiegronden.

> Zo moet het op te nemen criterium uitdrukkelijk “vermeld” zijn in een internationaal mensenrechteninstrument, moet het (op basis van de door de wetgever gebruikte motivering om gronden mee op te nemen)

[1023] Zie bv. C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, o.c., 54, die wijzen op de problemen die zich voordeden indien “complainants and courts have had to squeeze new grounds into existig grounds, sometimes leading to incorrect outcomes.”

[1024] Hierbij kan nog worden opgemerkt dat door de opname van een verbod van indirecte discriminatie, ook in systemen met een gesloten opsomming van discriminatiegronden de mogelijkheid bestaat om een ongelijke behandeling die gebaseerd is op niet-opgenomen, neutrale gronden te identificeren als een verboden vorrm van discriminatie. Zie J.H. GERARDS, “Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen”, *l.c.*, 142-143.

[1025] D. SCHIEK, "Implementing EU Non-Discrimination Directives: Typologies of legal transplanting", 71.

[1026] Zie Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 2009/64, ov. B.8.16. Zie reeds *supra* nrs. 195-196.

een even beschermenswaardige discriminatiegrond zijn als de reeds opgenomen gronden en dient er geen andere wetgevende bepaling te bestaan waaronder de nieuwe discriminatiegrond reeds even goed beschermd wordt.[1027]

Voorlopig werd enkel van de discriminatiegrond "syndicale overtuiging" erkend dat zij de bescherming kan genieten van de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007.[1028] Hoger werd reeds gesuggereerd dat de voor verzekeringsrelaties relevante criteria woonplaats en de gewezen gezondheidstoestand kans maken in de lijst van beschermingsgronden te worden opgenomen.[1029]

2. Zuid-Afrika

350. **Expansie-clausule en richtlijnen uit de rechtspraak.** Net zoals in de hierboven genoemde Europese landen, wordt ook in het Zuid-Afrikaanse anti-discriminatierecht gebruik gemaakt van een zogenaamde expansieclausule. *Section* 1, (xxii), a) van de reeds geciteerde "*Promotion of Equality and prevention of Unfair discrimination Act"* (*PEPUDA*) verklaart dat naast de opgesomde gronden[1030] ook andere gronden beschermd zijn. Van een uitbreiding tot niet-opgelijste beschermingsgronden kan worden gesproken, waneer de discriminatie die op basis van deze grond plaatsvindt:

> *" (i) causes or perpetuates systemic disadvantage;*
>
> *(ii) undermines human dignity;*
>
> *(iii) adversely affects the equal enjoyment of a person's right and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on [the listed] grounds".*[1031]

De hierbij aangewende formulering, vormt in feite een codificatie van de rechtspraak van het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof in de zaak *Harksen* v. *Lane.* In deze zaak beschreef het Grondswettelijk Hof de gemeenschappelijke kenmerken van de lijst van discriminatiegronden die zijn opgenomen onder S. 9 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet en die identiek is aan de opgenomen lijst in *section* 1(xxii), a) van de *PEPUDA*.

[1027] Cf. *supra* nr. 197.

[1028] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.16.

[1029] Cf. *supra* nr. 199-200.

[1030] De PEPUDA geeft, net zoals section 9 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet, een opsomming van volgende discriminatiegronden: "race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth". Zie Section 1, (xxii), a) van de PEPUDA.

[1031] Zie *Section* 1, (xxii), b) van de *PEPUDA*. Zie C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 53-55, met verwijzing naar Constitutional Court of South Africa 26 augustus 1997, *Harksen* v. *Lane NO & others*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 300, ov. 49. "*What the specified grounds have in common is that they have been used (or misused) in the past (both in South Africa and elsewhere) to categorize, marginalise and often oppress persons who have had, or who have been associated with, these attributes or characteristics. These grounds have the potential, when manipulated, to demean persons in their inherent humanity and dignity. There is often a complex relationship between these grounds. In some cases they relate to immutable biological attributes or characteristics, in some to the associational life of humans, in some to the intellectual, expressive and religious dimensions of humanity and in some cases to a combination of one or more of these features. The temptation to force them into neatly self-contained categories should be resisted*."

Elk van de in de expansieclausule opgenomen vereisten kan op zichzelf worden gebruikt om te bewijzen dat een niet opgelijste grond beschermenswaardig is en in een concreet geschil mag worden toegevoegd aan de lijst van discriminatiegronden.[1032]

351. **HIV als beschermingsgrond.** In *section* 34 van de *PEPUDA* wordt alvast verwezen naar enkele gronden die zeker in aanmerking komen om te worden toegevoegd aan de open lijst. Eén daarvan is HIV-status.[1033] De opname van deze grond is vooral verdedigd vanuit het standpunt van het concept "*human dignity*", zoals dat ook in de expansieclausule van de *PEPUDA* is opgenomen. In de zaak *Hoffmann* v. *South-African Airways*, de eerste zaak voor het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof met betrekking tot discriminatie op grond van HIV, werd aangenomen dat de gediscrimineerde persoon, als deel uitmakend van een minderheid, was geconfronteerd met intense vooroordelen en stigmatisering en daardoor in zijn menselijke waardigheid was getroffen.[1034] Op grond daarvan bevestigde het Hof het belang van de bescherming tegen discriminatie op grond van HIV.

352. **HIV en verzekering.** De hoge besmettingsgraad van HIV/Aids die heerst in Zuid-Afrika vormt een grote uitdaging voor de op deze markt actieve levensverzekeraars, ziekteverzekeraars en herverzekeringsmaatschappijen.[1035] De meeste verzekeringsmaatschappijen in Zuid-Afrika hebben ondertussen aangepaste verzekeringsproducten geïntroduceerd voor HIV-besmette personen maar de kost van dergelijke polissen blijft erg hoog.[1036] Hetgeen door de sector als bijkomende oplossing

---

[1032] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 55.

[1033] Naast *HIV-status* wordt ondermeer verwezen naar *family responsibility, family status, nationality* en *socio-economic status* als potentieel toe te voegen gronden. Zie daarover B. PITYANA, "The Promotion of Equality and Prevention on Unfair Discrimination Act 4 of 2000", *Codicillus* 2003, afl. 44, 5. NTLAMA pleit ervoor om HIV-status formeel op te nemen in de opgesomde lijst van discriminatiegronden in de *PEPUDA*. Zie N. NTLAMA, "The challenge for democracy: doing justice for persons living with HIV/AIDS", *African Dreams* 2004, 4. Zie voor eventuele problemen van *overlap* met de zogenaamde *Employment Equity Act* (act 55 van 1998, *Government Gazette* 19 oktober 1998, 19.370, *http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=70714* in Zuid-Afrika die HIV-status wél mee heeft opgenomen als discriminatiegrond, C. COOPER en R. LAGRANGE, "The Application of the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act and the employment equity act", *Industrial Law Journal* 2001, 1537-1538.

[1034] Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways,* nr. 17/2000, *South African Law Reports* 628, ov. 28.

[1035] Zie over deze problematiek o.m. C. BOOTH, "The insurance industry and AIDS: an insider's perspective", South African Journal on Human Rights 1993, afl. 1, 151-157; P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *South-African Mercantile Law Journal* 1997, afl. 9, 286; C. VAN WYK, "The constitution, unfair discrimination and the right to underwrite", *Codicillus* 1997, afl. 1, 43-45; M. RAMAROSON, The human right of HIV positive persons tot non-discrimination in getting life insurance in South-Africa, Pretoria, University of Pretoria - *http://www.up.ac.za/dspace/bitstream/2263/1071/1/ramaroson_m_1.pdf*, 2003, 43; P. BRACHER, "The promotion of insurance equality", *2005 workshop - consumer protection in commercial law* 25 augustus 2005, 245-246.

[1036] Zie X., "Southern Africa: Life insurance for HIV-positive people, at a price", IRIN Humanitarian News Analysis 22 oktober 2009, *http://www.irinnews.org/report.aspx?ReportId=86698*, die verwijzen naar levenverzekeringsmaatschappij AllLife, die volledig gespecialiseerd is in levensverzekering voor personen met HIV. Deze maatschappij werkt met een model van premie-zetting, dat zich in plaats van historisch gedrag van de verzekerde, concentreert op zijn toekomstig gedrag. Verzekerden dienen zich te binden aan het volgen van regelmatige bloed-testen en zijn verplicht om een (ARV treatment) antiretrovirale behandeling te volgen wanneer hun CD4count (een maatstaf ter beoordeling van de sterkte van het immuunsysteem), onder de waarde van 200 zakt. Eenmaal de ARV-behandeling is gestart, volgt de verzekeraar de therapietrouw van nabij op, via links met healthcare providers en regelmatige sms-berichten die de verzekerde herinneren aan te volgen behandelingen; Zie ook ASSA FAIR DISCRIMINIATION SUBCOMMITEE, l.c., 11.

wordt voorzien is het aanleggen van bijkomende reserves, of het toepassen van "*free cover limits*" waarbij tot voor een bepaald bedrag dekking wordt verleend zonder dat daarvoor een HIV-test moet worden ondergaan.[1037]

Ondanks de vaststelling dat HIV-status in Zuid-Afrika onmiskenbaar de status van beschermde discriminatiegrond heeft verworven, wordt door sommigen opgeworpen dat de *Hoffmann*-case zou moeten worden onderscheiden van de problematiek van discriminatie in verzekering. NIENABER en VAN DER NEST wijzen erop dat HIV-status omwille van de impact op levensverwachting uiterst relevant is in de beoordeling van het te verzekeren risico.[1038] Deze vaststelling zal echter weinig afdoen aan de beschermenswaardigheid van HIV als discriminatiegrond. Van personen die op grond van HIV-status worden uitgesloten van verzekering, kan nét zo goed worden beweerd dat zij worden geschonden in hun menselijke waardigheid. Daarmee is het nog niet duidelijk in welke mate het gebruik van HIV-status tóch zou kunnen worden verantwoord op grond van de anti-discriminatiewetgeving. Veel hangt daarbij af van de mate waarin de rechter bereid is economische of verzekeringstechnische argumenten binnen deze rechtvaardiging te aanvaarden. Dit is een aspect dat pas later zal worden behandeld.[1039]

3. Canada

353. ***Analogous grounds*-doctrine.** In tegenstelling tot Zuid-Afrika, bestaat er in het Canadese recht geen in de wet- of grondwetgeving opgenomen expansieclausule die tot de uitbreiding van de te beschermen lijst van discriminatiegronden kan leiden.[1040] Toch is het zo dat in de Canadese rechtspraak criteria zijn ontwikkeld om de lijst van discriminatiegronden, zoals die wordt teruggevonden in het in de Grondwet opgenomen *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[1041] en meerbepaald in de gelijkheidsclausule van het *section* 15[1042], uit te breiden. Onder de zogenaamde "*analogous grounds*"-doctrine van het Canadese Supreme Court kunnen bepaalde persoonskenmerken worden gekwalificeerd als "analoog" aan de in *section* 15 opgesomde gronden.[1043] Het Supreme Court oor-

---

[1037] C. BOOTH, *l.c.*, 155-156.

[1038] A.G. NIENABER en D. VAN DER NEST, "An exploration of the impact of a claimant's HIV/AIDS status on a personal injury claim", *Tydskrif vir Suyd-Afrikaanse Reg* 2002, afl. 2, 303.

[1039] Cf. *infra* nrs. 836-837 en 851-855.

[1040] Zie o.m. C. BARCLAY, Toward substantive equality: a feminist critique of the notion of difference in the Canadian and South-African equality tests", *International Journal of Discrimination and the Law* 2001, afl. 5, 173.

[1041] Zie Part I of the Constitution Act, 1982, zoals bekrachtigd door de Canada Act van 1982, (U.K.) 1982, c. 11, zie http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html#anchorbo-ga:l_I-gb:s_1.

[1042] Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[1043] De woorden "*in particular*" in *section* 15 worden gezien als de aanleiding om te kunnen spreken van een open lijst. In *Andrews* v. *Law Society* verklaarde het Supreme Court dat "*Grounds analogous to those enumerated are also covered and the section may be even broader than that.*" Zie Supreme Court of Canada 2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society, Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 143. Zie ook Supreme Court of Canada 4 mei 1989, *R* v. *Turpin*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 1296.

deelt dat voldaan is aan de vereiste van "analogie" met de in *section* 15 opgelijste gronden, wanneer de te onderzoeken discriminatiegrond "*immutable*" is.[1044] In de zaak *Andrews* v. *Law Society*, dat de grondslag vormde voor de uibreiding van de discriminatiegronden in *section* 15, gaf het Supreme Court een ruime interpretatie aan het concept *immutabable characteristic*. Volgens het Hof gaat het om

> *"a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs".*[1045]

Deze ruime interpretatie geeft aan dat een uitgebreide selectie van discriminatiegronden in aanmerking kan komen voor bescherming onder het *Charter of Rights and Freedoms*. Ondanks het feit dat dit *Charter* in principe enkel van toepassing is op overheidshandelen[1046], is deze interpretatie eveneens van belang voor horizontale relaties zoals zij worden geregeld door de *Provincial Codes.*[1047] Ondanks het feit dat deze *Provincial Codes* in principe een gesloten lijst van discriminatiegronden kennen, dienen zij toch conform de *Charter*-rechtspraak te worden geïnterpreteerd.[1048]

> De rechtspraak in verband met de interpretatie van *section* 15 heeft inderdaad een bijzondere invloed op de interpretatie van de *Provincial Human Rights Codes*. De diverse horizontaal toepasselijke *Codes* dienen namelijk te worden geïnterpreteerd in het licht van het *Charter* en er steeds mee in overeenstemming

---

[1044] Zowel in de Andrews-case als in de *Turpin*-case suggereerde het *Supreme Court* dat de "*enumerated and analogous grounds approach*" voortkwam uit de erkenning van het beginsel dat individuen beschikken over karakteristieken die "*immutable*" (onveranderlijk) zijn, zoals ras, of enkel kunnen worden veranderd tegen een hoge kost zoals religie of moeilijk te beïnvloeden, in die zin dat het individu er geen directe controle over heeft, zoals burgerschap of echtelijke staat. In latere rechtspraak wordt daaraan toegevoegd dat bescherming tegen beslissingen die een impact hebben op bepaalde groepen, en met name op "*a discrete and insular minority*" of "*a group that has been historically discriminated against*" kunnen worden gezien als een voortvloeisel van het concept van immutability. Supreme Court of Canada 20 mei 1999, *Corbiere* v. *Canada* (*Minister of Indian and Northern Affairs*), *Supreme Court Reports* 1999, afl. 2, 203. Zie ook de opinion van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada, 25 mei 1999, *Egan* v. *Canada*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 2, 513. Voor een commentaar, zie C. BARCLAY, *l.c.*, 173-174; T. LEMMENS, *Genetic information and insurance: a contextual analysis of legal and regulatory means of promoting just distributions* - doctoraatsthesis Rechtsfaculteit McGill Universiteit Montreal, Toronto, februari 2003, 294. Ook in de rechtspraak in horizontale relaties wordt *historical disadvantage* gezien als een aanleiding voor brede interpretatie van bestaande discriminatiegronden. Zie in dit verband Supreme Court of Canada 31 oktober 1996, *Battlefords and District Co-operative Ltd.* v. *Gibbs*, *Supreme Court Reports* 1996, afl. 3, 566, ov. 27-28, waar het Supreme Court erkent dat een benadeling van mentaal gehandicapten ten opzichte van fysiek gehandicapten, evenzeer een discriminatie op grond van handicap vormt. Zie ook ov. 31, met verwijzing naar Supreme Court 2 mei 1991, *R. v. Swain*, *Supreme Court Reports* 1991, afl. 1, 933, 994. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 296. Voor een verdere toelichting, voetnoot nr. 1400.

[1045] Zie Supreme Court of Canada 2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society, Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 143.

[1046] Zie section 32 (1) van het Charter of Rights and Freedoms: This Charter applies (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, "Insurance and human rights: what can europe learn from canadian anti-discrimination law?" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), Discriminatie in Verzekering - Discrimination et Assurance, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 260.

[1047] D. RÉAUME, *Discrimination law: equality in the private sector*, 1, Toronto, University of Toronto Faculty of Law, 2005-2006, 130.

[1048] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 260-261.

te zijn.[1049] Het Canadese Supreme Court heeft bovendien reeds herhaaldelijk de gemeenschappelijke doelstellingen van het *Charter* en de *Provincial Codes* benadrukt[1050], alsook gewezen op het belang van kruisbestuiving tussen federale en provinciale anti-discriminatieregels.[1051] Indien in een *Provincial Code* bv. geen expliciete bescherming zou worden voorzien tegen discriminatie op grond van seksuele oriëntatie of etnische origine (gronden die wel beschermd worden onder het *Charter*), zal de *Provincial Code* niet in die zin mogen worden geïnterpreteerd dat discriminatie op basis van deze gronden toegelaten zou zijn. Deze gronden worden immers wel beschermd door het *Charter,* en de Provincal Codes dienen daarmee in overeenstemming te zijn.[1052]

354. ***Immutability*** **– verslaving en obesitas** De ruime interpretatie van de rechtspraak van het Supreme Court van het concept *immutability* heeft in latere rechtspraak geleid tot een ruim begrip van de discriminatiegrond handicap: niet enkel handicaps die buiten de *invloed* van een persoon liggen vormen een reden voor bescherming onder de horizontale anti-discriminatiewetgeving. Volgens bepaalde rechtspraak kan bijvoorbeeld ook alcoholisme of nicotineverslaving in aanmerking komen voor bescherming tegen discriminatie op grond van handicap, zelfs indien *niet* kan worden aangetoond dat de benadeelde geen invloed had op zijn of haar alcholisme of nicotineverslaving.[1053] Op basis van deze rechtspraak oordeelt het Supreme Court[1054] (evenals de lagere rechtbanken) dat ook *obesitas* een onder het discriminatierecht beschermde eigenschap vormt.[1055] Daarbij steunt men op de argumentatie dat ondanks de populaire visie dat obesitas een controleerbare aandoening is, personen met obesitas slechts een zeer kleine kans maken om terug "*non-obese*" te worden.[1056]

[1049] Zie section 52 van the Constitution Act van 1982: "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect."; zie ook T. LEMMENS, o.c., 237, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 6 februari 1997, Eaton v. Brant County Board of Education, Supreme Court Reports 1997, afl. 1; Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, Eldridge v. British Columbia (Attorney General), Supreme Court Reports 1997, afl. 3, 624.

[1050] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 260-261, met verwijzing naar *Justice* MCLACHLIN in de zgn. *Meiorin*-case. Zie Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 48: *"I see little reason for adopting a different approach when the claim is brought under human rights legislation which, while it may have a different legal orientation, is aimed at the same general wrong as s. 15(1) of the Charter*".

[1051] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 260, met verwijzing naar de interpretatie van het begrip handicap door *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in de *Boisbriand*-case. Zie Supreme Court of Canada 3 mei 2000, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* v. *Montréal (City)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* v. *Boisbriand*, *Supreme Court Reports* 2000, afl. 1, 665.

[1052] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 260-261.

[1053] Zie voor alcoholisme Ontario Court of Appeal 21 juli 2000, *Entrop v. Imperial Oil Ltd.,* 50 *Ontario Reports*, afl. 3, 18. Zie voor nicotineverslaving, Labour Relations Board of British Columbia 2000, *Cominco Ltd.* v. *United Steelworkers of America*, *British Columbia Collecitve Agreement Arbitration Award* 2000, Local 9705, nr. 62.

[1054] Supreme Court of Canada 3 mei 2000, Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand, Supreme Court Reports 2000, afl. 1, ov. 48.

[1055] British Columbia Human Rights Tribunal 1989, Hamlyn v. Cominco Ltd., British Columbia Council of Human Rights Trubunal Decisions 1989, nr. 29; British Columbia Human Rights Tribunal 23 maart 2000, Rogal v. Dalgliesh British Columbia Human Rights Tribunal Decisions 2000, ov. 36.

[1056] Zie H. NOWELL-SMITH en H. O'REILLY, "A triumph of substance over form in how discrimination law treats obesity", *The Canadian Bar Review* 2003, afl. 84, 703.

De Canadese rechtspraak die gronden zoals alcohol- en nicotineverslaving alsook obesitas onder de te beschermen discriminatiegronden rekent, is voornamelijk gewezen in gevallen waarbij personen, als gevolg van hun alcoholisme, nicotineverslaving of obesitas niet konden worden *aangeworven* of aangeworven blijven door hun *werkgever*. Niets sluit echter uit dat deze zienswijze ook in verzekeringsrelaties ingang kan vinden. Bijgevolg zouden bv. ziekteverzekeraars moeilijker kunnen beweren dat een risico-evaluatie op grond van deze factoren buiten het bestek van de anti-discriminatiewetgeving valt. Daarmee is echter opnieuw niets gezegd over het al dan niet gerechtvaardigd karakter van een segmenteringsbeleid dat rekening houdt met genoemde eigenschappen.[1057]

§ 4. Besluit en relevantie voor het Europees-nationaal referentiekader.

355. ***Immutability* en *human dignity*.** Zowel het Canadese als het Zuid-Afrikaanse anti-discriminatierecht vormen voorbeelden van zogenaamde semi-limitatieve beschermingssystemen. De in de wetgeving opgenomen oplijsting van beschermde discriminatiegronden is uitbreidbaar via rechterlijke interpretatie. In deze afdeling werden enkele discriminatiegronden besproken die relevant zijn voor verzekeringsrelaties en die via rechterlijke uitbreiding werden opgenomen in de beschermde lijst.

De erkenning van factoren zoals alcoholisme, nicotineverslaving of obesitas als mogelijk te beschermen discriminatiegrond volgt in Canada uit de ruime interpretatie in de rechtspraak aan het begrip *immutability*. In Zuid-Afrika werd op grond van het concept *human dignity* beschermenswaardigheid geschonken aan HIV-status.

356. **HIV/Aids.** Discriminatie op grond van HIV-status kan in België wellicht zonder veel problemen worden beschermd onder de discriminatiegronden fysieke eigenschap, of huidige of toekomstige gezondheidstoestand.

357. **Verslaving en obesitas.** Naar analogie met het Canadese recht, kan in de Belgische anti-discriminatiewetgeving eveneens worden gepleit voor de bescherming tegen discriminatie op grond van obesitas, of op grond van bepaalde verslavingen. De ruime interpretatie van het concept *immutability* die de bescherming van deze kenmerken mogelijk maakte in de Canadese rechtspraak, kan voor de interpretatie of uitbreiding van de expliciet in de Belgische anti-discriminatiewetgeving beschermde gronden minstens als inspiratiebron dienen. Hoger werd reeds vastgesteld dat ook de Belgische anti-discriminatiewetgeving, sinds het arrest 2009/64 van het Belgisch Grondwettelijk Hof, kan worden gezien als een semi-limitatief beschermingssysteem. Eén van de door het Grondwettelijk Hof gesuggereerde beoordelingscriteria ter bepaling van beschermenswaardigheid van potentieel “toe te voegen” gronden, komt sterk overeen met het in de Canadese rechtspraak gebruikte *immutability*. Hoger werd er namelijk op gewezen dat de Belgische wetgever zich in de samenstelling van de lijst

[1057] Zie daarvoor *infra* nr. 905 e.v.

van discriminatiegronden, liet leiden door de idee dat het kenmerken betrof "*die mensen te beurt vallen en die zij niet of niet helemaal onder controle hebben*".[1058] Bovendien kan het Grondwettelijk Hof zich door de motivering van de wetgever laten leiden om te oordelen over de beschermingswaardigheid van niet-opgelijste discriminatiegronden.[1059]

Indien de "controle" over persoonskenmerken in de Europees-nationale rechtsstelsels inderdaad een relevant criterium vormt voor toevoeging van additionele discriminatiegronden, is een bescherming van discriminatiegronden zoals obesitas, of verslaving niet denkbeeldig. Men kan zich hierbij beroepen op het argument dat dergelijke kenmerken in sommige gevallen kunnen worden veroorzaakt door (al dan niet genetisch bepaalde) fysieke aanleg. Eveneens kan worden aangetoond dat het voor personen die met dergelijke problemen kampen erg moeilijk, zo niet onmogelijk is om ervan te 'genezen'. Bescherming tegen discriminatie op grond van obesitas of verslaving kan via interpretatie van de bestaande gronden (handicap, huidige of toekomstige gezondheidstoestand of fysieke eigenschap), of op grond van het hoger beschreven pre-judicieel toevoegingsmechanisme via het Grondwettelijk Hof. Daarbij is uiteraard nog niet gezegd dat een onderscheid op grond van deze kenmerken een verboden discriminatie vormt. Dat zal afhangen van de rechtvaardiging vanwege de verzekeraar omtrent het gebruik van de genoemde kenmerken.

[1058] *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/1, 2.

[1059] Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009, ov. B.8.7.

AFDELING 2. VERBOD VAN INTENTIONELE EN NIET-INTENTIONELE DISCRIMINATIE

358. **Europa – erkenning in *Dekker.*** In het Europees recht kan men zich tegen een discriminatieclaim niet verweren door te stellen dat er geen kwaad opzet was, of dat het niet de bedoeling was om te discrimineren op grond van één van de verboden discriminatiegronden.[1060] Ook een onbedoeld onderscheid kan discriminatoir zijn.

Deze stelling werd voor het eerst duidelijk geformuleerd door het Hof van Justitie in de zaak *Dekker*.[1061] Het Hof oordeelde dat

> *"indien voor de aansprakelijkheid van een werkgever wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling als voorwaarde [zou] gelden, dat schuld van de werkgever wordt aangetoond, […] het nuttig effect van deze beginselen sterk [zou] worden verzwakt."*[1062]

359. **Toepasselijkheid op de artikel 19-Richtlijnen.** In de genoemde zaak *Dekker* werd toepassing gemaakt van Richtlijn 76/207/EEG met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeidsrelaties. Zoals terecht wordt opgemerkt door BAYART, is er geen reden om aan te nemen waarom dezelfde conclusie ook niet zou gelden in het kader van de artikel 19-Richtlijnen (en dus ook het Belgisch anti-discriminatierecht).[1063] Eerder dan zich te bekommeren om een schuldvraag, hetgeen wellicht gepast geweest zou zijn in aangelegenheden van strafrechtelijke aard, wordt in de doc-

---

[1060] Dit wordt traditioneel afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justite inzake geslachtsdiscriminatie. Zie H.v.J. 11 maart 1991, *Worringham en Humphreys/ Lloyds Bank Limited*, 69/80, *Jur.* 1980, 767, ov.23-24 en H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/ Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941; Zie C. BARNARD, "Gender equality in the EU: a balance sheet" in P. ALSTON (ed.), *The EU and human rights*, Londen, Oxford University, 2005, 237; C. BAYART, *o.c.*, 282; E. ELLIS, "The definition of discrimination in European Communtiy sex equality law", *European Law Review* 1994, 565-568; E. ELLIS, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 103.

[1061] Het betrof het geval van een zwangere dame die een aanstelling werd geweigerd door een werkgever, terwijl zij toch was voorgedragen als meest geschikte kandidaat. Als reden werd opgegeven dat de verzekeraar van de werkgever het ziekengeld niet zou vergoeden dat de werkgever aan Mevrouw Dekker zou moeten betalen tijdens haar zwangerschapsverlof. In de nationale regelgeving werd inderdaad gesteld dat de uitkering van ziekengeld kon worden geweigerd bij "voorzienbare ziekte". Zwangerschap werd voor deze regelgeving met ziekte gelijkgesteld. Volgens de werkgever was de voornaamste reden voor de aanstellingsweigering daarom een reden die zonder onderscheid voor werknemers van beide geslachten gold. Volgens het Hof hing het bestaan van discriminatie echter af van de vraag of de "*voornaamste reden voor de aanstellingsweigering een reden is die* […] *uitsluitend voor een van beide geslachten geldt".* Het Hof oordeelde dat, gezien het feit dat het enkel vrouwen zijn die zwanger kunnen worden, Mevrouw Dekker enkel was geweigerd vanwege haar geslacht, waardoor er sprake was van directe discriminatie en waardoor er ook geen rechtvaardiging kon worden ontleend aan het financiële nadeel dat zou kunnen worden geleden. Zie H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/ Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10-12.

[1062] H.v.J. 8 november 1990, Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 24.

[1063] C. BAYART, *o.c.*, 281-282, met verwijzing naar de voorbereidende werken bij de Kaderrichtlijn arbeid, waarbij door de Europese Commissie werd verduidelijkt dat alle vormen van (directe en indirecte) discriminatie worden geviseerd, zowel bewuste als onbewuste. Zie Resultaat besprekingen van de Groep Sociale Vraagstukken betreffende het voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling bij de arbeid, docnr. 5231/00 SOC 5 JAI 3), 31 januari 2000, 11; zie ook C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*¸ 216-217 waarin zij ook wijzen op het feit dat opzet geenszins een constitutief bestanddeel uitmaakt van de definities in de artikel 19-Richtlijnen.

trine gewezen op de remediërende rol die voor de artikel 19-Richtijnen is weggelegd.[1064] De bedoelingen van de vermeende discriminator, of deze nu goed zijn of slecht, zijn niet relevant. De intentie om te benadelen kan wel voldoende bewijs opleveren voor de eisende partij om te kunnen aantonen dat er een benadeling of een ongelijke behandeling heeft plaatsgevonden op grond van één van de beschermde kenmerken.[1065] Indien er daarentegen geen intentie voorhanden is om de beschermde personen te benadelen, wordt het bewijs dat een benadeling of ongelijke behandeling heeft plaatsgevonden op grond van of omwille van een beschermd kenmerk iets moeilijker. Verderop zal worden nagegaan op welke manier de rechtspraak in dergelijke gevallen in staat is gebleken om op *objectieve wijze*[1066] de causale relatie tussen het beschermde kenmerk en de ongelijke behandeling te beoordelen, zonder daarbij te moeten gaan wroeten in de werkelijke motieven van de verweerder.[1067]

360. **Verenigde Staten. *Griggs*.** Dat het bewijs van intentie irrelevant is voor de vaststelling van discriminatie wordt naast het Europese anti-discriminatierecht ook teruggevonden in andere jurisdicties. In de Verenigde Staten wordt reeds sinds het befaamde arrest *Griggs* v. *Duke Power Company* aangenomen dat niet enkel de praktijken verboden zijn die *beogen* te discrimineren maar ook de praktijken die, ongeacht de bedoeling van de werkgever, een discriminerend *effect* hebben.[1068] De zaak *Griggs* betreft een toepassing van het *Title VII* van de *Civil Rights Act* van 1964, die iedere werkgever verbiedt om in aangelegenheden van arbeid en beroep individuele werknemers te discrimineren.[1069] Sinds de uitspraak van het Supreme Court in *Griggs* v. *Duke Power* geldt in de Verenigde Staten, tenminste voor wat arbeidsdiscriminatievorderingen betreft, een onderscheid tussen zogenaamde *disparate impact discrimination* en *disparate treatment discrimination*. *Disparate treatment* doet zich voor wanneer een werkgever "*intentionally discriminates against one or more individuals*". *Disparate impact* doet zich voor "*even when the employer has no animus*."[1070]

361. ***Disparate treatment* en *disparate impact*.** De zaak *Griggs* wordt in de literatuur vooral gezien als de theoretische grondslag voor het verbod van *indirecte discriminatie*, niet alleen voor het Amerikaanse maar ook voor het Europese anti-discriminiatierecht.[1071] Zoals verderop wordt beschreven, is

---

[1064] Vgl. E. ELLIS, "The definition of discrimination in European sex equality law", *l.c.*, 568.

[1065] E. ELLIS, "The definition of discrimination in European sex equality law", *l.c.*, 566; M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht - Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 250; C. BAYART, *o.c.*, 113; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid, *l.c.*, 195.

[1066] DE VOS spreekt van de *objectieve relatie* tussen een handeling en het beschermd kenmerk waarop het discriminatieconcept uit het Europees recht is gebaseerd. Zie M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?, *l.c.*, 250.

[1067] Cf. *infra* nr. 414 e.v.

[1068] Zie United States Supreme Court 8 maart 1971, *Griggs* v. *Duke Power Co*, 401 *U.S.* 424; zie voor een overzicht, J.A. SEINER, "Disentangling disparate impact and disparate treatment", *Yale Law and Policy Review* 2006, afl. Fall, 99-101.

[1069] Title VII, *section* 703, § 2000e-2, a) van de *Civil Rights Act* van 1964, 42 *United States Code Annotated* 1981d

[1070] R. TURNER, "Thirty years of "Title VII" regulatory regime: rights, theories, and realities", *Alabama Law Review* 1995, afl. Winter, 449; J.A. SEINER, *l.c.*, 99.

[1071] Zie M. DE VOS die de zaak *Griggs* noemt als intellectuele grondslag en oorsprong voor de aanvaarding van het concept van indirecte discriminatie in het Europees Recht. M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties

de aanwezigheid van een intentie tot discriminiatie echter geen correct criterium om te bepalen of een maatregel een vorm van directe dan wel indirecte discriminiatie uitmaakt.[1072]

> De koppeling die in de Amerikaanse rechtspraak is gemaakt tussen het intentiebegrip en het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie, spruit voort uit de aard van de feiten in *Griggs.*[1073] Deze maakten namelijk dat het Supreme Court verplicht was om te focussen op de irrelevantie van de intentie tot discriminiatie.[1074] In de jaren nadien zijn de meeste Amerikaanse rechtbanken de aanwezigheid van intentie gaan beschouwen als een constitutief vereiste voor een *disparate treatment claim*. [1075] Doordat het concept intentie echter niet was gedefinieerd door het Supreme Court en heel wat rechtbanken een te enge definitie van intentie toepasten, werd het voor werkgevers zeer eenvoudig om onder een *disparate treatment* claim uit te komen. Dit maakte het voor benadeelde erg moeilijk om aan te tonen dat er sprake was van discriminatie. Voor zogenaamde *disparate impact claims* geldt namelijk een relatief zware bewijslast voor de eisende partij.[1076]

362. **Canada. *O'Malley.*** In de Canadese anti-discriminatiewetgeving staat reeds lange tijd vast dat de vaststelling van de intentie tot discriminatie geen noodzakelijk element uitmaakt van het discriminatiebegrip. Dit werd door het Canadese Supreme Court met zoveel woorden bevestigd in de zaak *Ontario Human Rights Commission & Theresa O´Malley* v. *Simpson-Sears* uit 1985.[1077]

> *"[To] hold that intent is a required element of discrimination under the [Ontario Human Rights] Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier in the way of a complainant seeking a remedy. It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules, which imposing equal standards, could create, as in Griggs v. Duke Power Co […], injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal. […] The proof of intent, a necessary requirement in our approach to*

Amerikaans?", *l.c.*, 254; zie ook Advocaat-Generaal WARNER, conclusie van 28 januari 1981 voor H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/ Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

[1072] Cf. *infra* nr. 368 e.v.

[1073] *Duke Power* voerde voor 1964, het jaar dat de Amerikaanse *Civil Rights Act* werd gestemd, een personeelsbeleid dat openlijk discrimineerde ten opzichte van Afro-Amerikaanse werknemers. Na 1964, verving *Duke Power* haar beleid inzake het aannemen van nieuw personeel door een gestandaardiseerde intelligentietest en een vereiste van een diploma van hoger onderwijs. Alhoewel deze vereisten een voor de hand liggende poging waren om Afro-Amerikaanse werknemers te weren uit het bedrijf, concludeerden de lagere rechtbanken dat de toegepaste arbeidsvereisten niet waren ingegeven door raciaal gerichte of aanstootgevende intenties en dus geen vorm van discriminatie uitmaakten (ook al stelden zij vast dat de vereisten niet noodzakelijk waren voor een goede uitvoering van het werk.) Ondanks het feit dat er overduidelijk sprake was van, weliswaar niet-openlijk bedreven, racisme, hadden de lagere rechtbanken feitelijk geen intentie tot discriminatie kunnen of willen vaststellen.

[1074] Zie J.A. SEINER, *l.c.*, 103; M. SELMI, "Was the disparate impact theory a mistake?", *UCLA Law Review* 2005-2006, afl. 3, 717-724.

[1075] M. SELMI, *l.c.*, 774-775.

[1076] Deze moet namelijk aantonen dat de bestreden handeling een statistisch significante impact heeft op de beschermde groep waarvan hij/zij deel uitmaakt. Daarenboven heeft de eisende partij ook nog eens een relatief belangrijke rol te spelen in de weerlegging van de rechtvaardiging van de verweerder, die in een *disparate impact claim* steeds de mogelijkheid behoudt om aan te tonen dat de bestreden handeling gerechtvaardigd is door *business* necessity. Zie M. SELMI, *l.c.*, 768-769.

[1077] Supreme Court of Canada 17 december 1985, Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears, Supreme Court Reports, afl. 2, 536.

criminal and punitive legislation, should not be a governing factor in construing human rights legislation aimed at the elimination of discrimination."

Merk op dat het Canadese Supreme Court expliciet verwijst naar de hoger besproken verwezenlijkingen van het Amerikaanse Supreme Court in de *Griggs*-case. Anders dan het geval is in de Amerikaanse rechtspraak, beschouwt het Canadese Supreme Court de aanwezigheid van intentie echter *niet* als een onderscheidingscriterium voor de vaststelling van directe discriminatie dan wel indirecte discriminatie.[1078] De Canadese rechtspraak kénde ten tijde van de uitspraak in *O'Malley* reeds een onderscheid tussen *direct discrimination* en *adverse effect discrimination*[1079] maar in de definiëring die het Hof koppelde aan deze concepten kwam geen verwijzing naar intentie voor.[1080] In *O'Malley* werd *direct discrimination* gedefinieerd als een behandeling die "*on its face discriminates on a prohibited ground". Adverse effect discrimination* wordt beschouwd als een behandeling *"which is on its face neutral and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground* […]. In tegenstelling tot de meer beperkte verwezenlijkingen in het Amerikaans recht, sluit het Canadese Supreme Court het vereiste van intentie tot discriminatie dus niet alleen uit als een noodzakelijk element van directe discriminatie, maar van discriminatie in het algemeen, ongeacht zijn vorm.[1081] Het Supreme Court geeft in *O´Malley* wel aan dat *adverse effect discrimination* verboden dient te zijn om dezelfde redenen als deze op grond waarvan niet-intentionele discriminatie verboden is.[1082]

363. **Zuid-Afrika. *Pretoria* v. *Walker.*** Net zoals het geval is in Canada, geldt ook in het Zuid-Afrikaanse anti-discriminatierecht dat de aan- of afwezigheid van de intentie tot discriminatie geen enkele rol speelt en dit ongeacht de vorm waarin deze discriminatie zich voordoet.[1083] Dit werd ge-

---

[1078] Er heerst op dit vlak een analogie ten opzichte van de rechtspraak van het Canadese Supreme Court met betrekking tot het grondwettelijk verbod van discriminatie (verticale relaties) die werd beoordeeld onder *section 15* van het Canadese Charter of Rights and Freedoms. Zie Supreme Court of Canada 2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society of British Columbia*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 174-75; Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 3, ov. 62; Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, ov. 80.

[1079] Dat door het Supreme Court overigens pas voor het eerst erkend werd in de zaak *O'Malley* zélf, zie R.-M. HUNTER, *Indirect discrimination in the workplace*, Sidney, The Federation Press, 1992, 17-18.

[1080] Zoals verder zal worden toegelicht, oordeelde het Canadese Supreme Court in latere rechtspraak dat het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie grotendeels zonder belang is, door beide vormen van discriminatie aan eenzelfde toetsing onderwerpen. Zie meerbepaald de zaak *Meiorin*, Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 24. Zie *infra* nrs. 383-386.

[1081] B. VIZKELETY, *Proving discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, Ch.2; C. SHEPPARD, "Of forest fires and systemic discrimination: A review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.", *McGill Law Journal* 2001, 544.

[1082] Zie MCINTYRE J. in O´Malley: "For essentially the same reasons that led tot the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the [Ontario Human Rights] Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination […] a contradiction of the terms of the Code. Zie ook Supreme Court of Canada 17 december 1985, Bhinder v. CN, Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 561, ov. 41.

[1083] J. DE WAAL, "Equality and the Constitutional Court", *South African Mercantile Law Journal* 2002, 152; G.E. DEVENISH, *A Commentary on the South African Bill of Rights*, Durban, Butterworths, 1999, 48.

oordeeld door het *Constitutional Court* in een geschil over de toepassing van de gelijkheidsclausule in de Zuid-Afrikaanse Grondwet[1084] in de zaak *City Council of Pretoria* v. *Walker*. Het Hof verklaart letterlijk

> *"There is nothing in the language of section 8(2) which necessarily calls for the section to be interpreted as requiring proof of intention to discriminate as a threshold requirement for either direct or indirect discrimination."*[1085]

Het Zuid-Afrikaans *Constitutional Court* geeft aan zich met deze uitspraak te hebben laten inspireren door de hoger besproken Canadese rechtspraak in *O'Malley*.[1086]

In de definitie van directe en indirecte discriminatie die geldt in de *PEPUDA*, de horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving die in 2000 werd uitgevaardigd in Zuid-Afrika, wordt verder op geen enkele wijze verwezen naar de intentie tot discriminatie. Men neemt aan dat de bepalingen van de *PEPUDA* in dezelfde zin kunnen worden geïnterpreteerd als de hierboven genoemde rechtspraak van het *Constitutional Court*.[1087]

364. **Praktisch belang voor de verzekeraar.** Het feit dat de intentie tot discriminatie niet bepalend is voor de vaststelling van directe en indirecte discriminatie heeft praktisch belang voor de verzekeraar. Deze kan immers niet onttrekken aan een discriminatievordering door te beweren dat hij niet de bedoeling had te discrimineren. Het anti-discriminatierecht bestrijdt duidelijk de *effecten* van discriminerende handelingen en de verweerder kan zich niet aan een discriminatievordering onttrekken door te wijzen op zijn goede bedoelingen. De verzekeraar die beweert dat zijn segmenteringsbeleid er niet op gericht was om nadeel toe te brengen aan mannelijke/vrouwelijke of jongere/oudere, … verzekerden kan nog steeds discrimineren. Hetzelfde geldt voor de verzekeraar die beweert dat hij niet *wist* dat zijn segmenteringsbeleid een benadeling inhield voor een door het anti-discriminatierecht beschermde groep van personen.[1088]

365. **Verdere relevantie van het begrip intentie?** Het feit dat de vaststelling van intentie in de meeste rechtsstelsels zonder belang is om de verweerder aansprakelijk te kunnen stellen voor het plegen van discriminatie, wil niet zeggen dat het concept verder geen betekenis heeft. Zo kunnen de goede bedoelingen van de verweerder een rol spelen in de verdere toetsing van de vraag of de vastgestelde

---

[1084] Meerbepaald *section 8* van de zogenaamde *Interim Constitution* van 1993 (Act 200 van 1993), later overgenomen in het eerder genoemde *section 9* van de *Constitution* van 1996 (Act 108 van 1996).

[1085] Constitutional Court of South Africa 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 43.

[1086] *Ibidem*, ov. 40.

[1087] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 34.

[1088] Zie in deze zin, W. BLACK, "From intent to effect: new standards in Human Rights", *Canadian Human Rights Reporter* 1980, afl. 1, C/1; B. VIZKELETY, *o.c.*, Ch. 2.

discriminatie al dan niet gerechtvaardigd is.[1089] Indien de doelstellingen van de verweerder er daarentegen in zouden bestaan, de tegenpartij bewust te willen benadelen zal van een rechtvaardiging nog moeilijk sprake kunnen zijn. Men kan er evenwel van uitgaan dat een dergelijke kwaadwillige houding wellicht niet behoort tot het soort discriminatie waarmee men in een verzakelijkte verzekeringscontext zal worden geconfronteerd.

[1089] Zie C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 217. Zie bv. ook Constitutional Court of South Africa 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 44.

AFDELING 3. VERBOD VAN DIRECTE EN INDIRECTE DISCRIMINATIE

§ 1. Het onderscheid tussen direct en indirect onderscheid: naar een effect-geöriënteerd discriminatiebegrip

366. **Eerste erkenning in het Europees nationaliteitsdiscriminatierecht. *Sotgiu*.** In het Europese recht wordt het gelijkheidsbeginsel traditioneel vertaald naar een verbod van zowel directe als indirecte discriminatie. Het Hof van Justitie sprak zich voor het eerst in die zin uit in de zaak *Sotgiu*, een geschil met betrekking tot nationaliteitsdiscriminatie dat werd gevoerd op basis van het hoger besproken artikel 12 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 18 Werkingsverdrag). In deze zaak maakte het Hof duidelijk dat deze bepaling niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook alle "verkapte" vormen van discriminatie.[1090] Hiermee wordt bedoeld dat discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria, leidt tot hetzelfde *resultaat* eveneens verboden is.[1091] Het Hof kiest daarmee duidelijk voor een "effect-geöriënteerd" concept van indirecte discriminatie, dat ook verborgen of vermomde vormen van discriminatie in overweging wil nemen.[1092] Deze uitlegging van artikel 12 E.G.-Verdrag is volgens het Hof noodzakelijk om de werking van het gelijkheidsbeginsel (als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht) te waarborgen.[1093] Het Hof haalt hiervoor inspiratie uit de overwegingen bij Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap[1094], waar wordt gesteld dat de gelijkheid van behandeling van werknemers "*in feite en in rechte"* dient te worden verzekerd.[1095] Hierdoor wordt het *in concreto* mogelijk dat onderscheid dat wordt gemaakt op basis van de plaats van herkomst of de woonplaats leidt tot hetzelfde resultaat als een onderscheid op basis van nationaliteit.[1096]

> De term "verkapt" lijkt erop te wijzen dat een onderscheiden behandeling pas kan worden gekwalificeerd als discriminatoir, in het geval er een intentie is om op een verborgen manier te discrimineren.[1097] In de rechtsleer wordt echter benadrukt dat van een dergelijke interpretatie voorzeker geen sprake kan zijn.[1098] De bedoeling van degene die het onderscheid maakt is irrelevant in de beoordeling van indirecte discrimi-

---

[1090] H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.* 1974, 153, ov.11; Zie ook H.v.J. 29 Oktober 1980, *Boussac/Gerstenmeier*, 22/80, *Jur.* 1980, 3427, ov .9.

[1091] Ibidem.

[1092] C. TOBLER, Indirect Discrimination, o.c., 114.

[1093] H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.* 1974, 153, ov. 11.

[1094] Verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *Pb.* L 19 oktober 1968*,* afl. 257, 2*.*

[1095] H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.* 1974, 153, ov.11.

[1096] Ibidem.

[1097] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*¸ 83. In de engelse versie van het arrest *Sotgiu* wordt gesproken over het onderscheid tussen "*overt*" en "*covert*" *forms of discrimination*. BAYART merkt op dat over de precieze inhoud van deze begrippen geen eensgezindheid bestaat. Zie C. BAYART, *o.c.*¸ 55. Het verdere belang ervan kan dan ook in vraag worden gesteld. Zie U. BECKER, "Freedom of movement for workers" in D. EHLERS (ed.), *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaftlichen Verlags, 2007, 272.

[1098] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 83; K. VAN HAVERE, "Indirecte discriminatie op grond van geslacht in de sociaalrechtelijke sfeer", *Jura Falconis* 1995-1996, 453-483.

natie. Enkel het effect van de maatregel is van belang. Deze houding sluit opnieuw aan bij de idee dat anti-discriminatierecht een remediërende functie heeft, wars van eerder in het strafrecht passende argumenten omtrent schuld.[1099]

Wat betreft nationaliteitsdiscriminatie komt het Hof in latere rechtspraak niet meer terug op het verschil tussen direct en indirect onderscheid.[1100] Dit is ook niet van het grootste belang daar het Hof voor de toepassing van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie zowel voor directe als indirecte onderscheiden een objectieve en redelijke rechtvaardiging toestaat.[1101] Nochtans komt het verschil tussen direct en indirect onderscheid wel tot uiting op het niveau van de "toetsingsingang"[1102]. Naargelang er direct dan wel indirect onderscheid op grond van nationaliteit voorligt, wordt doorgaans gekozen voor een vergelijkbaarheidstoets, respectievelijk een benadelingstoets.[1103] Op het verschil tussen deze beide benaderingen wordt later teruggekomen.[1104]

367. **Geslachtsdiscriminatie. Ongelukkige start in *Jenkins.*** Nadat het Hof van Justitie het concept van indirecte discriminatie had erkend op het vlak van nationaliteitsdiscriminatie vond deze opvatting al snel zijn weg naar de rechtspraak inzake geslachtsdiscriminatie. Het was meerbepaald in de zaak *Jenkins* dat het Hof zich ten gronde uitsprak over de inhoudelijke invulling van het begrip.[1105]

De zaak *Jenkins* betrof een situatie waarbij een deeltijdwerkster een lager uurloon kreeg dan haar mannelijke collega's, die als voltijdwerkers gelijke arbeid verrichtten, en waarbij de groep van deeltijdse werknemers voornamelijk bestond uit vrouwen. Aangezien deeltijdse arbeid voornamelijk door vrouwen werd verricht, meende mevrouw Jenkins dat er sprake was van een indirecte discriminatie op basis van geslacht. In haar argumentatie verwees zij naar de hierboven besproken *landmark*-case van het Amerikaanse Supreme Court inzake indirecte discriminatie, *Griggs v. Duke Power Company*.[1106] Zoals gezegd, zijn in de

---

[1099] Cf. *supra* nr. 359, met verwijzing naar E. ELLIS, "The definition of discrimination in European sex equality law", *l.c.*, 568; Zie ook het hierboven aangehaalde citaat van het Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpson-Sears*, *Supreme Court Reports,* afl. 2, 536, *supra* nr. 362.

[1100] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 139.

[1101] Zie H.v.J. 26 september 1996, *Data Delecta/MSL Dynamics*, C-43/95, *Jur.* 1996, I-4661, ov. 18-20 en H.v.J. 20 maart 1993, *Hayes/Kronenberger*, C-323/95, *Jur.* 1997, I-1711, ov. 24; H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637, ov. 27. Zie ook J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 225-228. P.J.G., KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT spreken wel van een strengere zogenaamde *tight fit test* die wordt toegepast voor gevallen van directe discriminatie. Zie P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 135.

[1102] Zie voor dit begrip, J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*¸ 73. Zij beschrijft de "toetsingsingang" als de fase van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel waarin wordt onderzocht of *"de eiser die het onderscheid voor de rechter heeft gebracht eigenlijk wel recht van klagen heeft*". Zie in dezelfde zin, D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 5. Het begrip verwijst volgens deze laatste auteurs naar de "*fase waarin onderzocht wordt of een klager op het eerste gezicht aanspraak kan maken op een andere (gelijke/ongelijke) behandeling dan degene waarvan hij het voorwerp was.* […]"

[1103] J. H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 261 respectievelijk 265. Zie eveneens D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, o.c.¸ 5: "De twee belangrijkste vormen waarin deze toetsingsingang voorkomt zijn de vergelijkbaarheids- en de benadelingstoets.".

[1104] Zie *infra* nrs. 443-446 en 426.

[1105] H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

[1106] United States Supreme Court 8 maart 1971, *Griggs* v. *Duke Power Co*, 401 *U.S.* 424; zie conclusie Advocaat-Generaal WARNER van 28 januari 1981 voor H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

filosofie van deze Amerikaanse rechtspraak niet enkel de praktijken verboden die beogen te discrimineren, maar *ook* de praktijken die, ongeacht de bedoeling van de werkgever, een discriminerend effect hebben.[1107]

In navolging van de verworvenheden van de hierboven reeds besproken rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court in *Griggs*, oordeelde het Hof van Justitie dat het verschil in beloning tussen voltijd- en deeltijdwerknemers slechs een verboden discriminatie is

> *"wanneer het* in werkelijkheid enkel een indirect middel is om het loonpeil van deeltijdwerknemers te verlagen wegens de omstandigheid dat deze groep werknemers uitsluitend dan wel voornamelijk uit vrouwen bestaat".[1108]

Tot een definiëringspoging die de nadruk legt op het *effect* van een regeling en de irrelevantie van de bedoeling van de discriminator komt het echter nog niet.[1109] In tegendeel: het oordeel over het al dan niet aanwezig zijn van indirecte discriminatie werd in *Jenkins* bij de nationale rechter gelegd en de formulering van de leidraad die deze rechter kreeg was bijzonder ongelukkig. Hij diende namelijk na te gaan of er

> *"gelet op de feiten en de antecedenten van de zaak en op de bedoeling van de werkgever, een loonpraktijk, ofschoon voorgesteld als een verschil wegens het aantal gewerkte uren per week, in werkelijkheid niet een discriminatie is op grond van het geslacht".*[1110]

De leidraad die het Hof had meegegeven aan de nationale rechter was zodanig onduidelijk dat deze alsnog koos voor zijn eigen interpretatie van het begrip indirecte discriminatie.[1111] Met name was er heel wat verwarring ontstaan door het feit dan het Hof had verwezen naar de "*bedoeling* van de werkgever".[1112] Als het Hof deze "bedoeling" namelijk relevant zou vinden, dan zou zij het concept van indirecte discriminatie helemaal misbegrepen hebben. De intentie of bedoeling om te discrimineren maakt (nog minder dan bij directe discriminatie) geen deel uit van het begrip indirecte discriminatie. Het zijn de *effecten* die van belang zijn.[1113] Nu werd de indruk gewekt dat de afwezigheid van de bedoeling om te discrimineren in hoofde van de werkgever een voldoende rechtvaardigingsgrond zou zijn, en dit in tegenstelling tot de eerdere rechtspraak van het Hof inzake nationaliteitsdiscriminatie, waar de bedoeling van de dicriminerende partij niet mee in aanmerking werd genomen.[1114] De erken-

---

[1107] K. VAN HAVERE, *l.c.*, 456; C. TOBLER, *Indirect Discrimination, o.c.*, 142; S. FORSHAW en M. PILGERSTORFER, "Direct and indirect discrimination: is there something in between?", *Industrial Law Journal* december 2008, afl. 4, 350

[1108] H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911, ov. 15.

[1109] C. TOBLER, Indirect Discrimination, o.c.¸145.

[1110] H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911, ov. 14.

[1111] C. TOBLER, Indirect Discrimination, o.c., 146.

[1112] C. BARNARD, *EC Employment Law*, *o.c.*, 332.

[1113] E. SZYSCZAK, "Differences in pay for part-time work", *Modern Law Review* 1981, 679-680.

[1114] K. VAN HAVERE, *l.c.*, 456, met verwijzing naar H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.* 1974, 153.

ning van het concept indirecte discriminatie in de zaak *Sotgiu* kon dan ook worden gezien als een ongelukkige start.

368. **Loskoppeling van het intentiebegrip. *Bilka.*** Meer duidelijkheid omtrent de betekenis van het begrip indirecte discriminatie kwam er daana in de zaak *Bilka*.

> Ook in deze zaak was er sprake van een lager loon voor deeltijdwerkers. Het betrof een geval waarbij werknemers maar konden deelnemen aan een aanvullende pensioenregeling indien zij minstens 15 jaren *full-time* hadden gewerkt. Nu was het zo dat in de onderneming (*Bilka*) bijna alleen vrouwen waren tewerkgesteld, waarbij meer dan 90% van de deeltijdwerkenden ook nog eens uit vrouwen bestond.

Eén van de argumenten die door de verweerder in de zaak *Bilka* werd ingeroepen tegen de kwalificatie van indirecte discriminatie was dat het niet de bedoeling van de werkgever was geweest om een onderscheiden behandeling te handhaven tussen mannen en vrouwen. Dat dit argument überhaupt nog gemaakt werd, had alles te maken met de onzekerheid die hieromtrent geschapen was door het Hof in *Jenkins*.[1115] Het Hof heeft in haar uiteindelijke antwoord komaf gemaakt met deze onzekerheid,[1116] door niet meer te refereren aan de bedoeling van de werkgever en de nadruk te leggen op de vaststelling dat *een veel groter aantal vrouwen dan mannen* werd geraakt door de bestreden deeltijdsregeling. In de woorden van het Hof van Justitie:

> *"[…] [oud-] artikel 119 EEG-Verdrag wordt geschonden door een warenhuisexploitante die deeltijdwerknemers uitsluit van de bedrijfspensioenregeling, wanneer die maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoont dat bedoeld maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht."1117*

369. **Onderscheid met directe discriminatie.** Bij het onderzoek naar het bestaan van indirecte discriminatie houdt het Hof dus rekening houdt met de *gevolgen* van de ongelijke behandeling. Hierbij onderscheidt het concept zich van directe discriminatie. In tegenstelling tot indirecte discriminatie, wordt voor het vaststellen van directe discriminatie vereist dat er een zogenaamd *oorzakelijk verband* bestaat tussen het geslacht en de ongelijke behandeling.[1118] Bij indirecte discriminatie is de oorzaak echter niet ver te zoeken. Zij ligt in het gebruik van een makkelijk vaststelbaar ogenschijnlijk neutraal criterium en de nadruk ligt op het onderzoek of het gebruik van dat criterium tot *gevolg* kon hebben

---

[1115] C. TOBLER, Indirect Discrimination, o.c., 147.

[1116] C. BARNARD, "Gender Equality in the EU: a balance sheet", *l.c.*, 238; C. BARNARD, *EC Employment Law*, *o.c.*, 332.

[1117] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilkal Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 31. Van een waarachtige definiëring van het concept indirecte geslachtdiscriminatie, die verder gaat dan de specifieke toepassing van het gelijkebeloningsbeginsel op het onderscheid deeltijd-voltijdwerkers kwam het in *Bilka* echter niet. Volgens TOBLER heeft dit voor een deel te maken met de vaststelling dat de uitdrukking 'indirecte discriminatie' tot dan toe alleen maar gebruikt was om de directe werking van [oud-]artikel 119 te beschrijven. Zie C. TOBLER, *Indirect Discrimination, o.c.,* 149.

[1118] Cf. *infra* nrs. 412 e.v.

dat een aanzienlijk deel van de leden van een bepaald geslacht werden benadeeld ten opzichte van de leden van een ander geslacht.[1119]

370. **Verankering in de artikel 19-Richtlijnen.** De definitie die het Hof van Justitie aan het concept *indirecte* discriminatie heeft gegeven in *Bilka* is later verankerd in de zogenaamde Bewijslastrichtlijn (Richtlijn 97/80/EG) en daarna (mits een aangepaste formulering) in Richtlijn 2002/73/EG en in de Genderrichtlijn arbeid (2006/54/EG). Deze aangepaste formulering is eveneens opgenomen in de artikel 19-Richtlijnen. Indirecte discriminatie wordt in deze laatsten omschreven als

> *"de situatie waarbij een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen [van een bepaald geslacht, ras of een bepaalde etnische aftamming of met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid] in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelswijze objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."1120*

Van *directe* discriminatie is sprake wanneer

> *"Iemand op grond van [een bepaald geslacht, ras of een bepaalde etnische afstamming of met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid] ongunstiger dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld."1121*

371. **Canada en Zuid-Afrika. Vergelijkbaar effect-geöriënteerd begrip.** De formulering die in de artikel 19-Richtlijnen wordt gekozen om het concept indirecte discriminatie te omschrijven, verschilt van de oorspronkelijke definitie van het Hof van Justitie in *Bilka. Immers*, indirecte discriminatie vereist niet langer dat er benadeling wordt vastgesteld van een *wezenlijk groter gedeelte* van de leden van de beschermde discriminatiegroep. Er dient niet te worden vastgesteld dat de betrokken handeling een aanzienlijk groter percentage van een beschermde categorie treft. In plaats hiervan wordt een onderscheid of benadeling als indirect discriminerend beschouwd wanneer het *door haar aard* een groep op basis van het beschermd criterium eerder kan treffen, en deze groep derhalve *bijzonder* kan benadelen. Het volstaat dat dit criterium een dergelijk "effect" *kan* hebben. Een *risico* op een schadelijke weerslag ten opzichte van de beschermde groep is reeds voldoende.[1122] Hierdoor wordt nog eens benadrukt in welke belangrijke mate het concept van indirecte discriminatie een *effect-geöriënteerde* invulling krijgt in het Europese anti-discriminatierecht.

[1119] C. BAYART, *o.c.*, 110. Zie *infra* nr. 398.

[1120] Zie artikel 2, lid 2, sub b) van de Rasrichtlijn, artikel 2, lid 2, sub b) en i) van de Kaderrichtlijn en artikel 2, sub b) van de Genderrichtlijn.

[1121] Zie artikel 2, lid 2, a) van de Rasrichtlijn, artikel 2, lid 2, a) van Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, a) de Genderrichtlijn.

[1122] M. GIJZEN, *o.c.*, 79.

§ 2. Relevantie van het concept indirecte discriminatie voor verzekeringsrelaties

372. **Direct en indirect gebruik van beschermde discriminatiegronden.** Een verbod van indirecte discriminatie lijkt op het eerste gezicht niet tot bijzondere toepassingen te leiden op het vlak van het segmenteringsbeleid van een verzekeraar. Het maken van onderscheid op grond van beschermde kenmerken bij het onderschrijven van polissen gebeurt doorgaans bewust en openlijk. De verzekeraar kan het te betalen premiebedrag bv. laten verschillen naargelang men aangeeft man of vrouw te zijn (schuldsaldoverzekering), ouder of jonger te zijn dan 26 jaar (motorrijtuigenverzekering) of chronisch ziek te zijn (geweest) (schuldsaldoverzekering, hospitalisatieverzekering). In schuldsaldoverzekering komt het voor dat personen ouder dan 65 jaar niet meer verzekerd worden. Er wordt in deze situaties op *directe* wijze gebruik gemaakt van beschermde discriminatiegronden en zodoende kan er sprake zijn van directe discriminatie.

Naast deze courant voorkomende gevallen zijn er echter ook situaties waarbij deze kenmerken *indirect* worden gebruikt, via criteria die weliswaar "neutraal" lijken, maar die wel een schadelijke weerslag hebben op personen die drager zijn van een beschermd kenmerk. Hierna worden enkele voorbeelden besproken die aangeven dat een verbod van indirecte discriminatie ook in verzekeringsrelaties van belang kan zijn.

373. **Borstkanker.** Een vaak gebruikt voorbeeld van het gebruik van een ogenschijnlijk neutraal kenmerk dat een beschermde groep bijzonder kan benadelen, is dat van de polis hospitalisatieverzekering die geen dekking verleent voor het risico borstkanker.[1123] Er vindt hier duidelijk een benadeling plaats van de groep van vrouwelijke verzekerden ten opzichte van de mannelijke verzekerden. Mannelijke verzekerden maken immers een kleinere kans op borstkanker dan vrouwen.[1124] Voor zover deze benadeling niet kan worden gerechtvaardigd, zal er in dit geval sprake zijn van indirecte discriminatie.

374. **Beroepsklasse.** Verder wordt gedacht aan een polis gewaarborgd inkomen voor zelfstandigen die dekking verleent voor verlies van inkomen tengevolge van werkonbekwaamheid door ziekte of ongeval. In dit soort polissen is het niet ongebruikelijk om de hoogte van de premie afhankelijk te stellen van het *beroep* dat men uitoefent. Indirecte discriminatie is niet ver weg indien in dat geval een hogere premie wordt gevraagd aan bepaalde beroepen die traditioneel worden ingevuld door personen die drager zijn van een beschermd kenmerk. Zo zullen in de kinderverzorging meestal vrouwen aan het werk zijn, en wordt het beroep van brandbestrijder meestal uitgevoerd door mannen. Ook wordt soms aangenomen dat de groep van mannen die het beroep van haarkapper uitoefenen, voor een belangrijk deel bestaan uit homoseksuelen. Een verzekeraar die de premie in een polis gewaar-

---

[1123] Y. THIERY, "De anti-discriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.*, p. 652, nr. 25; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie en Verzekering", *l.c.*, nr. 6.

[1124] Zie bv. AMERICAN CANCER SOCIETY, "What are the key statistics about breast cancer in men?", *http://www.cancer.org/docroot/CRI/content/CRI_2_4_1X_What_are_the_key_statistics_for_male_breast_cancer_28.asp?sitearea*.

borgd inkomen dus laat afhangen van het beroep riskeert dat deze premiezetting door de rechter wordt gekwalificeerd als zijnde indirecte discriminatie op grond van geslacht of seksuele voorkeur.

375. **Kostwinners.** Nog een ander voorbeeld betreft een motorrijtuigenverzekeraar die het '*kostwinnerschap'* als criterium hanteert voor het bepalen van een bijpremie omdat uit de gegevens van de verzekeraar blijkt dat de kostwinners (gedefinieerd als de volwassen persoon binnen het gezin die het hoogste inkomen heeft) meer kans maken op een ongeval (bijvoorbeeld doordat ze meer op de baan zijn). Een dergelijke premiezetting is mogelijk indirect discriminatoir indien blijkt dat vrouwen en/of jongeren minder vaak "kostwinner" in het gezin zijn dan mannen en/of ouderen.[1125]

376. **Woonwagens.** Het weigeren een inboedelverzekering (brandverzekering voor huurders) af te sluiten voor woonwagens kan een indirecte discriminatie op grond van ras uitmaken. Volgens de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling[1126] vallen "woonwagenbewoners" namelijk onder het begrip ras, gezien zij een gezamenlijke geschiedenis en cultuur hebben en door de omgeving vaak met vooroordelen en ongelijke behandeling worden geconfronteerd.[1127] Het onderscheid is volgens de CGB niet direct omdat het zich niet rechtstreeks richt tegen de personen behorende tot de bevolkingsgroep woonwagenbewoners. Omdat echter niet iedereen die in een woonwagen woont tot de "bevolkingsgroep woonwagenbewoners" behoort en er ook leden van de bevolkingsgroep woonwagenbewoners zijn die niet in een woonwagen wonen, is er volgens de CGB sprake van een indirect onderscheid.[1128] De CGB beoordeelt het gemaakte onderscheid *in casu* echter als gerechtvaardigd[1129], waardoor er geen sprake kan zijn van discriminatie op grond van ras.[1130]

[1125] Zie voor een nadere uitwerking van dit voorbeeld, *infra* nr. 433.

[1126] De Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is een door de Nederlandse overheid ingestelde organisatie die in 1994 werd opgericht om de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving te promoten en de naleving van deze wetgeving te controleren. De Commissie behandelt klachten over specifieke gevallen van ongelijke behandeling en kan daarover een oordeel uitspreken. Uitspraken van de CGB zijn niet bindend, maar met een uitspraak van de CGB kan wel een uitspraak worden gevraagd van de rechter, die het oordeel van de CGB kan meewegen. Zie voor de nadere organisatie van de CGB, artikel 11 tot en met 17 van de Algemene Wet Gelijke Behandeling van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230. (hierna "AWGB"). Zie ook *http://www.cgb.nl/artikel/algemene-wet-gelijke-behandeling-awgb*.

[1127] De bevolkingsgroep "woonwagenbewoners" kan volgens de CGB inderdaad worden gediscrimineerd op grond van ras. Een groep van personen die zich van generatie op generatie als woonwagenbewoners manifesteert en die zich beschouwt als een bevolkingsgroep met een van andere bevolkingroepen te onderscheiden cultuur kunnen volgens de CGB wel degelijk vallen onder het begrip "ras", zoals dit wordt vermeld in artikel 1, onderdeel b van de AWGB. Zie CGB Oordeel 2006-5, *http://cgb.nl/node/12916/volledig*, ov. 5.10.

[1128] CGB Oordeel 2006-5, *http://cgb.nl/node/12916/volledig*, ov. 5.21.

[1129] Zo wordt geoordeeld dat relatief veel onderzoek zou dienen te worden verricht bij elk verzoek van een woonwagenbewoner om in aanmerking te komen voor een inboedelverzekering. De verzekeraar zou een relatief kostbare risicoanalyse moeten verrichten om een premie voor het verzekeren van een woonwagen te kunnen vaststellen. Hiermee zou de door haar vooropgestelde bedrijfsfilosofie van "*operational excellence*" niet kunnen worden nagestreefd. (Een dergelijk beleid houdt in dat de door de verzekeraar aangeboden producten en de eraan verbonden premieberekening in de eerste plaats eenvoudig en gestandaardiseerd moeten zijn omdat er gewerkt wordt met "korte lijnen", deels via het internet.) Zie CGB Oordeel 2006-5, *http://cgb.nl/node/12916/volledig*, ov. 4.2.

[1130] CGB Oordeel 2006-5, *http://cgb.nl/node/12916/volledig*, ov. 5.29.

377. **Borstimplantaten.** Recent oordeelde de CGB over een transseksuele vrouw die zich door een Nederlandse zorgverzekeraar[1131] gediscrimineerd voelde op grond van haar geslacht.[1132] Deze verzekeraar weigert de kosten te vergoeden voor het plaatsen van een inwendige borstprothese in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw, terwijl zij nochtans wel de kosten vergoedt van een borstamputatie bij een geslachtsverandering van vrouw naar man. De CGB volgt het aangehaalde standpunt van het Hof van Justitie in de zaak *P* v. *S*[1133]*,* dat transseksualiteit wordt bestreken door het criterium geslacht.[1134] Volgens de CGB leidt het niet vergoeden van de kosten voor het plaatsen van een inwendige borstprothese niet tot een *direct* onderscheid op grond van geslacht, daar ook bij mannen soms inwendige borstprotheses worden geplaatst.[1135] Volgens de CGB kan er echter wel worden gesproken van indirect onderscheid op grond van geslacht jegens de verzoekster die een geslachtsverandering ondergaat van man naar vrouw.[1136]. De CGB stelt namelijk vast dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen transseksuelen die een geslachtsverandering ondergaan van man naar vrouw en transseksuelen die een geslachtverandering ondergaan van vrouw naar man. Bij de toepassing van de regeling worden volgens de CGB voornamelijk vrouwen getroffen omdat het plaatsen van inwendige borstprotheses, anders dan na gehele of gedeeltelijke amputatie ingeval van borstkanker, veel minder voorkomt bij mannen dan bij vrouwen. Het gemaakte onderscheid werd door de CGB wel gerechtvaardigd geacht, waardoor er geen discriminatie op grond van geslacht kon worden vastgesteld.[1137]

378. **Besluit.** Deze voorbeelden tonen duidelijk aan dat het verbod van indirecte discriminatie relevant is in verzekeringsrelaties. Ogenschijnlijk neutrale handelwijzen zoals het uitsluiten van het risico borstkanker, het niet-verzekeren van woonwagens, een hogere premie voor kostwinners, het rekening houden met beroepsklasse of het niet terugbetalen van de kosten van een borstprothese, kunnen in bepaalde gevallen worden omschreven als indirecte discriminatie.

[1131] De Nederlandse zorgverzekering of basisverzekering is een verplichte ziektekostenverzekering voor ingezetenen van Nederland. De zorgverzekering dekt noodzakelijke, op genezing gerichte, zorg. De nieuwste zorgverzekering is sinds 1 januari 2006 van kracht. De zogenaamde zorgverzekeringswet (Wet van 16 juni 2005, houdende regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking, *Stb.* 2005, 358) verplicht eenieder zich op grond van een privaatrechtelijke verzekering te verzekeren tegen de behoefte aan geneeskundige zorg. (zie artikel 2 van de Zorgverzekeringswet). Voor de verzekeraar geldt een acceptatieplicht. (zie artikel 3 van de Zorgverzekeringswet). De zorgverzekering wordt gezien als een geprivatiseerde vorm van sociale zekerheid of met andere woorden een "*een sociale verzekering, waarbij de verzekeringsrelatie echter een privaatrechtelijk karakter heeft*". Zie N. FRENK, "De zorgverzekeringswet: sociale zekerheid langs privaatrechtelijke weg", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008, afl. 3, 15, met verwijzing naar Kamerstukken II 2004/05, 29 763, nr. 3, 20-24.

[1132] CGB Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*.

[1133] H.v.J. 30 april 1996, *P/S en Cornwall County Council,* C-13/94, *Jur.* 1996, I-2143, ov. 20-21. Zie reeds *supra* nr. 95.

[1134] CGB Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*, ov. 3.17.

[1135] Dit gebeurt niet alleen na amputatie, bijvoorbeeld ingeval van borstkanker, maar ook om de "borstkast voller te maken en gespierder te laten lijken, aldus websites van plastisch chirurgische klinieken die een dergelijke behandeling aanbieden." CGB Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*, ov. 3.23.

[1136] CGB Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*, ov. 3.24.

[1137] Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*, 3.33.

§ 3. Belang van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie: mogelijkheid tot rechtvaardiging

379. **Gesloten rechtvaardigingssysteem voor directe discriminatie.** Het belang van het onderscheid tussen directe en indirecte geslachtsdiscriminatie ligt in het Europees anti-discriminatierecht vooral op het vlak van de mogelijkheid tot rechtvaardiging van discriminatie.[1138] Buiten het geval van nationaliteitsdiscriminatie[1139], wordt een rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie in de rechtspraak van het Hof van Justitie principieel niet aanvaard, tenzij het is vastgelegd in een wettelijke bepaling.[1140] Het betreft hier een zogenaamd "gesloten rechtvaardigingssysteem".[1141] Voor indirecte discriminatie wordt een rechtvaardigingsmogelijkheid volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie wél aanvaard, zonder dat hiervoor een wettelijke uitzonderingbepaling op het discriminatieverbod nodig is.[1142] Men noemt dit een "open rechtvaardigingssyteem".[1143] Dit principiële onderscheid tussen rechtvaardigingsmogelijkheden voor directe en indirecte discriminatie wordt ook teruggevonden in het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen. Voor wat betreft de domeinen waarop deze Richtlijnen van toepassing zijn, kan directe discriminatie enkel worden gerechtvaardigd indien hiertoe expliciet (en in meer beperkte termen) de mogelijkheid wordt voorzien.

Voor de discriminatiegrond ras is in een dergelijke rechtvaardigingsmogelijkheid principieel niet voorzien.[1144] Zoals hoger aangestipt, is voor de discriminatiegrond geslacht wel voorzien in een dergelijke mo-

---

[1138] B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief", *S.E.W.* april 1997, afl. 4, 133; J.M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 696; H. GILLIAMS, *l.c.*, 1362; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 165; C. BARNARD, "Gender equality in the EU: a balance sheet", *l.c.*, 239.

[1139] Zie reeds *supra* nr. 366, met verwijzing naar H.v.J. 26 september 1996, *Data Delecta/MSL Dynamics*, C-43/95, *Jur.* 1996, I-4661, ov. 18-20; H.v.J. 20 maart 1993, *Hayes/Kronenberger*, C-323/95, *Jur.* 1997, I-1711, ov. 24; H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637, ov. 27. Zie voorts J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 225-228. P.J.G., KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 135.

[1140] Zie J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het* gelijkheidsbeginsel, *o.c.*, 225. Zie bv. voor geslachtsdiscriminatie H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 12. Zie ook H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911, ov. 11-12; H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 29-30; H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn/Spezial-Gebaüdereinigung*, 171/88, *Jur.* 1989, 2757, ov. 12; H.v.J. 27 juni 1990, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Jur.* 1990, I-2591, ov. 15. Deze laatste zaken betroffen steeds gevallen waar rechtvaardiging wel werd voorzien voor indirecte discriminatie.

[1141] Zie J. H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 16-18; C. BAYART, o.c., 59-60.

[1142] H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911, ov. 11-12; H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 29-30; H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn/Spezial-Gebaüdereinigung*, 171/88, *Jur.* 1989, 2757, ov. 12; H.v.J. 27 juni 1990, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Jur.* 1990, I-2591, ov. 15.

[1143] Zie J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, o.c., 16-18; C. BAYART, *o.c.*, 59-60; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 5. Ter recapitulatie. Een open systeem van rechtvaardiging houdt in dat discriminatie enerzijds verboden is, maar dat er anderzijds enkel discriminatie is wanneer volgens het oordeel van de rechter geen verantwoording is gegeven voor het gemaakte onderscheid. Een *gesloten systeem* houdt daarentegen in dat onderscheid altijd verboden is, tenzij de wet in een specifieke uitzonderingsbepaling voorziet. (Zie reeds *supra* nr. 160. Zie voor verdere toelichting, *infra* nrs. 473-476).

[1144] Zie artikel 2, lid 2, a) van de Rasrichtlijn. Uitzondering op het principe is de rechtvaardiging van een verschil in behandeling op grond van ras, indien ras een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is. Zie artikel 4 van de Rasrichtlijn.

gelijkheid. De Genderrichtlijn bepaalt voor het domein van verzekeringsrelaties namelijk dat in gevallen waarin kan worden aangetoond dat het geslacht een *bepalende factor* is bij de beoordeling van het risico "*op basis van relevante en nauwkeurige en actuariële en statistische gegevens*", proportionele verschillen in premies en uitkeringen door de lidstaten *kunnen* worden toegestaan (*opt-out* clausule van de Genderrichtlijn).[1145] Verder voorzien de artikel 19-Richtlijnen voor directe discriminatie eveneens rechtvaardigingsmogelijkheden voor wezenlijke en bepalende beroepsvereisten en positieve acties.[1146]

380. **Afnemend belang van het onderscheid directe en indirecte discriminatie.** Ondanks de steun die het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie vindt in de rechtspraak van het Hof, heeft dit onderscheid toch ook al verschillende malen onder vuur gelegen. Zo merkte Advocaat-Generaal VAN GERVEN in zijn conclusie bij de zaak *Birds Eye Walls* (1993) op dat het feit dat het Hof tot dan toe enkel een rechtvaardiging had toegestaan voor *indirecte* discriminatie, niet betekende dat gevallen van *directe* discriminatie nooit objectief te rechtvaardigen zouden zijn.[1147] Volgens VAN GERVEN is het Hof van Justitie bij de definiëring van het discriminatiebegrip zelfs altijd in algemene termen naar de mogelijkheid tot rechtvaardiging van discriminatie blijven verwijzen.[1148] Van sommige gevallen is het vaak ook zeer moeilijk om te bepalen of het een direct, dan wel een indirect onderscheid betreft.[1149] Het zou volgens VAN GERVEN dan ook *arbitrair* zijn om de mogelijkheid tot rechtvaardiging afhankelijk te stellen van het direct of indirect karakter van het onderscheid.[1150]

Er dient hierbij te worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in haar latere rechtspraak verschillende keren heeft aangegeven rekening te willen houden met de mogelijkheid van een rechtvaardiging voor directe discriminatie.[1151]

[1145] Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Zie verder *infra* nrs. 487.

[1146] Zie artikel 4 en 5 van de Rasrichtlijn, artikel 4 en 7 van de Kaderrichtlijn Arbeid en artikel 6 van de Genderrichtlijn.

[1147] Advocaat-Generaal VAN GERVEN, Conclusie van 15 juli 1993 voor H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 12. Zie ook Advocaat-Generaal LENZ, conclusie van 14 juli 1993 voor H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993*,* I-5535, ov. 25-26 ; Zie nochtans *contra* Advocaat-Generaal ELMER, conclusie van 30 september 1997 voor H.v.J. 17 februari 1998, *Grant/South West Trains*, C-249/96, *Jur.* 1998, I-621, ov. 37-38.

[1148] "Inderdaad", zo schrijft VAN GERVEN, "conform vaste rechtspraak ligt een ongeoorloofde discriminatie slechts dan voor, wanneer "vergelijkbare situaties op verschillende wijzen behandel[d] en daardoor bepaalde betrokkenen in vergelijking met anderen benadeel[d worden], zonder dat dit onderscheid in behandeling door het bestaan van objectieve verschillen van een zeker gewicht wordt gerechtvaardigd" (met verwijzing naar o.m. H.v.J. 13 juli 1962, Klöckner-Werke/EGKS (17/61) en Hoesch/EGKS (20/61), gevoegde zaken 17/61 en 20/61, *Jur.* 1962, 643, 681 en 682; H.v.J. 13 november 1984, Racke/Hautpzollamt Mainz, 283/83, *Jur.* 1984, 3791, ov. 7.

[1149] Zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, Conclusie van 15 juli 1993 voor H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 13: ""*Redelijkerwijze kan men dus niet stellen dat het Hof de mogelijkheid tot rechtvaardiging van een discriminatie in het verleden tot gevallen van indirecte discriminatie heeft beperkt. Het lijkt me evenmin wenselijk dat het Hof zulks voor de toekomst zou doen, met name omdat directe en indirecte discriminaties niet altijd even duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn*."

[1150] Advocaat-Generaal VAN GERVEN, Conclusie van 15 juli 1993 voor H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 13. Zie ook D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Brussel, Bruylant, 2006, 158.

[1151] H.v.J. 28 september 1994, *Smith/Avdel Systems*, C-408/92, *Jur.* 1994, I-4435, ov. 28-30; H.v.J. 14 juli 1994, *Webb/EMO Air Cargo,* C-32/93, *Jur.* 1994, I-3567, ov. 27 en H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 61-64, waaruit blijkt dat de overwegingen omtrent de recht-

Verder zij er eveneens op gewezen dat het Hof in sommige gevallen van direct onderscheid, de rechtvaardigingstoets in een zogenaamde *vergelijkbaarheidstoets*[1152] schuift. De hindernis dat direct onderscheid niet kan worden gerechtvaardigd, wordt dan opgelost door een argumentatie te leveren omtrent de onvergelijkbaarheid van de gevallen.[1153] Een goed voorbeeld is de beoordeling van het Hof van Justitie in *Birds Eye Walls* zélf, waarbij een lager brugpensioen voor vrouwen werd goedgekeurd aan de hand van het oordeel dat de financiële situatie van mannen en vrouwen niet vergelijkbaar was.[1154] Vele auteurs wijzen er wel op dat met deze laatste techniek, waarbij aan de eigenlijke rechtvaardigingstoets niet wordt toegekomen, de deur wordt opengezet naar onvolwaardige of ongemotiveerde belangenafweging waarbij zelfs ruimte is voor het binnensluipen van vooroordelen.[1155] Het is daarom niet vreemd dat de mogelijkheid tot rechtvaardiging van directe discriminatie ruime steun heeft gekregen in de rechtsleer.[1156]

381. **Naar een herdefiniëring?** Het protest dat wordt gevoerd *tegen* de onmogelijkheid van rechtvaardiging voor directe discriminatie moet niet onder doen voor de *steun* die hieraan wordt verleend. Vele auteurs wijzen op het gevaar van een groot verlies aan bescherming voor de slachtoffers van directe geslachtsdiscriminatie in geval van rechtvaardiging van directe discriminatie.[1157]

Deze kritiek kan niet worden gevolgd in de mate dat zij zou gebaseerd zijn op de veronderstelling dat indirecte discriminatie minder verwerpelijk is dan directe discriminatie. Een dergelijke veronderstelling klinkt aannemelijk in de klassieke visie waarbij directe discriminatie (in tegenstelling tot indirecte dis-

---

vaardiging van discriminatie ook zouden gelden voor directe discriminatie. Zie ook C. BARNARD, "Gender equality in the EU: A balance sheet", *l.c.*, 242; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 166; J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*", *o.c.*, 226-227, voetnoot 23; E. ELLIS, *o.c.*, 111; P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 864. Zie recent ook de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Lindorfer*, waar de rechtvaardiging van directe discriminatie op basis van geslacht enkel door de Advocaten-Generaal als een issue werd opgeworpen maar door het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie zelfs niet in vraag werd gesteld, H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56.

[1152] Cf. *infra* nrs. 442 e.v.

[1153] C. COSTELLO en G. DAVIES, *l.c.*, 1580, P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 864; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 129; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.,* 163, voetnoot, 620; J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 61 en 225; K. LENAERTS, "gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht", *l.c.*, 55-56; C. BAYART, *o.c.*, 104; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 194. Deze laatsten merken op dat de vergelijkbaarheidstoets daardoor een zogenaamde "veiligheidsklepfunctie" vervult.

[1154] Zie H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 17-23. Zie ook H.v.J. 16 september 1999, *Abdoulaye/Régie Nationale des Usines Renault*, C-218/98, *Jur.* 1999, I-5723, ov. 20.

[1155] C. COSTELLO en G. DAVIES, *l.c.*, 1580; J.H. GERARDS, "*Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel", o.c.*, 61; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 127; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 92-93; J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 89; J. THEUNIS, *l.c.*, 143; K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-1993, 10.

[1156] J. BOWERS en E. MORAN, "Justification in direct sex discrimination law: breaking the taboo", *Industrial Law Journal* december 2002, afl. 4, 308; J. BOWERS, E. MORAN en S. HONEYBALL, "Justification in direct sex discrimination: a reply", *Industrial Law Journal* september 2003, afl. 3, 185-187.

[1157] T. GILL en K. MONAGHAN, "Justification in direct sex discrimination law: taboo upheld", *Industrial Law Journal* juni 2003, afl. 2, 120; C. BARNARD, "Gender equality in the EU: a balance sheet", *l.c.*, 242.

criminatie) wordt gezien als een vorm van onderscheid waarbij men de intentie heeft om nadeel te berokkenen aan de leden van een beschermde groep. Zoals hiervoor reeds duidelijk werd, is deze intentie voor de vaststelling van directe discriminatie nochtans niet relevant.[1158]

Op dit vlak kan de opinie worden gevolgd van DOYLE die de beleidsimplicaties schetst van het inzicht dat indirecte discriminatie niet ondergeschikt is aan directe discriminatie.[1159] Volgens hem vereist dit inzicht een aanpassing van de wettelijk vastgelegde definities waarbij thans enkel indirecte discriminatie en niet directe discriminatie wordt voorgesteld als rechtvaardigbaar. Volgens DOYLE kan een aanpassing er ofwel in bestaan om geen van beide vormen van discriminatie open te stellen voor een open rechtvaardigingsformule, ofwel om *zowel* indirecte *als* directe discriminatie rechtvaardigbaar te maken. DOYLE is de mening toegedaan dat de laatste benadering te verkiezen valt. Volgens hem zijn er namelijk weinig redenen om het verbod op discriminatie te beschouwen als een *absoluut* beginsel.[1160] Belangenafweging tussen de schade van het vermeende slachtoffer enerzijds en de legitieme doelstellingen van de vermeende discriminator anderzijds, is belangrijk voor alle vormen van discriminatie.

382. **Zuid-Afrika. Gelijke rechtvaardigbaarheid.** Het afbrokkelend belang van het onderscheid tussen de concepten directe en indirecte discriminatie is geen strikt Europees verschijnsel. Onder de huidige Zuid-Afrikaanse anti-discriminatiewetgeving heeft het onderscheid zelfs *nooit* een rol gespeeld op het vlak van rechtvaardigbaarheid. *Section* 14 van de voornoemde *PEPUDA*, dat het toetsingsmodel vastlegt voor de beoordeling van de *unfairness* van *prima facie* vastgestelde discriminatie, voorziet dat voor de vaststelling van directe en indirecte discriminatie (ongeacht de betrokken discriminatiegrond) hetzelfde toetsingsmodel wordt doorlopen.

383. **Canada. Oorspronkelijk onderscheiden behandeling van directe en indirecte discriminatie.** In Canada is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie wel lange tijd van belang geweest voor de rechtvaardigingstoets. Het is weliswaar zo dat zowel directe als indirecte discriminatie door de rechtspraak van het Supreme Court rechtvaardigbaar worden geacht. Voor directe en indirecte discriminatie heeft echter lange tijd een aparte beoordelingswijze bestaan. Toen het Canadese Supreme Court in de zaak *O'Malley* in 1985 (voor de eerste keer) een geval van indirecte discriminatie (*adverse effect discrimination*) vaststelde en meteen ook het verbod van een dergelijke vorm van discriminatie formuleerde, verbond het aan deze discriminatievorm een aparte beoordelingswijze. Deze beoordelingswijze verschilde van de toetsingsmethodiek die tot dan toe was ontwikkeld voor gevallen van directe discriminatie (*direct discrimination*) in horizontale (arbeids)relaties.

> De Canadese rechtspraak gaf aan werkgevers die bepaalde vermeend discriminatoire arbeidsvereisten oplegden aan hun werknemers, de mogelijkheid om aan te tonen dat het vereiste kon worden aangemerkt

[1158] Zie *supra* nr. 358.

[1159] Zie O. DOYLE, "Direct discrimination, indirect discrimination and autonomy", *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, afl. 3, 553.

[1160] Ibidem.

als een zogenaamde *Bona Fide Occupational Requirement* (BFOR).[1161] Deze zogenaamde BFOR-test werd in arbeidsrelaties geïntroduceerd in de zaak *Etobicoke*[1162] en nadien verder ontwikkeld in de rechtspraak van het Canadese Supreme Court.[1163] Het BFOR-vereiste komt erop neer dat een werkgever bewijs moet leveren dat een arbeidsvereiste voldoet aan een subjectief en een objectief element. Het subjectief element houdt in dat de werkgever aantoont dat het betwiste arbeidsvereiste door hem is opgelegd in "*good faith*" en niet is gecreëerd om de doelstellingen van de anti-discriminatiewetgeving te ondermijnen. Het objectieve element komt erop neer dat de werkgever aantoont dat het arbeidsvereiste "*reasonably necessary*" is voor het veilig en efficiënt uitvoeren van het werk en geen onredelijke last legt op degene op wie het vereiste van toepassing is. Indien de werkgever er in slaagt om het bewijs te leveren dat het opgelegde arbeidsvereiste wel degelijk een *Bona Fide Occupational Requirement* vormt, is er volgens de *Etobicoke*-test geen sprake van discriminatie. Indien de werkgever hier echter niet in slaagt, dient hij het betwiste arbeidsvereiste *stop te zetten*.

In tegenstelling tot de toets die het Canadese Supreme Court formuleerde voor gevallen van directe discriminatie, ontwikkelde het Hof in *O'Malley* een verschillende test voor gevallen van *adverse effect discrimination* en koppelde het ook verschillende gevolgen aan de feitelijke vaststelling van deze vorm van discriminatie.[1164] De persoon die indirecte discriminatie probeert aan te tonen dient eerst en vooral te bewijzen dat het betwiste arbeidsvereiste een discriminatoir effect heeft op een werknemer. Daarna verschuift de bewijslast naar de werkgever die dient aan te tonen dat er een "*rational connection*" bestaat tussen het arbeidsvereiste en de uitvoering van het werk. De BFOR-analyse voor directe discriminatie is niet van toepassing. In de plaats daarvan dient de werkgever te bewijzen dat er geen mogelijkheid is "*to accommodate the employee, short of undue hardship*." [1165]

[1161] Zie T. LEMMENS, *o.c.*, 260; T.LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 272.

[1162] Zie Supreme Court of Canada 9 februari 1982, *Ontario Human Rights Commission* v. *Borough of Etobicoke*, *Supreme Court Reports* 1982, afl.1, 202. In de *Etobicoke*-case werd de maximumleeftijd van 60 jaar voor brandweerpersoneel aangevochten op grond van het leeftijdsdiscriminatieverbod in de *Ontario Human Rights Code*.

[1163] Zie Supreme Court of Canada Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpson-Sears*, *Supreme Court Reports,* afl. 2, 536; Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Bhinder v. CN, Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 561; Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489, 518. Hierbij zal een werkgever het betwiste arbeidsvereiste moeilijk kunnen rechtvaardigen indien hij niet kan aantonen dat er "*reasonable alternatives*" waren, die aan de individuele bekwaamheden van het individu zouden tegemoet komen. Zie voor deze aanvulling vnl. Supreme Court of Canada 21 december 1989, *Saskatchewan Human Rights Commission* v. *Saskatoon (City)*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 2, 1297 (onder titel "Individualized testing"). Zie verder *infra* nr. 575 e.v.

[1164] T. LEMMENS, *o.c.*¸ 261.

[1165] Dit *accommodation*-criterium houdt in dat de werkgever dient aan te tonen dat in het specifieke geval van de werknemer die geraakt wordt door het betwiste arbeidsvereiste, niet mogelijk was om aangepaste maatregelen te nemen die het de werknemer zou toestaan om te voldoen aan zijn (religieuze) behoeften. Het *reasonable accomodation*-criterium werd voor het eerst omschreven in *O'Malley*-case, dat een zaak van (indirecte) discriminatie op grond van geloof betrof. In *Central Albarta Dairy Pool*, beschreef het Supreme Court dit criterium in detail. Om de (on)redelijkheid (*undue hardship*) van de te nemen aanpassingen te beoordelen kunnen volgende factoren in rekening worden gebracht: *financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities, magnitude of the risk and the identity of those who bear it where safety is at issue, the size of the employer's operation.* De vaststelling van *undue hardship* is volgens het Hof een kwestie van afweging van belangen en dient *case-by-case* te worden beoordeeld. Zie Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2*,* 520-521. Zie T. LEMMENS, *o.c.*¸ 262; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 273. Zie voor een verdere uitwerking, *infra* nr. 608.

Het grote verschil dat gold op het vlak van de toetsing van deze twee vormen van discriminatie is de manier waarop het arbeidsvereiste werd behandeld, vanaf het ogenblik dat het bestempeld werd als discriminatoir.[1166] Indien een arbeidsvereiste werd gezien als een vorm van directe discriminatie, kon het vereiste niet langer blijven bestaan en diende het dus te worden afgeschaft. Indien er daarentegen sprake was van een geval van indirecte discriminatie (*adverse effect discrimination),* bleef het arbeidsvereiste wel gelden, maar kon de werkgever worden verplicht tot het nemen van maatregelen tot *accommodation* van de individuele benadeelde.[1167]

384. **Canada. Kritiek op het onderscheid.** De onderscheiden behandeling die in de Canadese rechtspraak werd aangehouden tussen *direct discrimination* en *adverse effect discrimination* werd zowel in de literatuur[1168] als in enkele *dissenting opinions* voor het Supreme Court[1169] op de korrel genomen. De belangrijkste kritiek op een verschillende benadering van directe en indirecte discriminatie was dezelfde als degene die door Advocaat-Generaal VAN GERVEN werd gemaakt in zijn conclusie in de zaak *Birds Eye Walls*.[1170] Men oordeelde dat het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in de meeste gevallen erg moeilijk te maken is dat en het om die reden ook arbitrair is om twee verschillende rechtvaardigingsregimes toe te passen.[1171] Men waarschuwde ervoor dat rechters die een bepaalde handeling dienen te kwalificeren als directe of indirecte discriminatie, zich zouden kunnen laten leiden door het aan de discriminatievorm gebonden resultaat dat zij in een welbepaalde situatie het meest geschikt achten.[1172]

385. **Canada. Formulering van een uniforme toets.** Het Canadese Supreme Court is uiteindelijk niet blind gebleven voor de argumenten die het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie aan de kaak hebben gesteld en heeft met succes een einde gemaakt aan de volgens haar kunstmatige opsplitsing tussen beide vormen van discriminatie. Dit gebeurde in de spraakmakende zaak *Meiorin* van 1999. Het betrof een geschil waarbij een vrouwelijke brandbestrijdster de praktijk aankloeg waarbij zij aan dezelfde fitheidstesten werd onderworpen als haar mannelijke collega's, terwijl zij van oordeel was dat deze testen op de *mainstream* mannelijke standaard waren gebaseerd en het voor haar als vrouw bijna onmogelijk was om voor deze testen te slagen.

[1166] T. LEMMENS, *o.c.*, 262.

[1167] Zie T. LEMMENS, *o.c.*, 262; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 273. Zie voor een verdere toelichting, *infra* nr. 607.

[1168] Zie vooral S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *The Canadian Bar Review* 1996, afl. 75, 433-473 en A. MOLLOY, "Disability and the duty to accommodate", *Canadian Labour Law Journal* 1992, afl. 1, 23-45.

[1169] Zie bv. de *dissenting opinions* van rechters L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN in de zaak *Large v. Stratford (City)*, Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, *Large v. Stratford (City)*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 3, 733, ov. 55-56. Zie ook *Justice* DICKSON in de *Bhinder*-case, Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Bhinder v. CN, Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 561, ov. 16. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 264-265. Voor een verdere toelichting, Cf. *infra* nr. 610.

[1170] Advocaat-Generaal VAN GERVEN, Conclusie van 15 juli 1993 voor H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 13. Zie ook D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, *o.c.*, 158.

[1171] Zie S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *l.c.*, afl. 14, 447-448.

[1172] Vgl. S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *l.c.*, 454.

Het Supreme Court formuleerde in de zaak *Meiorin* uiteindelijk een nieuwe standaardtoets om gevallen van discriminatie te beoordelen. De inhoud van deze toets, die verder gedetailleerder wordt toegelicht, vormt een combinatie van de beoordelingselementen die daarvoor bestonden voor de vaststelling van directe en indirecte discriminatie.[1173] Hoewel de *Meiorin*-case een arbeidsgeschil betrof, is de in deze zaak ontwikkelde toets later op dezelde wijze toegepast in geschillen met betrekking tot het leveren van goederen en diensten.[1174] Men kan dan ook stellen dat het onderscheid tussen directe en indirecte discrimatie in Canada voor verzekeringsrelaties zonder belang is geworden. Verderop zal eveneens worden ingegaan op de mogelijke gevolgen van deze vernieuwde toets voor verzekeringsrelaties.[1175]

386. **Irrelevantie van het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie.** Het Canadese Supreme Court heeft in de zaak *Meiorin* ruim de moeite genomen om te motiveren waarom de onderscheiden beoordeling van directe en indirecte discriminatie volgens haar niet kon worden volgehouden. Volgens het Hof was de conventionele analyse, de *bifurcated test*, die voor directe en indirecte discriminatie een aparte beoordeling en sanctie voorzag, aanvankelijk erg nuttig in de interpretatie van de oorspronkelijke provinciale anti-discriminatiecodes. Het onderscheid droeg ertoe bij dat in de eerste plaats de benadelingen die voortsproten uit indirecte discriminatie werden *erkend* en op zich was het reeds een verwezenlijking dat er überhaupt een remedie tegen indirecte discriminatie bestond.[1176] Het Canadese Supreme Court erkent wel dat het verschil in beoordeling een weerspiegeling vormde van de "ogenschijnlijke" verschillen tussen directe en indirecte discriminatie.[1177] Toch acht het deze verschillen niet relevant genoeg om er een zodanig verschillend juridisch gevolg aan te koppelen. Het Hof stelt vast dat het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie op het moment van de uitspraak in grote mate artificieel was geworden.[1178] De verschillende beoordelingswijze en remedie die aan beide vormen van discriminatie verbonden zijn, zal de beoordelaar van het geschil volgens het Hof leiden naar een classificatie "*that fits the remedy".*[1179] De verschillende beoordelingswijze geeft ook de vermeende discriminator goede redenen om zijn differentiatiebeleid te verbergen in neutrale formuleringen.[1180] Het Hof laat zich in deze houding duidelijk inspireren door de eer-

---

[1173] Zie o.m. T. LEMMENS, *o.c.*, 266; C. SHEPPARD, "Of forest fires and systemic discrimination: A review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.", *l.c.*, 539-541; J.A. SEINER, *l.c.*¸127-128. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 275.

[1174] Supreme Court of Canada 16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 21-45 (*Grismer*); Supreme Court of Canada 23 maart 2007, *Council of Canadians with Disabilies* v. *VIA Rail Canada*, *Supreme Court Reports* 2007, 650, ov. 119 e.v. (*Via Rail*). Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 272-274. Zie verder *infra* nrs. 623 e.v.

[1175] Cf. *infra* nr. 629 e.v.

[1176] Supreme Court of Canada1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov.19.

[1177] Ibidem.

[1178] *Ibidem*, ov. 27.

[1179] *Ibidem*, ov. 28.

[1180] *Ibidem*, ov. 29.

der in de Canadese doctrine geformuleerde kritieken op de verschillende juridische behandeling van directe en indirecte discriminatie.[1181]

387. **"*Classification that fits the remedy*". Illustratie in verzekeringsrelaties.** De praktijk waarbij de feiten in een discriminatiegeschil door de rechter worden gekwalificeerd naar een classificatie "*that fits the remedy*", is zeer reëel in een systeem waarbij voor directe en indirecte discriminatie een aparte beoordeling wordt opgelegd. LOENEN wijst er in dit verband op dat in Nederland de rechters van de CGB vaak geneigd zijn om een vermeend discriminatoire handeling bewust als een vorm van indirecte discriminatie aan te merken, daar zij zichzelf op die manier ruimte geven om zo te kunnen komen tot een afweging van de in het geding zijnde belangen.[1182] Het hierboven geciteerde geval met betrekking tot de transseksueel die kloeg over het feit dat de zorgverzekeraar niet voorzag in een terugbetaling van borstimplantaten,[1183] is daar een goed voorbeeld van. Het was voor de Commissie erg makkelijk geweest om de terugbetalingsweigering te kwalificeren als een directe discriminatie op grond van geslacht (transseksualiteit wordt door het Hof van Justitie immers gelijkgesteld met geslacht). Een dergelijk direct onderscheid is onder de Nederlandse (net zoals in de Belgische) wetgeving echter niet rechtvaardigbaar. De commissie slaagt er echter in om via een eerder ingewikkelde constructie, het gemaakte onderscheid te construeren als een vorm van indirecte discriminatie. Daardoor werd het onderscheid wél rechtvaardigbaar en had de Commissie de handen vrij om de door haar wellicht noodzakelijk geachte belangenafweging toch te kunnen uitvoeren. Het onderscheid werd uiteindelijk ook niet bestempeld als discriminatie, hetgeen wel het geval was geweest indien het onderscheid onder de classificatie van direct onderscheid was gebracht.

Hierbij kan nog worden opgemerkt dat naast de rechter, ook de persoon die de betwiste handeling in het leven roept voor zichzelf een rechtvaardigingsmogelijkheid kan veilig stellen door zijn beleid te vermommen als een vorm van indirecte discriminatie. Voor het slachtoffer van discriminatie leidt dit tot de weinig bevredigende situatie waarbij hij/zij, afhankelijk van de manier waarop het onderscheid is geconstrueerd, meer of minder kans maakt om onderscheid met succes te kunnen aanvechten als discriminatoir.

388. **Besluit.** In tegenstelling tot hetgeen het geval is in Canada en Zuid-Afrika, blijft het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie voorlopig stand houden in het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen. Directe discriminatie blijft enkel rechtvaardigbaar in de strikte gevallen die door de Richtlijnen worden voorzien. Zolang de vrees blijft bestaan dat een open rechtvaardigingsformule voor directe en indirecte discriminatie kan leiden tot een afbouw van de bescherming tegen directe discriminatie[1184], zal de Europese wetgever ook niet snel geneigd zijn om hier verandering in te bren-

---

[1181] In de bijhorende overwegingen wordt letterlijk verwezen naar de hierboven genoemde bijdragen van S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *l.c.*, 433-473 en A. MOLLOY, "Disability and the duty to accommodate", *l.c.*, 23-45. Zie *supra* nr. 384.

[1182] Zie T. LOENEN, "Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspektief", *l.c.*, 795.

[1183] Cf. *supra* nr. 377, met verwijzing naar CGB Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*.

[1184] T. GILL en K. MONAGHAN, *l.c.*, 120; C. BARNARD, "Gender equality in the EU: a balance sheet", *l.c.*, 242.

gen.[1185] Hierbij kan echter worden opgemerkt dat de vrees voor een verminderde bescherming van directe discriminatie niet helemaal terecht is. Een rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie zorgt ervoor dat de rechter op basis van een volwaardige belangenafweging kan beoordelen of de betwiste handeling als discriminatoir moet worden aangemerkt. Zoals verder zal blijken kan een dergelijke belangenafweging ook zonder een rechtvaardigingsmogelijkheid plaatsvinden, maar dit zal noodzakelijk gebeuren in de beoordeling van de zogenaamde vergelijkbaarheidstoets[1186] of eventueel in de beoordeling van de vraag of er een causaal verband is tussen de betreffende discriminatiegrond en de ongelijke behandeling.[1187] Zoals reeds eerder opgemerkt lenen deze beoordelingsvormen zich echter niet tot een volwaardige belangenafweging, maar leiden ze integendeel tot het niet-geëxpliciteerd binnendringen van de persoonlijke voorkeuren of intuïties van de beoordelaar van het geschil. Door een open rechtvaardigingsformule te koppelen aan de beoordeling van directe discriminatie, wordt de beoordelaar daarentegen verplicht om het al dan niet gerechtvaardigd karakter te motiveren. Op die manier kunnen de partijen in het geschil komen tot een volwaardig debat omtrent de noodzakelijkheid van het gevoerde differentiatiebeleid en krijgen zij inzicht in de uiteindelijke motieven die de rechter ertoe leidde te beslissen tot het al dan niet bestaan van een discriminatoire behandeling.

§ 4. Besluit bij deze afdeling

389. **Het belang van het concept indirecte discriminatie.** Het concept indirecte discriminatie is oorspronkelijk ontstaan om ervoor te zorgen dat personen die drager zijn van een door het antidiscriminatierecht beschermd kenmerk en die worden benadeeld op grond van een ogenschijnlijk neutraal kenmerk, toch beroep konden doen op hun recht op gelijke behandeling. Daar ogenschijnlijk neutrale handelwijzes ook in verzekeringsrelaties kunnen leiden tot een benadeling van door het antidiscriminatierecht beschermde personen, moet de verzekeraar met het bestaan van dit verbod rekening houden. Daarnaast zal het segmenteringsbeleid van de verzekeraar zich voornamelijk uiten in gevallen waarbij direct gebruik wordt gemaakt van de beschermde criteria.

390. **Het belang van het onderscheid met directe discriminatie.** Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie is in het beschermingssysteem van de artikel 19-Richltijnen nog steeds van belang. Directe discriminatie kan enkel worden gerechtvaardigd wanneer daar binnen de strikte bewoordingen van de Richtlijnen ruimte voor wordt gelaten. Indirecte discriminatie is steeds rechtvaardigbaar op grond van een zogenaamde open rechtvaardigingsformule waarbij de verweerder in staat is om via het bewijs van een legitieme doelstelling aan te tonen waarom zijn handelwijze geen indirecte discriminatie uitmaakt. Daardoor krijgt de rechter enkel in gevallen die worden gekwalificeerd

[1185] De vrees voor een verminderde bescherming tegen directe discriminatie was in Canada overigens veel kleiner, daar directe discriminatie reeds rechtvaardigbaar wás op grond van een open rechtvaardigingsformule en men heeft getracht om de elementen van de rechtvaardigingstoets voor directe discriminatie te transponeren naar de beoordeling van indirecte discriminatie. Cf. *infra* nr. 610.

[1186] Zie daarvoor *infra* nrs. 443 e.v. en 815 e.v.

[1187] Zie daarvoor *infra* nrs. 412 e.v. en 791 e.v.

als *prima facie* vormen van indirecte discriminatie, de principiële mogelijkheid tot het uitvoeren van een belangenafweging. Deze situatie leidt echter tot gevallen waarbij artificieel wordt getracht om directe onderscheiden of *prima facie* gevallen van directe discriminatie te kwalificeren als een vorm van indirecte discriminatie. In andere gevallen wordt dan weer getracht de genoemde belangenafweging te verschuiven naar de vergelijkbaarheidstoets. De rechter behoudt dan de mogelijkheid om de bestreden handeling niet te beschouwen als discriminatie, door te bepalen dat er sprake is van een ongelijke behandeling van onvergelijkbare situaties. Deze mogelijkheid houdt echter het risico in dat de belangenafweging niet compleet kan worden uitgevoerd en opent in de beoordeling van de feiten bovendien de deur naar het binnensluipen van ongeëxpliciteerde waardeoordelen.

391. **De mogelijkheid tot volwaardige belangenafweging.** Advocaat-Generaal VAN GERVEN uitte op de verschillende rechtvaardigbaarheid voor directe en indirecte discriminatie de kritiek dat directe en indirecte discriminatie niet altijd even duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn. Hij kwalificeerde de onderscheiden behandeling tussen de twee discriminatievormen dan ook als arbitrair. Net dezelfde kritiek leidde in de Canadese rechtspraak tot het opheffen van de verschillende toetsingsmethodiek die daarvóór werd toegepast voor gevallen van *adverse effect discrimination* en *direct discrimination*. In de bestaande Zuid-Afrikaanse anti-discriminatiewetgeving heeft het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie zelfs nooit een rol gespeeld voor de gerechtvaardigdheidsbeoordeling. De vraag rijst dan ook hoelang het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in het Europees-rechtelijke beschermingssyteem nog zal worden volgehouden. Voor de toetsing van het segmenteringsbeleid van de verzekeraar is deze vraag van zeer groot belang. Verzekering is het domein bij uitstek waar van oudsher onderscheiden worden gemaakt tussen personen die vandaag door het anti-discriminatierecht worden beschermd. Zowel verzekerde als verzekeraar hebben er belang bij dat er in de aflijning van de grenzen van het segmenteringsbeleid en het recht op gelijke behandeling, op openlijke wijze aan belangenafweging kan worden gedaan.

Voor directe discriminatie, blijft het voorlopig enkel in situaties die buiten het toepassingsgebied van de artikel 19-richtlijnen vallen, mogelijk om op een meer expliciete wijze aan belangenafweging te doen. Binnen het toepassingsgebied van deze artikel 19-Richtlijnen, ligt het zwaartepunt van de beoordelingsvrijheid van de rechter zoals gezegd op een andere plaats. Het betreft de fase van het beoordelingsproces die hierboven werd beschreven als de zogenaamde toetsingsingang.[1188] In deze fase moet worden nagegaan of de *eiser* die een benadeling of onderscheiden behandeling voor de rechter brengt *"eigenlijk wel recht van klagen heeft".*[1189] Het zwaartepunt van een dergelijke beoordeling kan worden gesitueerd op twee verschillende vlakken. Aan de ene kant dient te worden nagegaan of er sprake is van een benadeling van de klager op grond van één van de beschermde kenmerken.[1190] Aan de andere kant moet worden beoordeeld of de klager zich in vergelijkbare omstan-

[1188] Cf. *supra* nr. 366. Zie ook *infra* nrs. 790 e.v.

[1189] J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 73.

[1190] Zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 5.

digheden bevindt als de referentiepersoon ten opzichte van wie hij zich benadeeld voelt.[1191] De manier waarop deze twee (constitutitieve bestanddelen) kunnen worden beoordeeld wordt verder uiteengezet in de volgende afdeling.

[1191] Ibidem.

AFDELING 4. BENADELING EN VERGELIJKBAARHEID

392. **Overzicht.** In het Europees anti-discriminatierecht wordt zoals bekend een onderscheiden betekenis toegekend aan de concepten van directe en indirecte discriminatie. Toch blijkt uit de definities van zowel directe als indirecte discriminatie dat in beide van deze discriminatievormen een aantal met elkaar overeenstemmende elementen moeten kunnen worden vastgesteld om te kunnen spreken van discriminatie. Het betreft meerbepaald het vereiste van een zekere vorm van *benadeling* waaraan het slachtoffer van de vermeende discriminatie is blootgesteld en eveneens een vorm van *vergelijkbaarheid* van de situatie van het vermeende slachtoffer met de situatie van andere personen die niet benadeeld zijn door de betwiste handeling.

Onder deze afdeling zal in een eerste paragraaf worden toegelicht waar de concepten van benadeling en vergelijkbaarheid kunnen worden teruggevonden in de definitie van directe en indirecte discriminatie. Ook wordt nagegaan op welke manier een model waarin benadeling en vergelijkbaarheid samengaan, zich verhoudt met andere rechtsstelsels waar een grotere nadruk ligt op zogenaamde materiële gelijkheid.

In een tweede paragraaf wordt aandacht besteed aan de vorm die het benadelingsvereiste aanneemt in het vaststellen van directe en indirecte discriminatie. Daarbij wordt voor directe discriminatie stil gestaan bij het zogenaamde causaliteitsvereiste tussen het beschermde kenmerk en de benadeling of de ongelijke behandeling. Voor indirecte discriminatie geldt een bijzondere benadelingstoets, die wordt verkend aan de hand van een aantal concrete bewijsmethoden.

In een derde paragraaf wordt tenslotte stil gestaan bij het zogenaamde vergelijkbaarheidsvereiste en de functie die dit vereiste krijgt binnen het verbod van directe en indirecte discriminatie. Onder deze paragraaf wordt ook nagegaan in welke mate het vergelijkbaarheidsvereiste in een meer materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel plaats zou kunnen maken voor een alternatief beoordelingsmodel.

§ 1. Benadeling en vergelijkbaarheid in de definiëring van directe en indirecte discriminatie

393. **Plaats in de definitie van discriminatie en verhouding met materiële gelijkheid.** Hieronder worden de concepten benadeling en vergelijkbaarheid kort toegelicht aan de hand van de plaats die ze in de artikel 19-Richtlijnen krijgen onder de definitie van directe en indirecte discriminatie (zie respectievelijk punt A en punt B). Daarna wordt nagegaan op welke manier deze artikel 19-Richtlijnen tegemoet komen aan de concepten van formele én materiële gelijkheid. Hierbij wordt aandacht besteed aan de manier waarop het Europees anti-discriminatierecht zich op dit vlak verhoudt met een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel, waar de nadruk niet ligt op de vergelijkbaarheid van de verschillende categorieën, maar wel op het verschil ertussen (zie daarvoor punt C).

A. Directe discriminatie

394. **Definitie.** Directe discriminatie wordt in de artikel 19-Richtlijnen omschreven als de situatie waarbij iemand op grond van [een bepaald geslacht, ras of een bepaalde etnische afstamming of met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid] *ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld*.[1192] Deze formule, die voor het eerst voorkwam in de Rasrichtlijn is naast overname in de Kaderrichtlijn en de Genderrichtlijn ook gebruikt in Richtlijn 2002/73/EG[1193] en in de Genderrichtlijn arbeid (2006/54/EG).[1194]

De definitie van directe discriminatie omvat een aantal essentiële elementen in verband met vergelijkbaarheid en benadeling.

395. **Oorzakelijk verband.** Om van directe discriminatie te kunnen spreken, moet er sprake zijn van een ongunstige behandeling (benadeling) op grond van een verboden discriminatiegrond. Hierbij dient er tussen het beschermde criterium en de benadeling sprake te zijn van een oorzakelijk verband. Dit wil zeggen dat de oorzaak of de reden voor de benadeling moet liggen in één van de beschermde criteria.

396. **Referentiepersoon.** Er kan verder maar sprake zijn van directe discriminatie wanneer het slachtoffer van de vermeende discriminatie benadeeld wordt ten opzichte van een andere persoon in een vergelijkbare situatie die echter geen drager is van de beschermde discriminatiegrond in kwestie. Deze referentiepersoon kan naast een actuele persoon ook een historische of zelfs een hypothetische persoon zijn.[1195]

B. Indirecte discriminatie

397. **Definitie.** Indirecte discriminatie wordt op zijn beurt omschreven als de situatie waarbij een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen van [een bepaald geslacht, ras of een bepaalde etnische aftamming of met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid] in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelswijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor

---

[1192] Zie artikel artikel 2, lid 2, sub a) van de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, sub a) van de Genderrichtlijn. Zie ook artikel 2, lid 2, sub a) van het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid.

[1193] Zie artikel 2 van Richtlijn 2002/73/EG.

[1194] Zie artikel 2(a) van de Genderrichtlijn arbeid.

[1195] Zie voor de typische karakteristieken van directe discriminatie waarrond deze indeling is opgebouwd, M. BELL, "Direct discrimination" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 196. In het nationale recht van veel lidstaten wordt vaak nog een vierde karakteristiek toegevoegd. Dit is het gegeven dat de rechtvaardiging van directe discriminatie enkel mogelijk is door middel van specifieke en gelimiteerde wettelijke uitzonderingen en niet via een zogenaamde "open rechtvaardigingsformule" waar de rechter kan oordelen of het onderscheid objectief en redelijk is. Daar directe discriminatie in België buiten het toepassingsgebied van de artikel 19-Richtlijnen steeds rechtvaardigbaar is aan de hand van een open rechtvaardigingsformule, wordt de rechtvaardiging van directe discriminatie pas in een later stadium besproken. Zie *infra* nrs. 550 e.v.

het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.[1196] Deze definitie wordt naast de artikel 19-Richtlijnen eveneens toegepast in Richtlijn 2002/73/EG[1197] en in de Genderrichtlijn arbeid.[1198]

398. **Gevolgen of effect van de maatregel.** In tegenstelling tot de definitie van directe discriminatie waar nog een *oorzakelijk verband* tussen het beschermde kenmerk en de ongelijke behandeling dient te worden vastgesteld, wordt met betrekking tot het concept indirecte discriminatie door de artikel 19-Richtlijnen de nadruk gelegd op de *gevolgen* of het *effect* van de ongelijke behandeling op basis van een ogenschijnlijk neutraal criterium.[1199] De oorzaak van de ongelijke behandeling is niet ver te zoeken. Zij ligt in het gebruik van het ogenschijnlijk neutraal criterium en de nadruk ligt op het onderzoek of het gebruik van dat criterium tot *gevolg* kon hebben dat de beschermde groep bijzonder benadeeld werd.[1200] Voor het aantonen van indirecte discriminatie is het dan ook niet nuttig om een causaal verband te kunnen identificeren tussen het beschermde kenmerk en de ongelijke behandeling. Men moet niet kunnen aantonen dat een ongelijke behandeling gebaseerd is op het geslacht, de leeftijd, de handicap, enz.

399. **Bijzonder nadeel.** In plaats daarvan dient te worden aangetoond dat een welbepaalde maatregel, ondanks het feit dat zij niet rechtreeks gebaseerd is op een beschermd kenmerk, toch bijzondere nadelen oplevert voor de dragers van dit beschermd kenmerk.

400. **Vergelijkbaarheid.** In tegenstelling tot hetgeen het geval was in de omschrijving van *directe* discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen, wordt in de definitie van *indirecte* discriminatie niet letterlijk vereist dat de persoon die zich ongunstig behandeld voelt zich in een vergelijkbare situatie dient te bevinden ten opzichte van andere personen. Zoals verderop zal worden aangetoond, kan het voor de vaststelling van indirecte discriminatie wel nodig zijn om een bevoordeelde en een benadeelde groep aan te duiden die los van het beschermde kenmerk waarvan ze drager zijn met elkaar te vergelijken zijn.[1201] In die zin kan de vergelijkbaarheidstoets toch nog een rol spelen.

C. Formele en materiële gelijkheid

401. ***Comparability* model: formele gelijkheid.** Naar het samengaan van de vereisten van vergelijkbaarheid en benadeling als voorwaarde voor het vaststellen van discriminatie wordt soms verwezen als het zogenaamde "*comparability model*": de vaststelling van discriminatie vereist een vergelijking tussen de behandeling van de persoon waartegen gediscrimineerd wordt en een andere bestaande

[1196] Artikel 2, lid 2, sub b) van de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, sub b) van de Genderrichtlijn. Zie ook artikel 2, lid 2, sub a) van het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid.

[1197] Zie artikel 2 van Richtlijn 2002/73/EG.

[1198] Zie artikel 2(b) van de Genderrichtlijn arbeid.

[1199] Cf. *supra* nr. 369.

[1200] C. BAYART, *o.c.*, 110.

[1201] J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 248-250; C. BAYART, *o.c.*, 149-150; beiden met verwijzing naar H.v.J. 14 september 1999, *Gruber/Silhouette International Schmied*, C-249/97, *Jur.* 1999, I-5295, ov. 27; zie ook H.v.J. 21 oktober 1999, *Lewen/Lothar Denda*, C-333/97, *Jur.* 1999, I-7243, ov. 34-36. Zie verder *infra* nr. 446.

of eventueel hypothetische persoon met een verschillende status (zoals een ander geslacht, ras, leeftijdsgroep, enz…).[1202] In het *comparability model* zit impliciet begrepen dat de benadeelden in een bepaalde situatie de voordelen moeten kunnen genieten die de bevoordeelden genieten maar enkel in die mate dat deze personen ook *vergelijkbaar* zijn. Indien in de vaststelling van discriminatie een essentiële rol wordt toegekend aan de vergelijkbaarheid van de situatie waarin de bevoordeelde en de benadeelde partij zich bevinden, bekomt men wellicht een zekere consistentie in de behandeling zélf, maar wordt niet gevraagd naar de inhoud van de behandeling. In dit model wordt weinig of geen rekening gehouden met het feit dat de behoeften van de benadeelde partij vaak verschillend zijn van die van de bevoordeelden.[1203]

Neem in dit verband het voorbeeld van een visueel gehandicapte persoon die een motorrijtuigenverzekering wil afsluiten. De visuele handicap zal er in veel gevallen voor zorgen dat deze persoon een groter risico vormt voor de verzekeraar omdat bijvoorbeeld niet is aangetoond dat deze handicap hem in staat stelt om op dezelfde veilige wijze aan het wegverkeer te kunnen deelnemen als personen zonder visuele handicap. Een aangepaste risicobeoordeling die rekening houdt met eventuele hulpmiddelen die de verzekerde ter beschikking staan om wél op een veilige manier te kunnen deelnemen aan het wegverkeer, zou de verzekeraar in staat kunnen stellen om deze persoon tegen gelijke voorwaarden te verzekeren als niet-visueel gehandicapte personen. Nochtans bevindt deze verzekerde zich niet in een vergelijkbare situatie als anderen. In een stikt formeel model van gelijkheid zou hij het verbod van discriminatie dan ook niet kunnen aangrijpen om een motorrijtuigenverzekering af te dwingen.

402. **Verbod van formele discriminatie.** Door de nadruk die in de definities van directe en indirecte discriminatie wordt gelegd op de vergelijkbaarheid van de benadeelde partij met een eventuele bevoordeelde referentiepersoon, lijken de artikel 19-Richtlijnen enkel *formele* discriminatie of het ongelijk behandelen van vergelijkbare gevallen[1204] te verbieden.[1205] Een jongere persoon, een man, een gehandicapte,… mag niet ongelijk/ongunstig worden behandeld ten opzichte van resp. een oudere persoon, een vrouw, een niet-gehandicapte in vergelijkbare omstandigheden: "*Likes shoud be treated alike*" oftewel het eerste gedeelte van de Arisotelische gelijkheidsformule. Discriminatie kan worden vastgesteld wanneer er sprake is van een ongelijke behandeling van personen die verschillen wat betreft het beschermde kenmerk, maar voor het overige vergelijkbaar zijn.[1206] Naar een verbod van *ma-*

[1202] N. REES, K. LINDSAY en S. RICE, *Australian anti-discrimination law: text, cases and materials,* Annandale, The Federation Press, 2008, 357.

[1203] O. M. ARNARDÓTTIR, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Den Haag-Londen-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 23.

[1204] C. BAYART, *o.c.*, 90; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 124; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.* 82.

[1205] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 306; C. BAYART, *o.c.*, 90

[1206] De vergelijkbaarheid moet inderdaad worden beoordeeld door eerst abstractie te maken van alle verschillen die onlosmakelijk verbonden zijn met het beschermde kenmerk, M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, 251; C. BAYART, *o.c.*, 105.

teriële discriminatie, personen die zich in *onvergelijkbare* situaties bevinden mogen niet gelijk worden behandeld (het tweede gedeelte van de aristotelische gelijkheidsformule)[1207] wordt in de definitie van directe discriminatie echter niet verwezen. Het wordt niet expliciet verboden om een jongere persoon of een man, die zich ten opzichte van een oudere persoon, resp. een vrouw in onvergelijkbare omstandigheden bevindt, gelijk te behandelen. Er bestaat op het eerste gezicht dus geen plicht om een jongere persoon of een man verschillend (lees gunstiger)[1208] te behandelen ten opzichte van een oudere persoon, resp. een vrouw in onvergelijkbare omstandigheden.

403. **Ook een verbod van materiële discriminatie?** Toch kan er aan worden getwijfeld of de Europese wetgever heeft bedoeld om het verbod op gelijke behandeling van ongelijke gevallen (materiële discriminatie) volledig buiten de werkingssfeer van de artikel 19-Richtlijnen te laten vallen.[1209] Het is immers vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat er sprake is van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regels worden toegepast op verschillende situaties.[1210] Hoewel deze formulering in zijn geheel vaak wordt gezien als een uiting van het formele gelijkheidsmodel op zich, daar steeds een vergelijkbaarheidsonderzoek dient te gebeuren[1211], is het gelijkheidsconcept van de artikel 19-Richtlijnen toch niet strikt formeel. Het feit dat de artikel 19-Richtlijnen expliciet voorzien in de mogelijkheid van positieve actie, een verbod van indirecte discriminatie en een verplichting tot redelijke aanpassingen voor gehandicapten, wordt geïnterpreteerd als een illustratie van een moderne conceptie van het anti-discriminatierecht die ook het bereiken van materiële gelijkheid in het vaandel voert.[1212]

[1207] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 306.

[1208] Een plicht tot *ongunstiger* behandeling kan in ieder geval niet worden gelezen in de artikel 19-Richtlijnen, daar de klager in principe geen nadeel loopt door het feit dat iemand gunstiger of even gunstig wordt behandeld. Cf. *infra* nr. 408 i.v.m. het benadelingsvereiste.

[1209] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 305.

[1210] H.v.J. 13 februari 1996, *Gillespie/Northern Health and Social Services Boards*, C-342/93, *Jur.* 1996, I-475, ov. 16; H.v.J. 14 februari 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt/Roland Schumacker*, C-279/93, *Jur.* 1995, I-225, ov. 30; H.v.J. 30 juni 1988, *Brown/Rentokil*, C-394/96, *Jur.* 1998, I-4185, ov. 30; H.v.J. 27 oktober 1998, *Boyle/Equal Opportunities Commission*, C-411/96, *Jur.* 1998, I-6401, ov. 39; H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello/België*, C-148/02, *Jur.* 2003, I-11613, ov.31; H.v.J. 17 juli 1997, *The Queen / Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte, National Farmers' Union*, C-354/94, *Jur.* 1997, I-4559, ov. 61; H.v.J. 29 juni 1995 *SCAC/Associazione dei Produttori Ortofrutticoli*, C-56/94, *Jur.* 1995, I-1769, ov. 27; H.v.J. 18 mei 1994, *Codorníu/Raad*, C-309/89, I-1853, ov. 26; H.v.J. 2 oktober 1997, *Kording/Senator für Finanzen*, C-100/95, *Jur.* 1997, I-5289, ov. 14. Zie ook T. LOENEN, "Towards a common standard of achievement? Developments in international equality law" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), *Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere*, Lansdowne, Juta Law, 2002, 211.

[1211] Zie bv. M. DE VOS, "Positieve discriminatie en positieve actie in het Europese en Belgische discriminatierecht", *l.c.*, 301.

[1212] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 304-305.; J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *Nederlands Juristenblad* 2001, afl. 21, 988. Vgl. C. BARNARD en B. HEPPLE, "Substantive Equality", *Cambridge Law Journal* November 2000, afl. 59(3), 584.

Het streven naar materiële gelijkheid via de ongelijke (lees aangepaste) behandeling van ongelijke gevallen, blijkt ook zeer duidelijk uit de rechtspraak van het EHRM.[1213] Het feit dat in de hoofddefinitie van discriminatie enkel wordt verwezen naar een benadeling van personen die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden wordt door sommigen dan ook gezien als een "slordigheid".[1214]

Ter ondersteuning van de stelling dat in het discriminatieverbod van de de artikel 19-Richtlijnen ook een verbod van materiële discriminatie is begrepen, kan beroep worden gedaan op de volgende argumenten. Zoals hierboven reeds aangegeven, is in de definiëring van het concept "directe discriminatie" gekozen voor een benadelingstoets waarbij de eiser moet aantonen dat hij door een maatregel daadwerkelijk benadeeld is ten opzichte van een andere persoon. In de rechtsleer wordt opgemerkt dat het in die omstandigheid eigenlijk niet relevant is of die benadeling voortvloeit uit een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen.[1215] Voorts wordt geargumenteerd dat een persoon die een gelijke behandeling doorvoert van onvergelijkbare gevallen, zich eveneens schuldig maakt aan een ongelijke behandeling. Het gaat dan om een ongelijkheid in *resultaat,* die wordt veroorzaakt doordat men als gevolg van een onaangepaste behandeling onvoldoende rekening houdt met feitelijk bestaande verschillen tussen groepen of personen.[1216] Op basis van deze argumenten zou kunnen worden verdedigd dat het concept materiële discriminatie niet afwezig is in de definiëring van het concept directe discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen. Net zoals een verbod van ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, kan er op die manier ook een verbod van gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen in worden gelezen.

404. **Invloed van het benadelingsvereiste.** *Indien* men in het discriminatieverbod van de artikel 19-Richtlijnen ook een verbod van materiële discriminatie wil lezen, moet men voor ogen houden dat er pas sprake kan zijn van discriminatie in de zin van de Richtlijnen, indien er een *ongunstiger* behandeling op grond van het beschermde kenmerk voorligt. In het geval van een persoon (eiser) die een zelfde behandeling verkreeg als een persoon die niet met hem te vergelijken valt, kan maar effectief

---

[1213] Zie EHRM 6 april 2000, Thlimmenos v. Greece, nr. 34369/97,§44: "The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification (see the Inze judgment cited above, p. 18, § 41). However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different." (Zie ook EHRM 18 januari 2001, Chapman v. United Kingdom, nr. 27238/95, §129.) Zie hierover J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", l.c., 988; E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, "L'aménagement raisonnable pour motif religieux - un concept issu d'Amérique du Nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe?" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), Actuele topics discriminatierecht, Brugge, Die Keure, 2010, 372; K. HENRARD, "De concepten redelijke aanpassingen, indirecte discriminatie en proportionaliteit" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), De nieuwe federale antidiscriminatiewetten, Brugge, Die Keure, 2008, 275.

[1214] B. KOOPMAN, "De bijzondere inkadering van de algemene kaderrichtlijn", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2001, afl. 5, 128.

[1215] J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 229. Zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 82;

[1216] J. H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 12.

worden gesproken van discriminatie in de zin van de artikel 19-Richtlijnen indien de eiser ook *benadeeld* wordt door de gelijke behandeling waar hij het voorwerp van is. Een bevoordeling van één categorie van personen staat daarbij niet noodzakelijk gelijk aan een benadeling van anderen.

Een toepassing van dit benadelingsvereiste op verzekeringsrelaties kan dit verduidelijken. Een verzekeraar maakt in principe onderscheid tussen goede en minder goede risico's. Goede risico's krijgen goede verzekeringsvoorwaarden (bv. in de vorm van een lagere premie). Minder goede risico's krijgen minder goede verzekeringsvoorwaarden (bv. in de vorm van een hogere premie). Neem de hypothese van WAM-verzekering, waarbij jongeren gemiddeld een hoger risico vormen en ouderen een lager risico. Stel nu dat een verzekeraar beslist om ouderen en jongeren tegen *dezelfde* voorwaarden te verzekeren. De ouderen zouden dan kunnen beweren dat er een gelijke behandeling voorligt van ongelijke gevallen, die door het anti-discriminatierecht moet worden bestreden.[1217] Op dit punt komt echter het benadelingsvereiste in beeld. Indien al kan worden aangenomen dat jongeren onvergelijkbaar zijn met ouderen doordat zij een hoger risico vormen[1218], dan worden deze jongeren door de gelijke verzekeringsvoorwaarden bevoordeeld. Daarmee is echter niet gezegd dat de oudere die zich gediscrimineerd voelt, ook wordt benadeeld. Het kan misschien wel zijn dat door het mechanisme van subsidiërende solidariteit dat hier bewust door de verzekeraar werd gecreëerd,[1219] de groep van ouderen bijdragen aan de groep van jongeren waardoor *de groep* van ouderen benadeeld wordt.[1220] Evenwel, daarmee is er nog geen bewijs dat de *individuele klager* óók benadeeld is. Het kan namelijk zijn dat aan deze individuele persoon, aan de hand van andere, meer precieze parameters (zoal de bonus-malusgraad, of een groot aantal kilometers per jaar), een risiconiveau valt toe te schrijven dat vergelijkbaar is met dat van de gemiddelde jongere. Bijgevolg zal het bewijs van benadeling in gevallen van gelijke verzekeringsvoorwaarden voor zogenaamde onvergelijkbare risico's zeer moeilijk kunnen worden geleverd, waardoor discriminatie slechts in zeldzame gevallen zal kunnen worden vastgesteld.[1221]

[1217] Zie in deze zin, J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 93.

[1218] Hetgeen niet met zekerheid zal worden vastgesteld. De onvergelijkbaarheid kan immers enkel worden beoordeeld aan de hand van elementen die *los staan* van het beschermde kenmerk, *in casu* leeftijd. Het is daarom niet zeker of de rechter zal kunnen worden overtuigd dat personen met een verschillend risico niet vergelijkbaar zijn. Het verhoogde risico staat immers niet volledig los van de leeftijd. Indien de rechter hier al van kan worden overtuigd, zal hij niet altijd willen besluiten tot een onvergelijkbaarheid, daar hij daarvoor dient uit te maken of de factor leeftijd een pertinent (en noodzakelijk) onderscheidingscriterium is, hetgeen hij zal willen uitstellen tot de rechtvaardigingsbeoordeling. Zie in dezelfde zin, J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 88-89. Zie voor een nadere uitwerking van deze aspecten van de vergelijkbaarheidsanalyse, *infra* nrs. 815 e.v., meerbepaald nrs. 822 e.v.

[1219] Cf. *supra* nr. 266 e.v.

[1220] Zie in dit verband opnieuw J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 95-96, die –"paradoxaal genoeg"- van mening is dat een plicht tot ongelijke behandeling van ongelijke risico's *steeds* zal impliceren dat goede risico's en slechte risico's ongelijk worden behandeld. Deze mening kan niet worden onderschreven, daar zij geen rekening houdt met het hierbij beschreven benadelingsaspect en bovendien te snel uitgaat van een onvergelijkbaarheid van ouderen en jongeren, mannen en vrouwen, gehandicapten en niet-gehandicapten, enz…

[1221] Zie verder ook DUBUISSON, die van mening is dat een regel die zou inhouden dat goede risico's steeds aanspraak zouden kunnen maken op een betere behandeling als minder goede risico's, iedere vorm van subsidiëren-

De nadruk op het benadelingsvereiste, in zaken die als materiële discriminatie kunnen worden gekwalificeerd, wordt geïllustreerd door de rechtspraak inzake loondiscriminatie van het Hof van Jusitie. In het loondiscriminatierecht geldt het *credo* dat mannen en vrouwen recht hebben op een gelijk loon voor gelijkwaardige arbeid.[1222] Nochtans blijk uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat een werknemer die werk van hogere waarde verricht, niet kan vragen om beter betaald te worden dan zijn of haar collega die werk van lagere waarde verricht.[1223] Er bestaat met andere woorden geen recht op een evenredig loon voor verschillend werk.[1224] De werknemer kan zich enkel verzetten tegen het loonverschil. Dit houdt in dat het verbod om onvergelijkbare gevallen gelijk te behandelen enkel kan leiden tot een gelijk loon en niet tot een hoger loon. De reden hiervoor ligt precies in het feit dat men een persoon die voor werk van een hogere waarde hetzelfde loon krijgt als een persoon die minderwaardig werk verricht, niet *benadeeld* acht.

405. **Formele opname van de vergelijkbaarheidstoets. Vergelijking met Canada en Zuid-Afrika.** Zoals verder zal worden toegelicht, verhindert de nadruk op het benadelingsvereiste in de definiëring van discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen niet dat de vergelijkbaarheidstoets een bepaalde rol blijft spelen.[1225] Vergelijkbaarheid komt nu eenmaal letterlijk voor in de uniforme definities van directe en indirecte discriminatie. Dit in tegenstelling tot andere rechtsstelsels waar de vergelijkbaarheid van een bevoordeelde en een benadeelde partij uit de definiëring van discriminatie wordt geweerd en waar veel meer de nadruk wordt gelegd op het benadelingsaspect van discriminatie.

Zo beschouwt het Canadese Supreme Court, direct discrimination in de zaak O'Malley als een behandeling die "on its face discriminates on a prohibited ground". Adverse effect discrimination wordt beschouwd als een behandeling "which is on its face neutral and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground […]".[1226] Naar vergelijkbaarheid wordt niet verwezen. De nadruk ligt daarentegen op het feit dat de behandeling waarvan men beweert slachtoffer te zijn (de benadeling), gebaseerd is op een beschermde grond of een discriminatoir effect heeft op personen die drager zijn van een beschermd kenmerk.

Ook in de Zuid-Afrikaanse *PEPUDA* ontbreekt een verwijzing naar de vergelijkbaarheid van een bevoordeelde en benadeelde partij. Discriminatie omvat iedere

---

de solidariteit onmogelijk zou maken. Subsidiërende solidariteit zal er immers per definitie op neerkomen dat een goed risico op een gelijke wijze wordt behandeld als een minder goed risico. DUBUISSON twijfelt er dan ook aan om het standpunt van VELAERS over te nemen. Zie B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248. Deze laatstse positie kan worden onderschreven.

[1222] Cf. *supra* nrs. 52 e.v.

[1223] H.v.J. 4 februari 1988, Murphy*/An Bord Telecom Eireann*, 157/86, *Jur.* 1988, I-673, ov. 9, waar het Hof stelt : "*Het beginsel dat zich ertegen verzet, dat aan werknemers van een bepaald geslacht die arbeid verrichten van gelijke waarde als die welke door werknemers van het andere geslacht wordt verricht, op grond van hun geslacht een lager loon wordt betaald, verzet zich evenwel a fortiori tegen een dergelijk loonverschil, wanneer de minst betaalde categorie werknemers arbeid van een een hogere waarde verricht.*" (eigen onderstreping)

[1224] Zie C. BAYART, *o.c.*, 90-91, die weliswaar niet van mening is dat het concept van materiële discriminatie in de definities van de artikel 19-Richtlijnen kan worden ingelezen. Zie C. BAYART, *o.c.*, 92.

[1225] Cf. *infra* nrs. 442 e.v.

[1226] Supreme Court of Canada 17 december 1995, Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears, Supreme Court Reports, afl. 2, 536.

"act or omission […] which directly or indirectly imposes burdens, obligations or disadvantage [or]

witholds benefits, opportunities or advantages from any person on one or more of the prohibited grounds."[1227]

Met deze definitie wordt uiting gegeven aan de wil om het gelijkheidsbeginsel op een materiële wijze in te vullen, waarbij eerder gefocust wordt op "*outcomes*" en "*impact*" dan op gelijke behandeling.[1228] Ook hier ligt de nadruk voornamelijk op de benadeling en op de vraag of deze benadeling is terug te voeren op één van de beschermde discriminatiegronden. Deze zienswijze is duidelijk geïnspireerd door de rechtspraak van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof, waar het erkende dat het door de Grondwet nagestreefde concept van *substantive equality* niet noodzakelijk zal worden bereikt door een gelijke behandeling van gelijke gevallen.[1229]

Het concept van formele discriminatie moet dus plaatsmaken voor of aangevuld worden met een concept van materiële discriminatie dat o.m. helpt tegemoet komen aan de nood van ongelijke of gunstiger behandeling van achtergestelde groepen. Deze ongelijke behandeling mag niet alleen maar toelaatbaar zijn, maar wordt eenvoudigweg essentieel geacht voor de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel.[1230]

406. ***Comparability mode* vs. *Difference model.*** In stelsels waar in de definitie van discriminatie niet meer verwezen wordt naar het vergelijkbaarheidsvereiste wordt het makkelijker om een materiële invulling te geven van het gelijkheidsbeginsel. De nadruk ligt *niet* meer op de vergelijkbaarheid van verschillende categorieën, maar *wel* op het verschil ertussen.[1231] Men vraagt geen gelijke behandeling van de benadeelde en bevoordeelde partij. Men is daarentegen op zoek naar een "aangepaste behandeling" van de benadeelde partij. Op die manier kan materiële gelijkheid of "*substantive equality*" worden bereikt. Dit wordt op treffende wijze vertolkt door het Canadese Supreme Court in de zaak *Law* v. *Canada*.

[1227] Zie artikel 1, lid 1, *viii* van de *PEPUDA*.

[1228] S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, "South-Africa's new equality legislation – A tool for advancing women's socio-economic equality?", in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere, Lansdowne, Juta Law, 2002, 90-91, O. DUPPER, "Justifying unfair discrimination: the development of a 'general fairness defence' in South African (labour) law" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere, Lansdowne, Juta Law, 2002, 172 Een dergelijke houding ligt eveneens ten grondslag aan de zogenaamde equality clause in section 9 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet en de interpretatie ervan door het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof. Zie bv. T. DEANE en R. BRIJMOHANLALL, "The Constitutional Court's approach to equality", Codicillus 2003, afl. XLIV (2), 94.

[1229] Zie Justice GOLDSTONE in Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo, nr.11/96, South African Law Reports 1997, afl. 4, 1, ov. 41: "We need, therefore, to develop a concept of unfair discrimination which recognises that although a society which affords each human being equal treatment on the basis of equal worth and freedom is our goal, we cannot achieve that goal by insisting upon identical treatment in all circumstances before that goal is achieved."

[1230] Zie bv. H. COMBRICK, "Testing the boundaries: women's equality in South-Africa" in J. VANDE LANOTTE, J. SARKIN en Y. HAECK (eds.), *The principle of equality - A South-African and a Belgian perspective*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 230.

[1231] C. BARCLAY, *l.c.*, 168.

> *"Differential treatment, in a substantive sense",* zo verklaart Justice IACOBUCCI voor de meerderheid*, "can be brought about either by a formal legislative distinction, or by a failure to take into account the underlying differences between individuals in society."*[1232]

Men spreekt in dit geval niet langer van het "*comparability model*" of "*formal model*" maar wel van het "*difference model*" of het "*substantive model*".[1233] Gehandicapte personen, zwangere vrouwen, alsook andere minderheden in de maatschappij krijgen ondanks hun verschillen met meer geprivilegieerde groepen in de maatschappij, de kans om op een gelijkwaardige basis te kunnen deelnemen aan de arbeidsmarkt of het goederen- en dienstenverkeer. In die zin begrepen is het gelijkheidsbeginsel eerder gericht op inclusie van deze minderheidsgroepen en is het gekant tegen de uitsluiting van deze groepen wanneer deze zich in een niet-vergelijkbare positie bevinden.[1234] Ook het Hof van Justitie heeft in het verleden reeds blijk gegeven van een dergelijke benadering. Dit gebeurde met name in haar vroege rechtspraak met betrekking tot loondiscriminatie op grond van zwangerschap, alwaar het vereiste van een mannelijke referentiepersoon (*male comparator*) waarmee de positie van een zwangere werkneemster zou moeten worden vergeleken, werd weggelaten ten voordele van een benadelingsvereiste.[1235] "*The European Court of Justice*", zo schrijft SCHIEK daarover, "*has thus overcome the traditional Aristotelian approacht to equality, according to which equal treatment only is deserved by equals, a tautological position which does not harmonise with a substantive approach to equality*".[1236] Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het Hof in latere zwangerschapszaken heeft getracht om via een onvergelijkbaarheidsoordelen toch een soort van rechtvaardiging te formuleren van een zwangerschapsafhankelijke vergoedingsregeling.[1237]

407. **Het streven naar materiële gelijkheid door de artikel 19-Richtlijnen.** Ondanks het feit dat de vergelijkbaarheidstoets nog een zekere rol speelt in de beoordeling van directe en indirecte discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen, is het van belang op te merken dat de Europese antidiscriminatiewetgeving, naast de aandacht voor het hierboven toegelichte benadelingsvereiste, ook op andere wijzen streeft naar een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel. Naast de toelaatbaarheid van positieve actie en het verbod van indirecte discriminatie[1238], is dit zichtbaar in het feit

---

[1232] Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, ov. 25.

[1233] O.M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 24.

[1234] T. LOENEN, "Towards a common standard of achievement? Developments in international equality law", *o.c.*, 211.

[1235] H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 12 en 17.

[1236] Zie D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 307.

[1237] Zie bv. H.v.J. 13 februari 1996, *Gillespie/Northern Health and Social Services Boards*, C-342/93, *Jur.* 1996, I-475, ov. 16-17; H.v.J. 27 oktober 1998, *Boyle/Equal Opportunities Commission*, C-411/96, *Jur.* 1998, I-6401, ov. 39-42. Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 101-102; M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, nr. 11.

[1238] M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", *l.c.*, 252; C. BARNARD en B. HEPPLE, *l.c.*, p. 584, nr. 11; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 158.

dat de artikel 19-Richtlijnen het mogelijk maken om een ongelijke behandeling aan te tonen ten opzichte van een hypothetische referentiepersoon[1239], in het algemeen verbod van discriminatie op grond van zwangerschap,[1240] en in de verplichting tot redelijke aanpassingen voor gehandicapten.[1241] De verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap is zowel in de Kaderrichtlijn arbeid, als in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid opgenomen. Zoals verder zal worden toegelicht, is deze verplichting tot redelijke aanpassingen in een strikte lezing van de Richtlijnen wel nog beperkt tot de discriminatiegrond handicap. In Canada en Zuid-Afrika is deze verplichting opengetrokken naar alle bestaande discriminatiegronden.[1242]

Besloten kan worden dat in de artikel 19-Richtlijnen reeds een aantal elementen aanwezig zijn om te kunnen spreken van een streven naar materiële gelijkheid, maar waar in tegenstelling tot andere jurisdicties, nog onduidelijkheid heerst over de manier waarop het benadelingsvereiste kan samengaan met het vergelijkbaarheidsvereiste. In de hiernavolgende paragrafen zal worden getracht meer duidelijkheid te verkrijgen omtrent de invulling van deze concepten en de rol die zij spelen in verzekeringsrelaties.

§ 2. Invulling van het benadelingsvereiste

A. Benadeling en (on)gelijke behandeling

408. **Benadeling.** Er kan pas sprake zijn van discriminatie wanneer wordt vastgesteld dat een persoon ongunstiger wordt behandeld of benadeeld dan een ander in een vergelijkbare situatie. Indien een ongelijke behandeling voor de partijen die met elkaar worden vergeleken even gunstig uitvalt, kan er geen sprake zijn van discriminatie.[1243] Het feit dat ongelijke behandelingen die niet nadelig zijn schijnbaar geoorloofd blijven, wordt door sommige auteurs bekritiseerd omdat het een risico op segregatie inhoudt.[1244] Dit appelleert aan de zogenaamde *seperate but equal*-doctrine[1245] die in de Verenigde Staten apartheid mogelijk heeft gemaakt en dit onder het motto “gescheiden behandeling van

---

[1239] M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?, *l.c.*, p. 253, nr. 12.

[1240] Zie C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 149, voetnoot 29. Zie voor een bespreking van deze uitzondering, *infra* nr. 524.

[1241] J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *l.c.*, 989; C. BARNARD en B. HEPPLE, *l.c.*, 584; M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?, *l.c.*, p. 248, nr. 6; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 158. Zie voor een bespreking van de Europese verplichting tot redelijke aanpassingen voor gehandicapten, *infra* nrs. 700 e.v.

[1242] Zie *infra* nrs. 739 e.v.

[1243] D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 89;

[1244] M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans”, *l.c.*, 248-249

[1245] Zie de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in de zaak *Plessy* v. *Ferguson*, United States Supreme Court 18 april 1996, *Plessy* v. *Ferguson*, 136 *U.S.* 537, waarin werd bepaald dat de Amerikaanse *Equal Protection* Clause niet wordt geschonden wanneer er sprake is van aparte, maar gelijkwaardige voorzieningen voor Afro-Amerikanen en blanken. Voor een commentaar, zie J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 399.

gelijke waarde".[1246] Indien in de definitie van discriminatie enkel was verwezen naar een verschil in behandeling, was het conceptueel duidelijk geweest dat ook segregatie onder het verbod op discriminatie valt. Toch kan worden omgemerkt dat het nochtans nooit de bedoeling van de Europese wetgever kan geweest zijn om deze doctrine terug binnen te halen, zeker nu deze theorie door het Amerikaanse Supreme Court reeds lang verlaten werd[1247].[1248]

409. **Een verbod van ongelijke behandeling.** Verder rijst de vraag of het geëxpliciteerde benadelingsvereiste in de Europese Richtlijnen tevens inhoudt dat een *ongelijke behandeling* moet worden vastgesteld om van discriminatie te kunnen spreken. De tekst van de Richtlijnen spreekt namelijk niet van ongelijke behandeling, maar wel van een ongunstige behandeling of benadeling. Moet men enkel benadeeld zijn door een bepaalde regeling, of dient men ook aan te tonen dat men *ten opzichte van iemand anders* benadeeld is doordat men niet op dezelfde manier werd behandeld?

Het antwoord blijkt reeds uit de tekst van de Richtlijnen. Er is sprake van directe discriminatie wanneer iemand ongunstig"*er"* behandeld is "*dan een ander*" (definitie van directe discriminatie). Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een persoon *in vergelijking* met een andere persoon bijzonder wordt benadeeld (definitie van indirecte discriminatie). Een "*ongelijke*" behandeling dient dus wel degelijk te worden aangetoond. Ook de Europese Commissie volgt deze interpretatie, door in de toelichting bij het oorspronkelijk voorstel voor de Kaderrichtlijn arbeid te verwijzen naar directe discriminatie als een "*verschil in behandeling* op grond van een specifiek kenmerk".[1249] Hoger werd wel gesuggereerd dat door het opnemen van het benadelingsvereiste in de tekst van de Richtlijnen (en door niet letterlijk te verwijzen naar het concept ongelijke behandeling), ook een verbod van *gelijke behandeling* van ongelijke gevallen in de Richtlijnen kan gelezen worden. Zoals aangetoond houdt het benadelingsvereiste wel in dat op dit verbod van gelijke behandeling van ongelijke gevallen enkel kan beroep worden gedaan indien deze benadeling geleid heeft tot een ongunstiger situatie.[1250]

410. **(Hypothetische) Referentiepersoon.** Een ongunstiger behandeling of benadeling ten opzichte van een andere persoon veronderstelt de aanwezigheid van een ander persoon (in vergelijkbare omstandigheden). Omdat het niet altijd even makkelijk is om "een ander" te vinden die zich in een vergelijkbare situatie bevindt, laat de definitie van directe discriminatie de mogelijkheid om een zogenaamde *hypothetische* referentiepersoon in aanmerking te nemen. Er is sprake van directe discriminatie indien iemand op grond van een beschermde discriminatiegrond ongunstiger behandeld wordt dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of *zou worden* behandeld. Ook in de definitie van indirecte discriminatie wordt de zoektocht naar een vergelijkbare referentiepersoon vereenvoudigd. Van

---

[1246] M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, 246-247; C. BAYART, *o.c.*, 88; M. CONNOLLY, *Discrimination law,* London, Sweet and Maxwell, 2006, 90.

[1247] Zie United States Supreme Court 17 mei 1954, *Brown v. Board of* Education, 347 *U.S.* 483.

[1248] J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *l.c.*, 988; J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 400-401.

[1249] Zie C. BAYART, *o.c.*, 87, met verwijzing naar COM (1999) 565, 8.

[1250] Cf. *supra* nrs. 403-404.

indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze *would put persons at a particular disadvantage*.[1251]

Deze vergelijking met een *hypothetische referentiepersoon* is opmerkelijk daar het Hof van Justitie voor wat betreft gevallen van directe discriminatie inzake beloning tussen mannen en vrouwen een dergelijke vergelijking tot nog toe niet had aanvaard.[1252] Nu de mogelijkheid om een hypothetische referentiepersoon te gebruiken wordt bevestigd, is het niet nodig om een bestaande referentiepersoon aan te duiden. Het volstaat om te wijzen op de loutere *mogelijkheid* van een betere behandeling van een persoon die geen drager is van de beschermde discriminatiegrond in kwestie.[1253] In de rechtsleer wordt de bevestiging van deze mogelijkheid toegejuicht als een middel ter verhoging van de efficiëntie van het discriminatierecht.[1254] Andere rechtsleer vindt de invoering van de mogelijkheid om een hypothetische referentiepersoon te gebruiken zelfs niet ver genoeg gaan.[1255] Het blijft immers nog altijd nodig *om* een referentiepersoon aan te duiden, ook al is die hypothetisch.[1256] Dit bv. in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Dekker*, waar het vereiste van een "*male comparator*" om discriminatie te kunnen vaststellen ten opzichte van vrouwen (oorspronkelijk) werd afgestreden.[1257]

> Ondanks het feit dat de mogelijkheid van het gebruik van een hypothetische referentiepersoon leidt tot een verhoogde bescherming tegen discriminatie, weerklinken ook kritische geluiden die erop wijzen dat een verbod op een zogenaamde *theoretische discriminatie* wordt ingevoerd. Een dergelijk verbod wordt onwenselijk geacht omdat het zou inhouden dat zelfs discriminaties die zich zouden *kunnen* voordoen,

---

[1251] Zie ook de Franse tekst van de Richtlijnen: une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes (tekst van de Genderrichtlijn) of une pratique apperemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage. (tekst van de Rasrtichtlijn en de Kaderrichtlijn). Zie verder de Duitste tekst: "in besonderer Weise benachteiligen können". Zie ook M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in arbeidsverhoudingen", o.c., 76; L. WADDINGTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives", l.c., 592; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", l.c., 215. Een verbod van potentiële of indirecte theoretische indirecte discriminatie blijkt niet uit de Nederlandstalige versie. Van indirecte discriminatie is volgend de Nederlandse versie sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling personen in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt.

[1252] H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthys/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, ov. 14-15; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Rusell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 103; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 90 en 164; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 129; C. BAYART, *o.c.*, 94-96; S. FREDMAN, European Community Discrimination Law: A Critique, *l.c.*, 119.

[1253] E. HOLZLEITNER, "Mainstreaming equality: dis/entangling grounds of discrimination", *Transnational Law & Contemporary Problems* 2004-2005, afl. 14, 934.

[1254] C. BAYART, *o.c.*, 96-97; L. WADDINGTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing european union equality directives", *l.c.*, 592;

[1255] Zie bv. D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *European Law Journal* Juni 2002, afl. 2, 306.

[1256] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 306.

[1257] H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 12 en 17. Zie daarna echter H.v.J. 13 februari 1996, *Gillespie/Northern Health and Social Services Boards*, C-342/93, *Jur.* 1996, I-475, ov. 16-17 en H.v.J. 27 oktober 1998, *Boyle/Equal Opportunities Commission*, C-411/96, *Jur.* 1998, I-6401, ov. 39-42, waar wel een (on)vergelijkbaarheidsoordeel werd gemaakt tussen zwangere werkneemsters en mannelijke werknemers in onvergelijkbare omstandigheden.

onder het discriminatieverbod vallen.[1258] Een dergelijke interpretatie wordt door de Europese wetgever nochtans verworpen. Zo heeft de Europese Commissie naar aanleiding van de uitvaardiging van de Rasrichtlijn duidelijk gemaakt dat de uitdrukking "zou worden behandeld" enkel slaat op het element van vergelijkbaarheid en niet op de discriminatie zelf.[1259] Het gaat er niet om discriminaties te verbieden die zich zouden kunnen voordoen, maar wel om de bescherming te verhogen van benadeelden die niet in staat zijn om een actuele of historische referentiepersoon aan te duiden.

411. **Nadruk in de benadelingstoets op causaliteit en vergelijkbaarheid.** Als besluit kan worden gesteld dat in de formulering van het benadelingsvereiste in de definitie van directe en indirecte discriminatie nog steeds een verbod kan worden gelezen van ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen en gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen. De benadeling houdt ook steeds een vergelijking in met een persoon in een vergelijkbare situatie. Deze persoon kan een hypothetische referentiepersoon zijn. Uit de definities van directe en indirecte discriminatie van de artikel 19-Richtlijnen volgt eveneens dat een ongelijke of gelijke behandeling slechts kan worden bestempeld als discriminatoir wanneer zij gebaseerd is op één van de beschermde kenmerken. Dit blijkt vooral uit de definitie van directe discriminatie die stelt dat er voor de vaststelling van discrimatie moet vaststaan dat iemand *op grond van* één van de beschermde kenmerken werd benadeeld. Men spreekt over een zogenaamd causaliteitsbegrip, dat verwijst naar een oorzakelijk verband tussen het beschermde kenmerk en de benadeling. Dit causaliteitsbegrip vormt het voorwerp van het volgende punt B. De vaststelling van vergelijkbaarheid tussen de benadeelde en de referentiepersoon wordt later behandeld onder §3.

B. Het causaliteitsbegrip binnen het verbod van directe discriminatie

1. Functie van het begrip

412. **Vaststellen van causaliteit.** Het causaal of oorzakelijk verband tussen het beschermde kenmerk en de ongunstige behandeling waarvan men beweert slachtoffer te zijn, wordt geduid als het causaliteitsvereiste binnen het discriminatieverbod. Deze vereiste heeft een belangrijke functie. Het zorgt ervoor dat niet iedere handeling wordt bestempeld als discriminatoir op basis van de loutere vaststelling dat de eiser in een geschil behoort tot een beschermde groep en beweert nadeel te hebben geleden. Hierdoor wordt belet dat personen die deel uitmaken van een beschermde groep, systematisch discriminatieclaims zouden kunnen instellen tegen iedere onderneming waar zij zich door benadeeld voelen, zonder dat deze benadeling of ongelijke behandeling gebaseerd is op het beschermde criterium. Door het integreren van het causaliteitsvereiste in de definitie van discriminatie, zorgt men ervoor dat discriminatie maar kan worden vastgesteld wanneer een persoon (ongeacht de intenties van

[1258] M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", *l.c.*, nr. 12 en naar analogie nr. 22.

[1259] C. BAYART, *o.c.*, 97, met verwijzing naar Resultaat besprekingen van de Groep Sociale Vraagstukken van de Raad betreffende Voorstel voor een richtlijn houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (docnr. 6942/00 SOC 103 JAI 26, 31 maart 2000, 11, zie http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/00/st06/06942nl0.pdf). De Commissie reageerde hiermee op een reactie van de Duitse en Finse delegatie in de Raad, die zich hadden uitgesproken voor het schrappen van de frase "zou worden behandeld" omdat zij het niet wenselijk achtte te verwijzen naar een hypothetische situatie.

de verweerder)[1260] wordt benadeeld *omdat* hij/zij drager is van het beschermde kenmerk (of verondersteld is er drager van te zijn of ermee geassocieerd wordt.)[1261] Onder punt (2) zal worden nagegaan op welke manier een dergelijke beoordeling kan plaatsvinden.

413. **Weerleggen van causaliteit.** Indien er maar sprake is van discriminatie wanneer een persoon wordt benadeeld omwille van het feit dat hij drager is van het beschermde kenmerk, geldt omgekeerd ook dat er *geen* sprake is van discriminatie, wanneer kan worden aangetoond dat een persoon *niet* benadeeld wordt omwille van het beschermde kenmerk. De weerlegging van de causaliteit vormt dan ook een belangrijk verweermiddel. Het belang ervan kan niet worden onderschat, gezien de hierboven reeds besproken beperkingen die in de artikel 19-Richtlijnen worden gesteld aan de rechtvaardigingsmogelijkheden voor directe discriminatie. In tegenstelling tot indirecte discriminatie, kan directe discriminatie enkel worden gerechtvaardigd onder de wettelijke uitzonderingen die door de artikel 19-Richtlijnen worden voorzien.[1262]

Het feit dat een discriminatieclaim kan weerlegd worden aan de hand van een negatief bewijs van causaliteit, is een belangrijk gegeven voor de verzekeraar. Ook voor verzekeringsondernemingen geldt dat directe onderscheiden die vallen onder het toepassingsgebied van de artikel 19-Richtlijnen, principieel niet kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van een legitiem doel, waarbij aangetoond wordt dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Via het bewijs dat er geen causaal verband bestaat tussen de verboden discriminatiegrond en de ongelijke behandeling of benadeling, kan toch een soort van “rechtvaardiging” (in ruime zin) worden gegeven voor de betwiste behandeling. Onder punt (3) zal in algemene termen worden nagegaan onder welke voorwaarden een weerlegging van deze causaliteit mogelijk is.

2. Vaststellen van causaliteit

414. **Openlijk v. niet openlijk gebruik van de discriminatiegrond.** Het bewijs van causaliteit zal eenvoudig kunnen worden vastgesteld wanneer openlijk gebruik wordt gemaakt van een beschermde discriminatiegrond. In verzekeringsrelaties zal via een eenvoudige blik op het tariefplan, of mits het uitvoeren van een simulatie kunnen worden nagegaan of er een verschil in behandeling bestaat naargelang men aangeeft man of vrouw te zijn (schuldsaldoverzekering), ouder of jonger te zijn dan 26 jaar (WAM-verzekering), enz…. Moeilijker wordt het wanneer het gebruik van een bepaalde differentiatiegrond niet openlijk wordt kenbaar gemaakt. Denk daarbij aan het geval waarbij men aangeeft aan een bepaalde voorafbestaande ziekte of handicap te lijden, maar waarbij niet kan worden uitgemaakt of en in welke mate deze omstandigheid uiteindelijk een effect heeft op de te betalen premie. In de Europese rechtspraak en rechtsleer worden voor dergelijke gevallen van niet-openlijk gebruik

[1260] Zoals hierboven reeds werd beklemtoond, kan de intentie van de verweerder geen middel vormen voor de weerlegging van een discriminatieclaim. Zie *supra* nrs. 358-359.

[1261] In verband met de bescherming tegen discriminatie door associatie of discriminatie op grond van veronderstelde kenmerken, zie *infra* nr. 459.

[1262] Zie voor een bespreking *infra* nrs. 319 e.v.

van de beschermde gronden een aantal methodes gesuggereerd op grond waarvan toch een relatie kan worden vastgesteld tussen de benadeling en het beschermde kenmerk, zonder dat daarbij overigens een onderzoek moet worden gevoerd naar de eigenlijke intenties van de verweerder. Een eerste techniek betreft de zogenaamde patroonmethode. De tweede techniek staat bekend als de *but-for* test.

415. **Patroonmethode.** De patroonmethode, zoals die wordt gebruikt in een aantal belangrijke loondiscriminatiezaken voor het Hof van Justitie[1263], komt erop neer dat het slachtoffer probeert een bepaald patroon aan te tonen dat kan worden gevonden in statistieken of andere feiten en dat wijst op een systematische benadeling van een bepaalde groep.[1264] Deze bewijsmethode werd als dusdanig overgenomen in de Belgische anti-discriminatiewetgeving waar gesteld wordt dat gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een beschermd criterium, een vermoeden van discriminatie kunnen vestigen.[1265] Verderop zal aan de hand van een voorbeeld worden duidelijk gemaakt hoe deze patroonmethode kan worden aangewend in verzekeringsrelaties.[1266]

416. ***But-for* test.** In de zogenaamde *but-for* test wordt teruggevallen op de de klassieke *conditio sine qua non*-leer. Daarbij wordt nagegaan of een bepaalde gebeurtenis ook zou hebben plaatsgevonden indien één van de mogelijke oorzaken weggenomen wordt.[1267] De *conditio sine qua non*-toepassing komt goed tot uiting in het gebruik van de zogeheten *but for- test* zoals zij wordt toegepast in de Britse rechtspraak. Deze test komt erop neer dat men zich afvraagt of "*the defendant would have treated the claimant so but for the protected ground*".[1268] De ongelijke behandeling kan worden gekwalifi-

---

[1263] H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199, ov. 13; H.v.J. 27 oktober 1993 ; *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 18 ; H.v.J. 31 mei 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri* (*Royal Copenhagen*), C-400/93, *Jur.* 1995, I-1275, ov. 26.

[1264] Zie voor deze terminologie, C. BAYART, *o.c.*, 334.

[1265] Zie telkens §2, 1° van Artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet. Zie ook Verslag Libert, *l.c.*, 75. Onder dergelijke gegevens kan volgens de Belgische wet o.m. worden verstaan, los van elkaar staande meldingen die werden gedaan bij het Centrum voor Gelijke Kansen en Racismebestrijding, het Instituut voor gelijkheid van vrouwen en mannnen of een van de andere erkende belangenverenigingen gedane meldingen.

[1266] Cf. *infra* nrs. 793-794.

[1267] E. ELLIS, "The definition of discrimination in European Communtiy sex equality law", *l.c.*, 565-566; M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", *l.c.*, 249, met verwijzing naar conclusie van Advocaat-Generaal LENZ in H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 25. Vgl. C. BAYART en C. DEITEREN, "Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras- en Kaderrichtlijn", *l.c.*, 55-56 met verwijzing naar H.v.J. 1 april 2008, *Tadao Maruko/Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 73. Zie voor een bespreking van deze zaak in het kader van de vaststelling van directe discriminatie in verzekeringsrelaties, *infra* nr. 797.

[1268] Zie M. CONNOLLY, "Discriminatory motive and the *but for* test: the proper approach to direct discrimination in Britain and the United States", *International Journal of discrimination and the law* 2007, afl. 9, 39, met verwijzing naar House of Lords 23 februari 1998, *R. v. Birmingham City Council, ex parte Equal Opportunities Commission*, *Industrial Relations Law Reports* 1989, 173: "*There is discrimination within the meaning of* […] *the Sex Discrimination Act if there is less favourable treatment on the ground of sex, in other words if the relevant girl or girls would have received the same treatment as the boys but for their sex. The intention or motive of the defendant to discriminate is not a necessary condition to liability*" ; House of Lords 14 juni 1990, *James* v. *Eastleigh Borough Council* , *Weekly Law Reports* 1990, afl. 3, 55: "*Since the plaintiff would have received the same treatment as his wife but for*

ceerd als directe discriminatie, indien zij niet zou hebben bestaan zonder het beschermde kenmerk van de betrokkene.[1269] Anders geformuleerd komt deze test erop neer dat men nagaat of de eiser de verweerder nog steeds op dezelfde manier zou hebben behandeld indien hij *geen* drager was van de beschermde discriminatiegrond. Hiertoe volstaat het dat bewijs wordt aangebracht waaruit blijkt dat een vergelijkbare referentiepersoon, die zich met uitzondering van het beschermde kenmerk in vergelijkbare omstandigheden bevindt als de benadeelde, een betere behandeling geniet.

Men kan in de *but-for* test een parallel zien met de zogenaamde eliminatiemethode[1270], die gebaseerd is op de zogenaamde LENZ-formule[1271] zoals zij door het Hof van Jusitie werd toegepast in loondiscriminatiezaken.[1272] Deze methode komt erop neer dat het slachtoffer van discriminatie bij het niet-openlijk gebruik van het geslacht enkel moet aantonen dat er sprake is van een ongelijke "beloning" (lees: behandeling), ofschoon er "vergelijkbare arbeid wordt verricht" (lees: mannen en vrouwen zich in een vergelijkbare situatie bevinden). Door de *vergelijkbaarheid* te bewijzen van de situaties waarin de verschillend behandelde personen zich bevinden, kunnen factoren die niets met het beschermde kenmerk te maken hebben worden "geëlimineerd". Hierdoor blijft het verschil in geslacht als enige verklarende factor over.[1273] In het kader van het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen werd deze methode recent aangewend in de zaak *Maruko* voor het Hof van Justitie. Het betrof een zaak waarbij moest worden beoordeeld of er sprake was van discriminatie in de zin van de Kaderrichtlijn arbeid, doordat nabestaande levenpartners (*in casu* van hetzelfde geslacht) werden uitgesloten van een weduwe- of weduwnaarspensioen. Het Hof stelt vast dat huwelijk en geregistreerd partnerschap steeds meer op elkaar zijn gaan lijken, waardoor nabestaande levenspartners, wat de nabestaandenuitkering betreft, in een vergelijkbare situatie verkeren als nabestaande echtgenoten. Doordat het reglement van het pensioenfonds alleen nabestaande echtgenoten voor de nabestaandenuitkering in aanmerking neemt en deze uitkering aan nabestaande levenspartners wordt geweigerd, is er volgens het Hof sprake van directe discriminatie op grond van seksuele voorkeur.[1274]

---

his sex, the council had discriminated against him '*on the grounds of his sex, notwithstanding it had not intended to discriminate between men and women but had intended to provide free swimming to pensioners.*"

[1269] M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", *l.c.*, 248.

[1270] Zie voor deze terminologie, C. BAYART, *o.c.*, 334-335.

[1271] Zie advocaat-generaal LENZ, conclusie van 14 juli 1993 voor H.v.J. 27 oktober 1993, Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 24-25: "Om deze redenen moet men, wanneer het erom gaat alle objectieve elementen van een discriminatie op het gebied van beloning (gelijke of gelijkwaardige arbeid, lagere beloning voor een vrouw in vergelijking met een man binnen dezelfde onderneming) aan te tonen, uitgaan van discriminatie op grond van het geslacht totdat het tegendeel wordt bewezen. Het volstaat derhalve […] zoals ik reeds hierboven heb gezegd, dat verzoekster een voorbeeld van gelijke (of gelijkwaardige) arbeid waarvoor de mannen beter worden beloond dan de vrouwen, heeft gegeven."

[1272] Zonder expliciet te refereren aan het standpunt van LENZ in *Enderby,* is het Hof de stelling van de Advocaat-Generaal achteraf gevolgd in H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 61. Zie hierover M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", in M. DE VOS & E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia 2004, 89.

[1273] C. BAYART, *o.c.*, 334.

[1274] H.v.J. 1 april 2008, *Tadao Maruko/Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 69-73. BAYART en DEITEREN leiden uit deze rechspraak af dat het voor de vaststelling van directe discriminatie

Daarmee staat vast dat de eliminatiemethode (of zo men wil de *but-for* analyse) ook in toepassing van de artikel 19-Richtlijnen wordt gezien als een aanvaarbare bewijsmethode voor het vaststellen van discriminatie. De Belgische anti-discriminatiewetgeving trekt deze bewijsmethode alvast open naar alle beschermde discriminatiegronden. Zowel in de Genderwet, als in de Algemene anti-discrimatiewet en de Anti-racismewet wordt bepaald dat (directe) discriminatie kan worden aangetoond aan de hand van gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon".[1275]

417. **Causaliteit, but-for test en "*mixed ground decisions*"**. Het gebruik van de *but-for* test heeft als resultaat dat er sprake is van discriminatie indien de verweerder niet tot dezelfde beslissing zou gekomen zijn mocht de benadeelde geen drager zijn van het beschermde kenmerk (of ermee geassocieerd wordt)[1276]. Daaruit blijkt echter ook dat discriminatie niet of moeilijker kan worden vastgesteld wanneer de verweerder kan aantonen dat hij *eenzelfde* beslissing had genomen, ook al was de benadeelde geen drager van het beschermde kenmerk. Hieruit volgt dan weer dat indien het beschermde kenmerk niet de *doorslaggevende* factor is geweest in de beslissing van de verweerder, hij zich kan onttrekken aan een discriminatieclaim.[1277] Of een discriminatieclaim kan worden weerlegd op grond van de argumentatie dat de nadelige behandeling slechts één van de redenen was en niet de doorslaggevende die hem hebben geleid tot zijn beslissing, zal afhangen van de houding die in de rechtspraak wordt aangenomen met betrekking tot deze *mixed motive* decisions. Hierop wordt verder ingegaan onder het volgende punt 3 (*b)*.

418. **Alternatief: ruime interpretatie van het begrip intentie.** In andere rechtsstelsels wordt een causaal verband in het geval van het niet-openlijk gebruik van het beschermde kenmerk soms vastgesteld door een ruime interpretatie van het begrip intentie tot discriminatie.[1278] Zo oordeelt het *Ontario Board of Inquiry,* in een zaak betreffende discriminatie op grond van ras, dat het besluit dat tot de benadeling van de eiser in de zaak leidde "*seems so clearly untenable that the only available explanation for it is that, either intentionally or through carelessness, it was reached "because of" his race or*

---

in ieder geval niet noodzakelijk is dat er sprake is van een *rechtstreeks* oorzakelijk verband. Zie C. BAYART en C. DEITEREN, "Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras- en Kaderrichtlijn", *l.c.*, 55-56.

[1275] Zie telkens §2, 2° van Artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet. Volgens de voorbereidende werken moet het gaan over een "sterke vergelijkbaarheid" die moet worden vastgesteld aan de hand van "relevante en pertinente criteria". Zie Verslag Libert, *l.c.*, 75-76; Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 334-335.

[1276] Onder toepassing van de artikel 19-Richtlijnen kan er sprake zijn van discriminatie door een persoon die zelf geen drager is van een beschermd kenmerk, te associeren met een persoon die wél drager is van een beschermd kenmerk. Cf. *infra* nr. 459, met verwijzing naar H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 51.

[1277] Zie in dezelfde zin, M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, 249.

[1278] Volgens D. RÉAUME volgt de rechtspraak daarbij best de piste die in *the law of tort* wordt gebruikt ter beschrijving van het fout-begrip, waar eveneens een evolutie kenbaar was van het vereiste van *malice* naar de irrelevantie van de vraag of de verweerder door zijn handelingen al dan niet weet had van de schade die hij toebracht. Zie D. RÉAUME, "Harm and fault in discrimination law: the transition form intentional to adverse effect discrimination", *Theoretical inquiries in Law* 2001, afl. 2, 365-366.

ethnic origin."[1279] Ook in het Amerikaans recht (waarbij in zaken van *disparate treatment* groot belang wordt gehecht aan de aanwezigheid van intentie tot discriminatie), kan causaliteit aan de hand van een ruime interpretatie van het begrip intentie worden opgespoord. Niet alleen het moedwillig maar ook het nalatig gebruik van het beschermde criterium wordt bestempeld als een vorm van directe discriminatie.[1280] CONNOLLY toont aan de hand van een aantal feitelijke hypotheses van directe discriminatie aan dat een dergelijke benadering quasi hetzelfde resultaat bereikt dan de *but-for* test uit de Britse rechtspraak.[1281]

3. Weerleggen van causaliteit

419. **Functie als verweermiddel.** Het weerleggen van de causaliteit tussen het beschermde kenmerk en de nadelige behandeling vormt een belangrijk verweermiddel voor de vermeende discriminator. Wanneer deze kan aantonen dat de nadelige behandeling gebaseerd is op een andere reden dan de door de anti-discriminatiewetgeving beschermde criteria, weerlegt hij het oorzakelijk verband tussen het beschermde kenmerk en de nadelige behandeling, waardoor er geen sprake is van (directe) discriminatie.[1282] Onder (a) wordt aangetoond dat het oorzakelijk verband wordt weerlegd door te bewijzen dat het gemaakte onderscheid gesteund is op factoren die los staan van iedere discriminatie. Onder (b) wordt onderzocht of de verweerder daarbij moet aantonen of de beschermde factor geen enkele rol heeft gespeeld, dan wel of het volstaat om aan te tonen dat deze factor niet doorslaggevend was voor de bestreden beslissing.

(a) Factoren die los staan van iedere discriminatie.

420. ***Macarthys* en *Brunnhofer.*** De mogelijkheid om het causaal verband tussen het beschermde kenmerk en de bestreden handeling te weerleggen, is door het Hof van Justitie bevestigd in de zaak *Macarthys*. Volgens het Hof kan een ongelijke behandeling steeds worden "verklaard" door factoren "*die los staan van iedere discriminatie op basis van de betreffende discriminatiegrond*."[1283]

In de zaak Brunnhofer voegt het Hof van Justitie daar aan toe dat "*de door de werkgever aangevoerde grond ter verklaring van de ongelijkheid beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de onderneming, geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn*".[1284] Het Hof geeft hier aan dat de "factoren" die in staat kunnen zijn om het verschil in behandeling te "recht-

---

[1279] Zie Ontario Board of Inquiry 1994, *Wong v. Ottawa Board of education*, *Canadian Human Rights Reporter*, afl. 23, D/41, ov. 89.

[1280] M. CONNOLLY, "Discriminatory motive and the *but for* test: the proper approach to direct discrimination in Britain and the United States", *l.c.*, 48-50, met verwijzing naar o.m. *Shager* v. *Upjohn*, 913F 2d 398 (7th Cir. 1990).

[1281] *Ibidem*, 44-51.

[1282] C. BAYART, *o.c.*, 110; E. ELLIS, *o.c.*, 109.

[1283] Zie H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthys/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, 1275, ov. 12. Zie ook conclusie van Advocaat-Generaal LENZ voor H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 20.

[1284] H.v.J. 26 juni 2001, Brunnhofer/*Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, 67.

vaardigen", dienen te worden afgetoetst aan de criteria die klassiek gebruikt worden voor de rechtvaardiging van indirecte geslachtsdiscriminatie (de zogenaamde Bilka-test[1285]).[1286] Het feit dat niet meer wordt gesproken in termen van "verklaring" van het onderscheid, maar wel in termen van "rechtvaardiging" was op zijn minst een ongelukkige formulering. Immers, in de zaak Brunnhofer ging het wel degelijk om de weerlegging van een vermoede causaliteit tussen het geslachtcriterium en een verschil in loon. Het is niet zo dat het Hof directe discriminatie op grond van geslacht plots "rechtvaardigbaar" achtte in de klassieke zin van het woord.[1287]

Verderop zal aan de hand van een voorbeeld worden toegelicht op welke manier van deze deze bewijsmethode gebruik kan worden gemaakt in verzekeringsrelaties.[1288]

(b) "Mixed ground decisions". de discriminatiegrond als niet-doorslaggevende oorzaak

421. **Invloed van andere oorzaken.** Men kan zich afvragen of de rechter in de beoordeling van de causaliteit, rekening kan houden met de *mate* waarin het beschermde kenmerk een rol heeft gespeeld. Dient de verwerende partij die het causaal verband tussen het beschermde kenmerk en de ongelijke/onguntige behandeling wil doorkruisen, aan te tonen dat het beschermde kenmerk op geen enkele manier heeft meegespeeld in zijn beslissingsproces of kan hij volstaan met het bewijs dat het beschermde kenmerk niet doorslaggevend was voor de bestreden beslissing? Indien de rechter ook in het geval van een geringe invloed van een discriminatiegrond reeds een causaal verband wil vaststellen, zal hij in zijn analyse geen gebruik kunnen maken van de *but-for* analyse. Zoals hierboven reeds werd aangetoond zal deze test, in gevallen waarbij het beschermde kenmerk slechts een niet-beslissende rol heeft gespeeld in de beslissing van de verweerder, geen oorzakelijk verband kunnen vaststellen.[1289]

422. **Belang voor verzekeringsrelaties.** De vraag op welke manier *mixed ground decisions* moeten worden beoordeeld, is van bijzonder belang in verzekeringsrelaties. Zo zal het bepalen van de hoogte van een verzekeringspremie meestal niet alleen afhangen van een verboden discriminatiegrond zoals leeftijd, geslacht[1290] of handicap, maar bepalen ook andere oorzaken mede de hoogte van deze premie. Denk aan factoren ter indicatie van levensstijl in levensverzekering (bv. body-mass index, rook-

[1285] Zie *infra* nrs. 550 e.v.

[1286] C. BAYART, *o.c.*, 178 en 332.

[1287] C. TOBLER, *Indirect Discrimination, o.c.*, 258; T.K. HERVEY, "EC Law on justifications for sex disrcimination in working life", *l.c.*, 108; C. BAYART, *o.c.*, 332; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 120; E. ELLIS, "The definition of Discrimination in European Community sex equality law", *l.c.*, 567-568. Zie ook M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.,* 90 ; C. BAYART, *o.c.*, 332; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 119; J. JACQMAIN, "Egalité entre travailleurs féminins et masculins", *Journal des Tribunaux Droit Européen* Januari 2004, afl. 105, 2.

[1288] Cf. *infra* nrs. 801 e.v.

[1289] Cf. *supra* nr. 416-417.

[1290] Zie de aandacht voor deze problematiek in de Genderrichtlijn, waar er in overweging 19 de aandacht op wordt gevestigd dat het geslacht in sommige gevallen een, maar niet noodzakelijk de enige bepalende factor is in de beoordeling van het te verzekeren risico.

gedrag, eetgewoontes,) of factoren ter indicatie van rijgedrag in motorrijtuigenverzekering (bv. bonus-malusgraad, verbruik en/of vermogen van de wagen, gegevens afkomstig van een zgn. "zwarte doos"[1291]). De vraag rijst of de verzekeraar in dat geval het oorzakelijk verband kan doorkruisen, door te bewijzen dat niet leeftijd of geslacht, maar wel bonus-malusgraad of het al dan niet veroordeeld zijn wegens dronken sturen determinerend waren voor de gevraagde premie.

423. **Indicaties uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. *Dekker* e.v.** Uit de vroegere rechtspraak van het Hof van Jusitie in verband met zwangerschapsdiscriminatie blijkt dat het Hof rekening heeft willen houden met *de mate* waarin het beschermde criterium mee ten grondslag lag aan de bestreden behandeling. Het Hof verklaarde dat van directe discriminatie op grond van geslacht slechts sprake kan zijn indien

> *"de voornaamste reden voor de [nadelige behandeling] een reden is die […] uitsluitend voor een van beide geslachten geldt". 1292*

Deze rechtspraak van het Hof van Justitie in *Dekker* werd later bevestigd in andere zaken waarbij de benadeelde zich gediscrimineerd voelde op grond van zwangerschap. Treffend zijn hier de zaken *Habermann-Beltermann*[1293] en *Pedersen*[1294].

De toetsing die het Hof in deze rechtspraak toepast komt erop neer dat indien de verweerder in een discriminatieclaim kan aantonen dat de verboden discriminatiegrond slechts een "*niet-voorname*" reden vormt voor de bestreden behandeling, het mogelijk is om het bestaan van directe discriminatie te weerleggen.[1295] BAYART en DEITEREN merken nochtans op dat geen al te grote gevolgen mogen worden toegeschreven aan de terminologie die in de geciteerde zaken werd aangewend. Zo wijzen zij erop dat het Hof van Justitie in de zaak *Enderby* heeft aangegeven dat wanneer de auteur van een onderscheid zich op een neutrale factor beroept om een onderscheid te verklaren, onderzocht moet worden in welke mate deze factor het *volledige verschil* in behandeling kan rechtvaardigen.[1296] Daaruit blijkt reeds een eerste signaal dat de verweerder niet kan ontsnappen aan een discriminatievordering door te beweren dat de beschermde discriminatiefactor niet de doorslaggevende oorzaak was voor de benadeling.

[1291] Cf. *infra* nr. 908.

[1292] H.v.J. 8 november 1990, Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10.

[1293] H.v.J. 5 mei 1994, *Gabriele Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt*, C-421/92, *Jur.* 1994, I-1657, ov. 14

[1294] H.v.J. 19 november 1998, *Pedersen/ Fællesforeningen*, C-66/96, *Jur.* 1998, I-7327, ov. 35.

[1295] M. DE VOS, Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?" *l.c.*, 247; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 201.

[1296] C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 201, met verwijzing naar H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 24-29.

424. **Vernieuwde houding na de artikel 19-Richtlijnen? Conclusie van Advocaat-Generaal POIARES MADURO.** Naast de rechtspraak van het Hof in *Enderby,* zijn er nog andere signalen die erop wijzen dat het Hof van Jusititie een strenge houding zal aannemen ten opzichte van de verweerder die het oorzakelijk verband met de beschermde discriminatiegrond wenst te weerleggen. In zijn conclusies in de zaak *Coleman* (één van de eerste uitspraken op grond van de artikel 19-Richtlijnen) verklaart Advocaat-Generaal POIARES MADURO dat

> *"De gelijke waarde van elke mens erkennen, betekent dat wij blind moeten zijn voor overwegingen [met betrekking tot de door de Kaderrichtlijn arbeid beschermde kenmerken] wanneer wij iemand een last opleggen of iemand een voordeel ontzeggen. Anders gezegd, dit zijn kenmerken die geen enkele rol mogen spelen wanneer wordt uitgemaakt of het al dan niet juist is om iemand minder gunstig te behandelen."*[1297]

Sinds de inwerkingtreding van de Kaderrichtlijn arbeid kunnen de door deze richtlijn beschermde kenmerken volgens de Advocaat-Generaal dan ook "*geen deel meer uitmaken van de redenering"* wanneer een persoon wordt benadeeld.[1298] De Advocaat-Generaal doet hierbij beroep op het concept "menselijke waardigheid", waarvan hij verklaart dat het aan het gelijkheidsbeginsel ten grondslag ligt.[1299]

Voorlopig is het afwachten of ook het Hof van Justitie bereid is om op grond van een beroep op de menselijke waardigheid haar rechtspraak te verfijnen in de richting van een discriminatieverbod dat zich ook en in het geheel tegen *mixed motive decisions* verzet. Het Hof heeft in de zaak *Coleman* geen uitspraak in die zin gedaan.

Advocaat-Generaal POIARES MADURO lijkt met zijn strenge opvatting omtrent het causaliteitsvereiste alvast niet geïsoleerd te staan. Zo wordt in het Australische recht, meer bepaald in de *Sex Discrimination Act* van 1984, bepaald dat in het geval "*two or more matters*" aan de grondslag liggen van de litigieuze handeling, een handeling nog steeds discriminatoir zal zijn, "*whether or not the particular matter is the dominant or substantial reason for the doing of the act*".[1300]

Ook in het Amerikaanse recht worden mixed motive decisions principieel mee onder het discriminatieverbod gerekend.[1301] Zo wordt onder *Title VII* van de Amerikaanse *Civil Rights Act* bepaald dat

---

[1297] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 10. Zie voor een verwijzing naar deze conclusie eveneens C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 201-202.

[1298] *Ibidem*, ov. 18.

[1299] Zie Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 8. Zie over het gebruik van het concept menselijke waardigheid in de vaststelling van de benadeling, *infra* nrs. 449 e.v.

[1300] Zie *section* 8 van de Australische *Sex Discrimination Act* van 1984.

[1301] Zie M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, 250.

"an unlawful employment practice is established when the complaining party demonstrates that race, color, religion, sex, or national origin was a motivating factor for any employment practice, even though other factors also motivated the practice."[1302]

425. **Gevolgen van mogelijk vernieuwde houding voor verzekeringsrelaties.** Moest het Hof van Justitie de piste van Advocaat-Generaal POIARES MADURO bewandelen, zal daar ook in verzekeringsrelaties rekening mee moeten worden gehouden. Het feit dat beschermde discriminatiefactoren zoals geslacht of leeftijd in de meeste gevallen slechts voor een gedeelte bepalend zijn voor de premie of de uitkeringen in een verzekeringspolis, is in die hypothese geen reden om het causaal verband tussen beschermd kenmerk en nadelige behandeling te doorbreken. Discriminatie kan worden vastgesteld vanaf het moment dat is aangetoond dat discriminatiegronden zoals leeftijd, geslacht of handicap *een* niet-voorname of niet-doorslaggevende rol hebben gespeeld. De verzekeraar kan zich niet verweren door te stellen dat andere risico-factoren een meer bepalende invloed hebben gehad op de hoogte van de premie.

C. Bijzondere benadelingstoets voor indirecte discriminatie

1. Algemeen

426. **Bijzondere benadeling.** Het aantonen van indirecte discriminatie in de zin van de artikel 19-Richtlijnen vereist het gebruik van een "bijzondere benadelingstoets". Een maatregel zal als indirect discriminerend worden beschouwd wanneer zij ondanks haar ogenschijnlijk "neutrale" kenmerken, personen die drager zijn van een beschermd kenmerk, in vergelijking met andere personen *bijzonder benadeelt*.[1303]

[1302] Zie Title VII, *section* 703, § 2000e-2, m) van de Amerikaanse *Civil Rights Act* van 1964, 42 *United States Code Annotated* 1981, zoals gewijzigd door de *Civil Rights Act* van 1991, naar aanleiding van de uitspraak van het Supreme Court van 1 mei 1989 in *Price Waterhouse v. Hopkins,* 490 *U.S.* 228. In deze zaak had het Supreme Court op grond van een *but for*-redenering nog verklaard dat "while an employer may not take gender into account in making an employment decision […] *it is free to decide against a woman for other reasons. We think these principles require that, once a plaintiff in a Title VII case shows that gender played a motivating part in an employment decision, the defendant may avoid a finding of liability only by proving that it would have made the same decision even if it had not allowed gender to play such a role*". Als gevolg van deze uitspaak werd Title VII in 1991 gewijzigd. In de Verenigde Staten is recent wel controverse ontstaan rond een nieuwe uitspraak van het Supreme Court die in de zaak *Gross* heeft laten verstaan dat *mixed motive decisions* op grond van leeftijd toch kunnen worden toegelaten onder de zogenaamde ADEA van 1967.(*Age Discrimination in Employment Act*, 29 *United States Code Annotated* §623(a)). Zie United States Supreme Court 18 juni 2009, *Gross* v. *FBL Financial services*, no. 8-441, *http://www.law.cornell.edu/supct/html/08-441.ZS.html*. In deze zaak bemerkte het Supreme Court dat eisers onder de ADEA moeten aantonen dat leeftijd de *"but for" cause* was van de verweerder en niet *a motivating factor.* Of het Supreme Court dit standpunt zal blijven verdedigen is niet zeker, nu het Hof ultiem verdeeld was over het uiteindelijk ingenomen standpunt (5 tegen 4). Met name *Justices* STEVENS, SOUTER, GINSBURG en BREYER hebben zich in hun *dissenting opinion* krachtig verzet tegenover het meerderheidsstandpunt. Zie voor een commentaar W.E. BULIOX, "ADEA Litigation after *Gross*", *For the Defense* 2010, afl. Maart, 53-75, zie *http://forthedefense.org/CD/Public/FTD/2010/March/2010%20March%20FTD%20-%20ADEA%20Litigation%20After%20Gross.pdf*.

[1303] Zie artikel 2, lid 2, b) van de Rasrichtlijn, artikel 2, lid 2, b) van de Kaderrichtlijn arbeid alsook artikel 2, b) van de Genderrichtlijn.

427. **Invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie. *O'Flynn.*** Met deze bijzondere benadelingstoets knopen de artikel 19-Richtlijnen aan bij het bewijslastvereiste dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie bekend was met betrekking tot nationaliteitsdiscriminatie. In de zogenaamde *O'Flynn* rechtspraak verklaart het Hof dat het "*niet behoeft* […] *te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft, doch het volstaat om vast te stellen, dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben* ".[1304] Een onderscheid kan als indirect discriminerend worden beschouwd, wanneer het *naar haar aard* een bepaalde groep treft, op basis van het beschermd criterium.[1305]

428. **Statistisch bewijs voor indirecte discriminatie?** Door aan te knopen bij de bijzondere benadelingstoets uit de *O'Flynn* -rechtspraak, doet de Europese wetgever afstand van de rechtspraak die parallel ontwikkeld was in zaken van geslachtsdiscriminatie.[1306] Op basis van deze laatste rechtspraak kon men slechts spreken van (een vermoeden van) indirecte discriminatie indien vast stond dat de ogenschijnlijk neutrale bepaling een benadeling inhield van "*een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een bepaald geslacht*."[1307] Hierdoor was steeds statistische informatie nodig omtrent de effectieve impact van de bestreden handeling op de beschermde groep. Met het bijzonder benadelingsvereiste van de artikel 19-Richtlijnen wordt deze statistische benadering verlaten.[1308] Dit zal worden besproken onder punt 2. Onder punt 3 wordt beproken welke alternatieve bewijsmiddelen in de bewijsvoering van indirecte discriminatie kunnen worden gebruikt. Onder punt 4 wordt toegelicht of en in welke mate statistische informatie nog steeds nuttig kan worden aangewend.

2. Statistisch bewijs niet noodzakelijk

429. **Toelaatbaarheid van alternatieve bewijsmiddelen.** Eén van de belangrijkste gevolgen van de overname van het bijzondere benadelingsvereiste uit *O'Flynn* in de artikel 19-Richtlijnen is dat naast

---

[1304] H.v.J. 23 mei 1996, *O'Flynn/Adjudication officer*, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617, ov. 21.

[1305] H.v.J. 23 mei 1996, *O'Flynn/Adjudication officer*, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617, ov. 20.; Zie ook H.v.J. 27 november 1997, *Meints/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C*-57/96, *Jur.*, I-6689, ov. 45; H.v.J. 30 november 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund/Republik Österreich,* C-195/98, *Jur.* 2000, I-10497, ov. 40.

[1306] In het voorstel dat uiteindelijk leidde tot de Rasrichtlijn werd door de Commissie expliciet verwezen naar dit arrest. Zie Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep, COM (1999) 565 def., 7.

[1307] H.v.J. 9 februari 1999, Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 59; H.v.J. 17 juni 1998, Hill en Stapleton/T*he Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998, I-3739, ov. 44; H.v.J. 7 februari 1991, Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297, ov. 12; H.v.J. 9 september 2003, Rinke/Ärztekammer Hamburg, C-25/02, *Jur.* 2003, I-8349, ov. 33; H.v.J. 2 oktober 1997; Kording/Senator für Finanzen, C-100/95, *Jur.* 1997, I-5289, ov. 25.; zie ook L. WADDINGTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing european union equality directives", l.c., 594; M. GIJZEN, o.c., 76. De afwijking van de rechtspraak inzake geslachtsdiscriminatie door de artikel 19-Richtlijnen houdt meteen ook een afwijking in van de definitie die aan indirecte discriminatie werd gegeven in de Bewijslastrichtlijn uit 1997. In Artikel 2, lid 2 van de Bewijslastrichtlijn werd immers bepaald dat van indirecte discriminatie pas sprake kan zijn wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt.

[1308] Zie M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, p. 561, nr. 22, die verklaart dat de nieuwe benadelingstoets de spreekwoordelijke *deus ex machina* is die het Europese arbeidsrecht "*uit het moeras van de statistiek kan houden*."

statistisch bewijs, ook andere middelen kunnen worden aangewend om aan te tonen dat een ogenschijnlijk neutrale handelswijze een schadelijke impact heeft op de betrokken personen.[1309] Tot een zelfde besluit komt men bijvoorbeeld ook in de Canadese rechtspraak die erop wijst dat statistisch bewijs in veel gevallen niet in staat is om de benadeling waarvan een beschermde groep het slachtoffer is, bloot te leggen:

> *'"Discrimination is hard to prove. […] It can sometimes be revealed where one group can be seen to be more advantaged than another. But it is difficult to show disproportionate impact on a group where the experience of the group is small or the history is short. […] One cannot look to statistics to either prove or disprove a case of adverse impact. Yet, statistics can be helpful in assessing the situation in question. […] Given the low numbers available for analysis in this case [and the limits of the "meaning" of such evidence], some caution must be exercised."*[1310]

430. **Afstand van de statistiek: motivering.** Door toe te laten dat naast statistisch bewijsmateriaal ook andere technieken worden gebruikt voor het aantonen van indirecte discriminatie, komt men tegemoet aan het probleem dat het voor het slachtoffer van discriminatie vaak heel moeilijk is om statistische informatie te verzamelen met betrekking tot de groep van personen die door de betwiste maatregel worden getroffen.[1311] Het is immers goed mogelijk dat statistische informatie eenvoudigweg niet beschikbaar is. Zo bestaat er in heel wat lidstaten belangrijk verzet tegen het verzamelen van statistische informatie in verband met ras.[1312] Ook is het mogelijk dat er te weinig personen zijn om een representatieve referentiegroep samen te stellen, of is de bestreden bepaling, maatstaf of handelwijze nog maar zeer recent ingevoerd zodat er onvoldoende tijd is voorbijgegaan om adequate statistieken te verzamelen.[1313] De door de eiser aangebrachte statistieken zullen in een dergelijk geval van een zodanig beperkte orde zijn, dat er geen significante conclusies uit kunnen worden getrokken.[1314] Het is verder niet ondenkbaar dat, zo er al statistieken voorhanden zijn, de enige relevante statistieken

---

[1309] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep, COM (1999) 565 def., 9 (hierna "Voorstel van Kaderrichtlijn arbeid"); Verslag aan de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake de toepassing van de Rasrichtlijn, COM(2006) 643 def. Zie ook M. BELL, "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive", *l.c.*, 385; E. GUILD, "The EC Directive on race discrimination: Surprises, possibilities and limitations", *Industrial Law Journal* December 2000, afl. 4, 420; D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment of persons in EC Law?, Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.,* 296; A. TYSON, "The negotiation project of the European Community Directive on racial discrimination", *European Journal of Migration and the Law* 2001, afl. 3, 203; C. BAYART, *o.c.,* 165; M. GIJZEN, *o.c.*, 75.

[1310] Ontario Board of Inquiry 1990, Bhadauria v. Toronto (City) Board of Education, Canadian Human Rights Reporter 1990, afl. 12, D/105, ov. 91, 120 en 127.

[1311] Dit was ook het standpunt van de Europese Commissie terzake. Zie Voorstel Kaderrichtlijn, COM (1999) 565, 8; D. SCHIEK, "Indirect discrimination" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 359; C. BAYART, *o.c.*, 165.

[1312] S. FREDMAN, "Equality: A new Generation?", *l.c.*, 162.

[1313] R. ALLEN, *l.c.,* 48. Zie ook de hierboven geciteerde overweging in de uitspraak van het *Ontario Board of Inquiry* in *Bhadauria.* Zie eveneens Voorstel van Kaderrichtlijn arbeid, *l.c.*, 8.

[1314] C. BAYART, *o.c.*, 152.

zich slechts en alleen bij de verweerder bevinden.[1315] Dit is zeker zo in het geval van verzekeringsondernemingen. In het kader van hun segmentatiebeleid doen zij voortdurend beroep doen op statistiek. Bijgevolg beschikken zij over meer instrumenten om informatie te verzamelen die aantoont dat door het gebruik van een welbepaald neutraal segmentatiecriterium, een hogere premielast of aangepaste premievoorwaarden gelden voor de beschermde groepen personen.[1316] Gezien de vaak voorkomende wijzigingen in het segmentatiebeleid van verzekeringsondernemingen, betekent het wegvallen van het vereiste van statistische informatie een vereenvoudiging voor (kandidaat-)verzekeringnemers die het bestaan van indirecte discriminatie willen aantonen.

3. Alternatieve bewijsmiddelen

431. **Soorten alternatieve bewijsmiddelen.** Nu vast staat dat indirecte discriminatie ook zonder statistisch bewijs kan worden aangetoond, rijst de vraag welke alternatieve bewijsmethodes kunnen worden aangewend. Op dit punt biedt de rechtspraak van het Hof van Jusitite vooralsnog weinig concrete voorbeelden.[1317] In de literatuur en in de rechtspraak van voornamelijk Britse Hoven wordt verwezen naar 'feiten van algemene bekendheid'[1318], 'statistische waarheden'[1319], 'kwalitatief (in plaats van kwantitatief) sociologisch onderzoek'[1320], of 'intrinsiek verdachte bepalingen'[1321] die kunnen worden aangewend om aan te tonen dat de beschermde groep waarvan het slachtoffer deel uitmaakt, bijzonder wordt geraakt door het gebruik van de betwiste maatregelen.[1322] Ook de Belgische wetgever is ingegaan op de suggestie dat indirecte discriminatie ook zonder gedetailleerde statistische informatie kan worden aangetoond en geeft vergelijkbare voorbeelden van feiten die het bestaan van indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. De voorbereidende werken bij de wetgeving van 10 mei 2007 spreken over zogenaamde "*richtingaanwijzers*" die, als zij door de eiser (de verzekeringnemer) wor-

---

[1315] Ibidem.

[1316] Zie Voorstel Kaderrichtlijn, COM (1999) 565, 8.

[1317] D. SCHIEK, "Indirect discrimination", *l.c.*, 430; C. TOBLER, *Indirect discrimination*, *o.c.*, 231. TOBLER merkt wel enkele uitzonderingen op in de rechtspraak van het Hof, waar het ook los van een statistische basis in staat blijkt om op grond van een zgn. *common knowledge*-criterium een vermoeden van indirecte discriminatie vast te stellen. Zie bv. H.v.J. 26 september 2000, *Kachelmann/Bankhaus Hermann Lampe,* C-322/98, *Jur.* 2000, I-7505, ov. 24, waar het Hof verklaart dat "*It is common ground that in Germany part-time workers are far more likely to be women than men.*"

[1318] Zie J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c.*, 260; C. BAYART, *o.c.*, 171, met verwijzing naar de rechtspraak van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling. Zie bv. CGB Oordeel 2002-184, *http://www.cgb.nl/oordeel/2002-184*.

[1319] Zie C. BAYART, *o.c.*, 170, met verwijzing naar de rechtspraak van de Engelse rechtbanken die in plaats van statistieken ook *common knowledge* aanvaarden als een manier om het vermoeden van indirecte discriminatie te wekken. Zie bv. England and Wales Court of Appeal 21 mei 1998, *London Underground Ltd* v. *Edwards No. 2), Industrial relations Law Reports* 1998, 364. Zie ook R.-M. HUNTER, *o.c.*, 121.

[1320] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 296.

[1321] Zie H.v.J. 23 mei 1996, *O'Flynn/Adjudication officer*, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617, ov. 20. Zie ook C. BAYART, *o.c.*,173-175.

[1322] D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 296; M. GIJZEN, *o.c.*, 75; C. BAYART, *o.c.*, 169-175 en 188.

[1323] De Belgische wetgever noemt volgende richtingaanwijzers: "*algemene* statistieken en feiten van algemene bekendheid", "intrinsiek verdachte criteria" en "elementair statistisch materiaal".[1324] Zij zullen hierbij kort worden besproken. Dergelijke "richtingaanwijzers" worden bv. niet geëxpliciteerd in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. Niettemin zijn, zoals hieronder zal blijken, er in de Nederlandse rechtspraak vergelijkbare toepassingen te vinden, die ook voor verzekeringsrelaties van belang zijn.[1325]

(a) Algemene statistieken en feiten van algemene bekendheid

432. **Formulering.** Een eerste bewijsmiddel dat door de Belgische wetgever worden aangereikt voor de vaststelling van het vermoeden van indirecte discriminatie betreft "*algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid*". De voorbereidende werken spreken van enerzijds "algemene statistieken" over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer behoort op het macro-economische of regionaal niveau en anderzijds van "concrete statistieken" over de groep waartoe het slachtoffer behoort.[1326]

433. **Voorbeeld: "kostwinnerschap".** Toegepast op verzekering kan men denken aan het hierboven geciteerde voorbeeld van de WAM-verzekeraar die het "kostwinnerschap" als criterium hanteert voor het bepalen van een bijpremie omdat uit de gegevens van de verzekeraar blijkt dat de kostwinners (degenen binnen het gezin die het hoogste inkomen hebben) meer kans maken op een ongeval (bv. doordat ze meer op de baan zijn). De Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (hierna "CGB") besloot in een soortgelijke zaak, waarbij het kostwinnerschap werd gehanteerd als voorwaarde voor de toekenning van een bepaalde reductie, tot het bestaan van een vermoeden van indirecte geslachtsdiscriminatie. De argumentatie was dat het een "*feit van algemene bekendheid is dat vrouwen minder vaak kostwinner (in de betekenis van de wederpartij) zijn dan mannen*."[1327] Deze conclusie

---

[1323] Verslag Libert, *l.c.*, 81.

[1324] Zie telkens §3 van artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet.

[1325] In de Nederlandse rechtspraak zijn statistische gegevens weliswaar één van de belangrijkste 'bronnen' voor het vaststellen van indirect onderscheid, maar zoals aangevoerd door GERARDS en HERINGA worden daarnaast evenzeer feiten van algemene bekendheid gebruikt als bewijsmateriaal óf als ondersteuning voor statistische gegevens indien die niet overtuigend zijn. Zie J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, *Wetgeving Gelijke Behandeling*, Deventer, Kluwer, 2003, 46-47.

[1326] Verslag Libert, *l.c.*, 80. Er wordt gewezen op rechtspraak van het Hof van Justitie, waar algemene statistieken en feiten van algemene bekendheid "impliciet" zouden zijn erkend als bewijsmiddel voor het aantonen van indirecte discriminatie. Zie H.v.J. 6 februari 1998, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 29-30.

[1327] CGB Oordeel 1996-6, http://www.cgb.nl/oordeel/1996-6.

werd ook bevestigd met zogenaamde CBS-gegevens[1328] waaruit bleek dat in slechts 4% van de huishoudens de vrouw meer verdient dan de man.[1329]

(b) Intrinsiek verdachte criteria

434. **Formulering.** Intrinsiek verdachte criteria zijn in weze maatregelen die *door hun aard* een bijzondere benadeling kunnen inhouden van de categorie personen die worden beschermd door een welbepaald discriminatieverbod.[1330] Maatregelen die *door hun aard* een bijzondere benadeling inhouden, worden in de literatuur beschreven als maatregelen die gebruik maken van gemeenschappelijke karakteristieken die eigen zijn aan de personen van een beschermde groep.[1331] Deze bewijsmethode werd ook aangewend in de hierboven reeds geciteerde *O'Flynn*-rechtspraak van het Hof van Justitie. Daar werd geoordeeld dat maatregelen die *door hun aard zelf* in staat waren om migrerende werknemers eerder te treffen dan nationale werknemers, als indirect discriminerend konden worden beschouwd.[1332] Zoals gezegd, worden intrinsiek verdachte bepalingen in de Belgische antidiscriminatiewetgeving expliciet erkend als een "richtingaanwijzer".[1333] Er wordt gesproken over het gebruik van een *intrinsiek verdacht criterium* dat "*duidelijk meer personen die drager zijn van een beschermd criterium, treft en benadeelt*".[1334]

435. **Voorbeeld: leeftijdspecifieke behandeling in hospitalisatieverzekering.** Een voorbeeld van een toepassing in verzekering is de niet-terugbetaling in de aanvullende ziekteverzekering van bepaalde behandelingen die vooral worden voorgeschreven aan personen boven een bepaalde leeftijd.[1335] Het is zeer aannemelijk dat aan de hand van statistisch of ander bewijs waaruit blijkt dat het aantal behandelingen op grond van leeftijd beduidend groter is na de leeftijd van 65, een *vermoeden* van indirecte discriminatie kan worden gevestigd.[1336]

[1328] CBS staat voor het "Nederlands Centraal Bureau voor Statistiek".

[1329] Zie voor een eerdere bespreking, Y. THIERY, "Het Europees geslachtsdiscriminatieverbod in verzekering: status quo of nieuwe injectie?", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* december 2007, afl. 6, 288-289; Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 760.

[1330] C. BAYART, *o.c.*, 173.

[1331] O. DE SCHUTTER, Discriminations et marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d'emploi, Brussel, PIE Peter Lang, 2001, 130; C. BAYART, o.c., 173.

[1332] Zie H.v.J. 23 mei 1996, O'Flynn/Adjudication officer, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617, ov. 20: "[…] d*at een bepaling van nationaal recht als indirect discriminerend moet worden beschouwd, wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen*". Zie eveneens C. BAYART, o.c., 173; M. GIJZEN, o.c., 78.

[1333] Verslag Libert, *l.c.*, 81.

[1334] Ibidem.

[1335] Gedacht kan bv. worden aan cataract-operaties die standaard meer voorkomen bij personen boven de 65 jaar. Zie bv. H.R. TAYLOR, "Cataract: how much surgery do we have to do?", *British Journal of Opthalmology* 2000, 84 (*http://bjo.bmj.com/content/84/1/1.full#ref-6*).

[1336] Zie reeds Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 761. Hierbij moet worden opgemerkt dat statistisch bewijs waaruit blijkt dat cataract veel vaker voorkomt bij ouderen.

436. **Voorbeeld: borstkanker en hospitalisatieverzekering.** Een ander voorbeeld waarbij de toepassing van intrinsiek verdachte bepalingen kan dienen als indicator voor het bestaan van indirecte discriminatie, betreft de hierboven aangehaalde situatie van een hospitalisatieverzekeraar die geen dekking verleent voor het risico borstkanker maar voor andere soorten kankers wél een terugbetaling voorziet.[1337] De onderscheiden behandeling lijkt gesteund te zijn op een neutraal criterium maar komt er eigenlijk op neer dat in het merendeel van de gevallen vrouwen moeilijker een ziekteverzekering kunnen krijgen nu borstkanker zelden voorkomt bij mannen.[1338] Het gaat dus wel degelijk om een maatregel die gebruik maakt van gemeenschappelijke karakteristieken eigen aan de beschermde groep, in dit geval de leden van het vrouwelijk geslacht. Het criterium borstkanker kan dan ook worden bestempeld als "intrinsiek verdacht".[1339] Ook volgens de rechtspraak van de Nederlandse CGB kan een vermoeden van discriminatie op een dergelijk criterium worden gevestigd.[1340]

437. **Aanvulling met algemene statistiek.** De literatuur wijst er nog op dat het gebruik maken van intrinsiek verdachte maatregelen als indicator voor indirecte discriminatie, het nadeel heeft dat nog altijd dient te worden vastgesteld dat er effectief "gemeenschappelijke karakteristieken zijn toe te schrijven aan de beschermde groep".[1341] Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat er toch statistisch materiaal moet worden bijgebracht om het bewijs van indirecte discriminatie te kunnen leveren. Meteen wordt echter de nuance gemaakt dat de bijgebrachte gegevens niet noodzakelijk betrekking dienen te hebben op de concrete situatie waarbinnen de benadeelde persoon zich bevindt.[1342] Er kan dan worden volstaan met algemene gegevens waaruit blijkt dat vrouwen in gemiddelde omstandigheden een verhoogd risico op borstkanker lopen.

(c) Elementair statistisch materiaal

438. **Centrale rol voor de rechter.** Als derde richtingaanwijzer noemt de Belgische wetgeving "*elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt*". In de parlementaire voorbereiding wordt hierbij als enige verduidelijking gegeven dat ook "ruwe gegevens waaruit een bijzondere benadeling blijkt" kunnen worden aangewend om het vermoeden van indirecte discriminatie te wek-

[1337] Cf. *supra* nr. 373.

[1338] Zie reeds *supra* nr. 373, met verwijzing naar AMERICAN CANCER SOCIETY, "What are the key statistics about breast cancer in men?", *l.c.*

[1339] Zie voor een eerdere bespreking, Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 761.

[1340] Zie CGB Oordeel 2007-76, http://www.cgb.nl/oordeel/2007-76, waar het hanteren van borstkanker als onderscheidingscriterium werd aangevochten, omdat borstkanker bij vrouwen substantieel vaker voorkomt dan bij mannen.

[1341] C. BAYART, *o.c.*, 174.

[1342] Ibidem, 175. BAYART schrijft dat "door te aanvaarden dat het vermoeden van indirecte discriminatie kan worden gewekt via de methode van de 'intrinsiek verdachte maatregelen', wordt aanvaard dat het gebruik van het bewuste neutrale criterium op microvlak ook de benadeling veroorzaakt die op macrovlak reeds werd vastgesteld. In die zin wordt het overleggen van statistisch materiaal (dat betrekking heeft op de benadeling op micro-vlak) overbodig."

ken.[1343] Hiermee wordt dan statistisch materiaal bedoeld dat de "disproportionele impact van een neutrale bepaling […] niet tot in detail bewijst maar wel voldoende laat vermoeden."[1344]

Opgemerkt kan worden dat de rechter in deze weinig gedetailleerde beschrijving van de bewijsvoering een erg centrale rol krijgt toebedeeld. Volgens de Belgische wetgever gaat het hier om een bewuste keuze, daar de rechter volgens haar "het best geplaatst [is] om een "eerlijke, correcte en evenwichtige toepassing van het principe van de verschuiving van de bewijslast in de rechtspraktijk te waarborgen."[1345]

4. Statistisch bewijs nog steeds toegelaten en nuttig

439. **Toegelaten statistisch bewijs.** Nu in de artikel 19-Richtlijnen niet meer wordt *vereist* dat een wezenlijk groter gedeelte van de dragers van een welbepaald onderscheidingscriterium door de betwiste maatregel worden getroffen, rijst de vraag of het nog altijd toegelaten is om statistisch bewijsmateriaal te gebruiken in het kader van het vaststellen van indirecte discriminatie. Dat zulks het geval is, valt af te leiden uit overweging 15 van de Kaderrichtlijn arbeid waar *expressis verbis* wordt vermeld dat indirecte discriminatie naast andere bewijsmiddelen *ook* op basis van statistische gegevens kan worden aangetoond.[1346]

440. **Rekening houden met oververtegenwoordiging in de referentiegroep.** *Indien* cijfermatig bewijs wordt gebruikt voor het aantonen van indirecte discriminatie, mag worden aangenomen dat, zoals in de vroegere rechtspraak van het Hof van Justitie inzake indirecte geslachtsdiscriminatie, zij geen *toevallige of zuiver conjuncturele verschijnselen* tot uitdrukking brengt.[1347] Zo mogen er bv. niet te snel conclusies worden getrokken uit statistische gegevens die zijn samengesteld aan de hand van een (misschien kunstmatig beperkte) *referentiegroep* waarin sprake is van een oververtegenwoordiging van personen die drager zijn van het beschermd criterium. Een oververtegenwoordiging binnen de referentiegroep maakt een juiste beoordeling niet onmogelijk, maar men dient de gegevens wel vanuit dit perspectief te bekijken. Eén van de manieren om dit op een verantwoorde wijze te doen is de methode van de dubbele vergelijking van slaag- en faalpercentages.[1348] Deze methode werd door het

---

[1343] Zie Verslag Libert, *l.c.*, 81.

[1344] *Ibidem*, 84.

[1345] *Ibidem*, 86.

[1346] Zie C. BAYART, *o.c.*, 166-169, die ook verwijst naar het Voorstel van kaderrichtlijn arbeid, *l.c.*, 8-9.; L. WADDINGTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing european union equality directives", *l.c.*, 594.

[1347] H.v.J. 6 april 2000, *Jørgensen/ Foreningen af Speciallæger,* C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447, ov. 33; H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/ Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 17 ; H.v.J. 9 februari 1999, *Regina/ Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 62; Zie ook S. KOUKOLIS-SPILIOTOPOULOS, "The amended equal treatment Directive (2002/73): an expression of constitutional principles/fundamental rights", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, afl. 4, 353; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 168; D. VICK, Disparate effects and objective justifiations in sex discrimination law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2001, 10.

[1348] Zie C. BAYART, *o.c.*, 159. Zie ook C. BARNARD, *EC Employment Law*, *o.c.*, 330-331, die spreekt van "*success rates*" en "*failure rates*". Zie ook C. TOBLER, *Indirect discrimination*, *o.c.*, 232, die spreekt van "*qualifiers*" en

Hof van Justitie (op aangeven van de Britse regering) aangewend in de zaak *Seymour-Smith*.[1349] Hiermee kunnen de bijgebrachte statistische gegevens aan de hand van de juiste vergelijkingsverhoudingen worden beoordeeld.

> Uit de zaak *Seymour-Smith* volgt dat het Hof zich voor de vaststelling van indirecte (geslachts)discriminatie, niet tevreden stelt met het bewijs dat het aantal vrouwen binnen de referentiegroep (de personen die onder het toepassingsgebied vallen van de betreffende regeling) hoger is dan het aantal mannen. Een dergelijke benadering houdt namelijk geen rekening met de verdeling van het aantal mannen en vrouwen binnen de referentiegroep. In plaats daarvan dient men het percentage mannelijke arbeidskrachten die aan het neutrale criterium voldoen, respectievelijk niet voldoen, te vergelijken met het percentage vrouwelijke arbeidskrachten dat aan het neutrale criterium voldoen, respectievelijk niet voldoen.[1350] *Het volstaat niet, het aantal getroffen personen in de beschouwing te betrekken, aangezien dat aantal afhangt van het aantal werknemers dat in de lidstaat aan het arbeidsproces deelneemt en van de verdeling van de mannelijke en de vrouwelijke werknemers.*[1351]

Het onderkennen van oververtegenwoordiging van de beschermde groep binnen de referentiegroep is een bezorgdheid waarmee ook binnen andere jurisdicties rekening wordt gehouden. In de Canadese rechtspraak werd omtrent de vaststelling van indirecte (geslachts)discrimiatie het volgende bepaald:

> *"[…] It is not enough to say that more women than men are affected by the clauses; We must consider whether women as a sub-group of employees covered by the rule are adversely affected in comparison with other employees who are affected by the rule. […] If [a rule] has the same adverse effects on women as on men, even though their numbers may be smaller, it cannot be concluded that this is discrimination based on sex."*[1352]

Net zoals in *Seymour-Smith*, kan ook de Canadese rechtspraak zich niet tevreden stellen met het louter registreren van de hoeveelheid personen met een beschermd kenmerk die wordt geraakt ten opzichte van andere personen. Rekening moet worden gehouden met de verhouding tussen het aantal personen binnen de beschermde groep en de personen die door de regeling worden geraakt.

"*non-qualifiers*". BAYART wijst verder nog op een andere methode die het Hof aanvaardde ter bepaling van de vergelijkingsverhouding. In de zaak *Enderby* werd de samenstelling man/vrouw van de benadeelde groep, vergeleken met de samenstelling man/vrouw in de bevoordeelde groep. Een dergelijke methode werd bijvoorbeeld toegepast in de zaak H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 16. Zie C. BAYART, *o.c.*, 158.

[1349] H.v.J. 9 februari 1999, Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 59.

[1350] C. BAYART, *l.c.*, 159.

[1351] H.v.J. 9 februari 1999, Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 59.

[1352] Canadian Human Rights Tribunal 1997, Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Human Rights Tribunal) ("Dumont-Ferlatte"), Federal Court Judgments No. 1734, ov.41-42.

441. **Disproportionele impact.** Inzake het gebruik van statistische gegevens kan er naast het correct gebruik van de juiste vergelijkingsverhoudingen eveneens op worden gelet dat een *wezenlijk* of *aanzienlijk* groter deel van de leden van de door de betreffende discriminatiegrond beschermde groep door de betwiste maatregel worden getroffen.[1353] Men spreekt ook van het aantonen van een '*disproportionele impact'* van de ogenschijnlijk neutrale bepaling.[1354] Aanzienlijke verschillen werden bijvoorbeeld door de nationale rechter vastgesteld in de zaak *Nimz*, waar het Hof had meegegeven dat het voor de vaststelling van indirecte discriminatie bewezen diende te zijn dat "*aanzienlijk minder mannen dan vrouwen deeltijds werken*".[1355] De verwijzende rechter vond dit op basis van de hem voorgelegde cijfers het geval: de benadeelde groep bestond voor 90% uit vrouwen, waar de bevoordeelde groep slechts voor 55% uit vrouwen bestond.[1356] In *Kowalska* werd door de verwijzende rechter zelfs een aanzienlijk verschil vastgesteld bij een benadeelde groep van deeltijdwerknemers die voor 77,3% uit vrouwen bestond.[1357] In de Verenigde Staten, waar in de rechtspraak bijzonder belang wordt gehecht aan de vaststelling van *adverse impact* via statistisch bewijs, is in dit verband een vuistregel ontwikkeld. Die bepaalt dat een selectieprocedure een geval van *adverse impact discrimination* uitmaakt indien de *selection rate* van de benadeelde groep (bv. de vrouwen) kleiner is dan vier-vijfde (80%) van het slaagpercentage van de bevoordeelde groep (bv. de mannen).[1358] Deze *four-fifths* rule is evenwel niet bindend voor de Amerikaanse rechtbanken en wordt amper toegepast in het geval van een gebrek aan een voldoende ruime populatie binnen de gegevens.[1359]

[1353] H.v.J. 9 februari 1999, Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 59; H.v.J. 17 juni 1998, Hill en Stapleton/T*he Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998, I-3739, ov. 44; H.v.J. 7 februari 1991, Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297, ov. 12; H.v.J. 10 maart 2005, Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados, C-196/02, *Jur.* 2005, I-1789, ov. 69; zie ook B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, l.c., 138; C. BAYART, o.c., 159-161; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, o.c., 415; J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 248; C. TOBLER, Indirect discrimination, o.c., 229.

[1354] M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", 243-264; C. BAYART, *o.c.*, 15.

[1355] Zie H.v.J. 7 februari 1991, *Nimz/Freie und Hansestadt* Hamburg, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297, ov. 15; zie eveneens H.v.J. 9 februari 1999, *Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 60.

[1356] Zie H.v.J. 7 februari 1991, *Nimz/Freie und Hansestadt* Hamburg, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297, ov. 5.

[1357] Zie C. BAYART, *o.c.*, 161, met verwijzing naar het rapport bij H.v.J. 27 juni 1990, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Jur.* 1990, I-2591. De meeste gevallen waarin het Hof een vermoeden van indirecte discriminatie aanvaardde, betreffen echter zaken waarbij het aandeel vrouwen in de benadeelde groep 90% bedroeg. Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 169.

[1358] Het betreft een regel die is opgenomen in de zogenaamde *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures* die door de Amerikaanse *Equal Employment Opportunity Commission* werd aangenomen in 1978 en die o.m. dienend zijn in geschillen waarin toepassing wordt gemaakt van Title VII van de *Civil Rights Act* van 1964, 42 *United States Code Annotated* 1981. Zie F.J. LANDY en E. SALAS, *Employment discrimination litigation: behavioral, quantitative, and legal Perspectives,* San Francisco, Jossey-Bass, 2005, 80.

[1359] Zie M. CONNOLLY, *Townshend-Smith on Discrimination law: Text, Cases and Materials,* Londen, Cavendish Publishing, 2004, 265-266; B.W. WOLKINSON en R.N. BLOCK, *The workplace rights of employees and employers*, Oxford, Blackwell Publishing, 1996, 33-34.

§ 3. Invulling van het vergelijkbaarheidsvereiste

442. **Vergelijking en vergelijkbaarheid in de definitie van directe en indirecte discriminatie.** Hierboven werd reeds duidelijk dat in de formulering van het verbod van zowel directe discriminatie als het verbod van indirecte discriminatie de voorwaarde voorkomt van een vergelijking waarbinnen de benadeelde persoon en de bevoordeelde referentiepersoon zich bevinden. In deze paragraaf wordt onderzocht in welke mate in deze vergelijking sprake dient te zijn van een vergelijkbaarheid. Dit wordt achtereenvolgens gedaan voor het verbod van directe en indirecte discriminatie.

A. Functie binnen het verbod van directe discriminatie

443. **Opname in de definitie van directe discriminatie.** In de formulering die de artikel 19-Richtlijnen geven aan het concept directe discriminatie, blijkt duidelijk dat van discriminatie slechts sprake kan zijn wanneer iemand op grond van een beschermd criterium ongunstiger wordt behandeld dan een ander *in een vergelijkbare situatie* wordt, is of zou worden behandeld. Indien de persoon zich niet in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met deze van de referentiepersoon ten opzichte van wie hij/zij zich ongelijk of nadelig behandeld voelt, is er geen directe discriminatie.[1360]

444. **Een relevante vergelijkbaarheid.** Strikt feitelijk zijn situaties nooit volledig vergelijkbaar. Als men uitgaat van de veronderstelling dat er enkel van directe discirminatie sprake is wanneer de situaties die men tegen elkaar afzet vergelijkbaar zijn, zal men vanaf een gegeven punt moeten *aannemen* dat er sprake is van vergelijkbaarheid. De vergelijkbaarheid van situaties moet worden bekeken aan de hand van goed gekozen *vergelijkingspunten* die blijk geven van voldoende *relevantie*.[1361] Men aanvaardt algemeen op basis van de rechtspraak van het Hof van Jusitie dat de relevantie van deze vergelijkinginspunten dient te worden beoordeeld in het licht van de *strekking of de doelstelling* van de betrokken maatregel.[1362] Alhoewel deze rechtspraak niet gewezen is binnen het kader van de artikel 19-Richtlijnen, kan worden aangenomen dat zij ook geldt voor de situaties waarop deze richtlijnen van toepassing zijn. Verderop zal worden aangetoond op welke manier in verzekeringsrelaties een doelgerichte interpretatie kan worden gegeven aan de vergelijkbaarheidsvoorwaarde.[1363]

445. **Vergelijkbaarheidsbeoordeling onder abstractie van beschermde kenmerken.** Verder moet men er zich van bewust zijn dat de beoordeling van de vergelijkbaarheid van situaties enkel mag plaatsvinden op basis van van vergelijkingspunten die los staan van het beschermde kenmerk. De wetge-

---

[1360] Zie o.m. C. BAYART, *o.c.*, 99; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 191-192.

[1361] B. RENAULD, *l.c.*, 25; C. BAYART, *o.c.*, 105; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 157.

[1362] J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 62-63; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 91, met verwijzing naar H.v.J 14 juli 1977, *Sagulo*, 8/77, *Jur.* 1977, 1495, ov. 10-12; C. BAYART, *o.c.*, 105 en C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 193, met verwijzing naar H.v.J 25 oktober 1988, *Commissie/Frankrijk,* 312/86, *Jur.* 1988, 6315, ov. 14; H.v.J. 29 november 2001, *Griesmar/Ministre de l'Economie*, C-366/99, *Jur.* 2001, I-9383, ov. 56; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 157.

[1363] Cf. *infra* nrs. 817 e.v.

ver gaat er immers op basis van een juridische fictie van uit dat personen ondanks hun verschillen in leeftijd, geslacht, ras, handicap, enz… vergelijkbaar zijn.[1364] In het onderzoek naar vergelijkbaarheid zal dus abstractie moeten worden gemaakt van alle verschillen die onlosmakelijk zijn verbonden met het beschermde kenmerk.[1365] Deze conceptie van vergelijkbaarheid duidt reeds op een opvallend verschil met de rol die vergelijkbaarheid speelt in het nastreven van het hierboven onderzochte begrip "actuariële fairness". Zoals hoger reeds werd toegelicht kent ook actuariële fairness een vergelijkbaarheidsconcept: de verzekeraar streeft in de mate van het mogelijke de gelijke behandeling na van vergelijkbare risico's en de ongelijke behandeling van onvergelijkbare risico's.[1366] Het daarbij toegepaste vergelijkbaarheidsconcept trekt zich echter niets aan van de (juridische) fictie dat personen voor wat betreft bepaalde kenmerken steeds moeten worden gezien als vergelijkbaar. Indien tussen mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, gehandicapten en niet-gehandicapten, enz… op grond van statistische gegevens verschillen worden vastgesteld, zijn die personen onvergelijkbaar en zullen zij ongelijk worden behandeld. Onder toepassing van het anti-discriminatierecht zal een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, gehandicapten en niet-gehandicapten,… daarentegen maar kunnen worden toegelaten, indien deze personen ook op andere relevante punten van elkaar verschillen. Enkel in dat geval is er immers sprake van onvergelijkbaarheid. De beperking die in het anti-discriminatierecht wordt gesteld aan het vaststellen van (on)vergelijkbaarheid vormt opnieuw[1367] een treffende uiting van de botsing tussen het nastreven van enerzijds juridische gelijkheid en anderzijds actuariële fairness.

B. Functie binnen het verbod van indirecte discriminatie

446. **Geen opname van de definitie van indirecte discriminatie.** In tegenstelling tot hetgeen het geval is in de omschrijving van *directe* discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen, wordt in de definitie van *indirecte* discriminatie niet letterlijk het vereiste gesteld dat de persoon die zich ongunstig behandeld voelt, zich in een vergelijkbare situatie dient te bevinden ten opzichte van andere personen. De artikel 19-Richtlijnen spiegelen zich op dit punt aan de toetsingspraktijk van het Hof van Jusititie die de vergelijkbaarheidstoets in de regel vervangt door een benadelingstoets.[1368] BAYART en GERARDS wij-

---

[1364] In dezelfde zin, M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", l.c., nr. 9. "Discriminatie wordt dan vastgesteld door hun onderlinge behandeling te vergelijken in situaties waarin de werknemers verschillen wat betreft het beschermde kenmerk, maar voor het overige inderdaad vergelijkbaar zijn". Zie ook C. BAYART, o.c., 105.

[1365] Ibidem.

[1366] Cf. *supra* nrs. 271 e.v.

[1367] Zie voor een eerder aangetoond verschil in opvatting, de rol van het benadelingsvereiste in de beoordeling van discriminatoire benadeling; het beginsel dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld, wordt in de conceptie van de artikel 19-Richtlijnen getemperd door het vereiste dat men zich enkel kan verzetten tegen een gelijke behandeling van ongelijke gevallen indien men daar zelf een nadeel van ondervindt. In die zin appelleert de juridische plicht tot ongelijke behandeling van ongelijke gevallen aan materiële gelijkheid, die erop neer kan komen dat voor ongelijke gevallen een plicht tot *aangepaste* behandeling kan gelden, die voor de benadeelde een gelijkheid van kansen of zelfs resultaat moet garanderen. Cf. *supra* nr. 404.

[1368] Zie voor deze rechtspraak, C. BAYART, *o.c.*, 144, met verwijzing naar o.m. H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 27-31; H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199, ov. 21-23; H.v.J. 11 september 2003, *Erika Steinickel/Bundesanstalt für Arbeit,* C-77/02, *Jur.* 2003, I-9027, ov. 66; H.v.J. 20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741, ov. 48-50; H.v.J.

zen op enkele schaarse gelegenheden waar het Hof van Jusititie in gevallen van indirecte discriminatie toch gebruik heeft gemaakt van een vergelijkbaarheidstoets.[1369] Deze arresten vormden echter vooral een illustratie van de noodzaak om binnen de bevoordeelde en de benadeelde groep geen over- of ondervertegenwoordiging van personen die drager zijn van het beschermd criterium aan te houden.[1370]

Voor het overige wordt het gebruik van een vergelijkbaarheidstoets bij indirecte discriminatie onwenselijk geacht. Met name wanneer het vergelijkbaarheidsoordeel een vervanging zou gaan vormen voor de rechtvaardigingsbeoordeling, ontstaat het risico dat belangrijke toetsingselementen uit de open rechtvaardiginsformule, zoals de legitimiteit, de pertinentie en de noodzakelijkheid van het onderscheid achterwege worden gelaten.[1371]

§ 4. Afstand van het "Comparability-model": invloed van het concept "menselijke waardigheid" bij het vaststellen van discriminatie

447. ***Difference model* en *human dignity*.** Ondanks het feit dat het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen de nadruk legt op de *benadeling* van de eiser binnen een geschil, speelt de vergelijk*baarheid* of de vergelijk*ing* van deze eiser met een referentiepersoon nog altijd een rol in de beoordeling van de aanwezigheid van discriminatie. Het zgn. *comparability model* zoals dat zichtbaar wordt nagestreefd door de artikel 19-Richtlijnen, staat in contrast met andere jurisdicties (zoals Canada en ook Zuid-Afrika) waar de vergelijkbaarheidsvraag in feite achterwege wordt gelaten *ten voordele* van de benadelingstoets.[1372] Dergelijke stelsels (die behoren tot het hoger beschreven *difference model*[1373]) kenmerken zich door het feit dat de nadruk *niet* meer ligt op de vergelijkbaarheid van verschillende categorieën, maar *wel* op het verschil ertussen.[1374] *Justice* SACHS, voormalig lid van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof, drukt het uit als volgt:

> *"Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the Affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of beha-*

---

24 februari 1994, *Roks/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, C-343/92, *Jur.* I-587, ov. 33-34. Zie ook C.BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 209.

[1369] Zie C. BAYART, *o.c.*, 145-146; J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel,* 248-250, beide met verwijzing naar H.v.J. 14 september 1999, *Gruber/Silhouette International Schmied*, C-249/97, *Jur.* 1999, I-5295, ov. 27. BAYART wijst verder op H.v.J. 21 oktober 1999, *Lewen/Lothar Denda*, C-333/97, *Jur.* 1999, I-7243, ov. 34-36.

[1370] Zie C. BAYART, *o.c.*, 150-151; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 208. Zie ook reeds *supra* nr. 446.

[1371] J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 250-251.

[1372] G. MOON, "From equal treatment to appropriate treatment: what lessons can Canadian equality law on dignity and on reasonable accommodation teach the United Kingdom", *European Human Rights Law Review* 2006, afl. 6, 706.

[1373] O.M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 24.

[1374] C. BARCLAY, *l.c.*, 168.

viour or extolling one form as supreme, and another as inferior, but an acknowledgement and acceptance of difference. At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society".[1375]

Zoals hierna zal blijken, ligt in het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht sterk de nadruk op een welbepaald aspect van de benadeling, zijnde de menselijke waardigheid (*human dignity*). In plaats van na te gaan of iemand in vergelijking met een andere persoon nadelig is behandeld op grond van een beschermd kenmerk, wordt onderzocht of een persoon op grond van een beschermd kenmerk op een dusdanige manier is behandeld dat zijn/haar "menselijke waardigheid" (*human dignity*) is aangetast.[1376]

448. **Overzicht.** Onder deze paragraaf zal in punt A worden onderzocht welke rol de menselijke waardigheid in Canada en Zuid-Afrika precies heeft gekregen in de beoordeling van discriminatie. Onder punt B wordt de noodzaak van een objectieve beoordeling van de schending van menselijke waardigheid toegelicht. Onder punt C wordt tenslotte nagegaan op welke manier een beroep op menselijke waardigheid *is* of *kan worden* geïntegreerd in de werking van de artikel 19-Richtlijnen.

A. "Human dignity" als beoordelingsfactor binnen de benadelingstoets

449. **Zuid-Afrika: *Prinsloo v. Van Der Linde.*** Een goed voorbeeld van het gebruik van het concept menselijke waardigheid bij de beoordeling van de benadeling van de eisende partij, wordt gevonden in de rechtspraak van het Zuid-Afrikaanse Constitutional Court in de zaak *Prinsloo* v. *Van Der Linde*. Hierin beslist het Hof dat

"[U]nfair discrimination ... principally means treating persons differently in a way which impairs their fundamental dignity as human beings, who are inherently equal in dignity."[1377]

Uit dit citaat blijkt de formele opname van het concept menselijke waardigheid als beoordelingsfactor in de toetsing van de bestreden handeling aan het gelijkheidsbeginsel. Naar een vergelijkbaarheidsvereiste wordt niet verwezen.

450. **Canada: *Law v. Canada.*** Een zelfde benadering is zichtbaar in de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in de zaak *Law* v. *Canada*.[1378] In deze zaak werd het *dignity*-concept gebruikt in een drie-trapstest om uit te maken of een wettelijke regel kan worden gezien als discriminatoir in de

[1375] Constitutional Court of South Africa 1 december 2005, *Minister of Home Affairs* v. *Fourie*, nr. 60/04, *South African Law Reports* 2006, afl. 1, 524, ov. 60.

[1376] G. MOON, *l.c.*, 706 en 718.

[1377] Constitutional Court of South Africa 1997, *Prinsloo* v. *Van Der Linde* & *The Minister of Forestry and Water Affairs*, nr. 4/96, *South African Law Reports*, afl. 3, 1012, ov. 31. Zie ook Constitutional Court of South Africa 7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300, ov. 46.

[1378] Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497.

context van *section* 15 van het hogergenoemde Canadese *Charter of Rights and Freedoms*. Binnen deze 3-stapstest komen achtereenvolgens de volgende vragen aan bod:

> *(1) Did the case involve a formal distinction or a differential impact?*
>
> *(2) Was it based on one of the grounds mentioned in section 15 of the Charter or an analogous ground?*
>
> *(3) If so, did it violate the purpose of the Charter?*[1379]

Het is binnen dit derde onderdeel van de toets dat *Justice* IACOBUCCI verwijst naar *human dignity*. Op basis van rechtspraak waarbij het Canadese Supreme Court[1380] zich eerder reeds uitsprak over het "*purpose*" van *section* 15, stelt hij dat

> *"it may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice […]".*[1381]

Vervolgens geeft IACOBUCCI een reeks factoren aan die moeten helpen bepalen of een bepaalde maatregel een schending van de menselijke waardigheid uitmaakt. Zo verwijst hij naar "*preexisting disadvantage*", "*the relationship between the grounds and the claimant's need, capacity or circumstances*", "*the ameliorative purpose of the legislation*"; "*the nature of the interest concerned*" en "*whether the law otherwise demeaned the dignity of the claimant*".[1382] Verder identificeert hij het *dignity-concept* met de vraag "*whether an individual or group feels self-respect and self-worth*" en met het idee van "*physical and psychological integrity and empowerment"*.[1383] De aandacht die het Supreme Court in de vaststelling van een discriminatoire benadeling schenkt aan "*feelings of self-respect en self-worth*" van het slachtoffer van discriminatie is niet alleen in de Canadese maar ook in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak belangrijk.[1384]

[1379] Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, ov. 39.

[1380] Supreme Court of Canada 2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society of British Columbia*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 171; Supreme Court of Canada 6 februari 1997, *Eaton v. Brant County Board of Education*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 241, ov. 66; Supreme Court of Canada 2 april 1998, *Vriend* v. *Alberta*, *Supreme Court Reports*, afl. 1, 493, ov. 67.

[1381] Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, ov. 51.

[1382] Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, ov. 62-75; zie ook R. O'CONNELL, "The role of dignity in equality law: lessons from Canada and South-Africa", *International Journal of Constitutional Law* April 2008, afl. 6, 278;

[1383] J. SMALL en E. GRANT, "Dignity, discrimination and context: new directions in South African and Canadian human rights law", *Human Rights Review* 2005, afl. 2, 30.

[1384] In haar pogingen tot definiëring van het *dignity*-concept bleek het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof eveneens rekening te houden met gevoelens van *self-worth* en *self-esteem.* Zie E. GRANT, "Dignity and equality", *Human Rights Law Review* 2007, 326; met verwijzing naar Constitutional Court of South Africa 9 oktober 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another* v. *Minister of Justice and Others*, nr. 11/98, *South African Law Reports* 1999, afl. 1, 6, ov. 24; Constitutional Court of South Africa 29 juli 2004, *Minister of Finance and Other* v

451. **Human dignity als bewijsdrempel?** De vraag rijst of de aantasting van de menselijke waardigheid in het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht geldt als een noodzakelijk element om te kunnen spreken van discriminatie, dan wel of discriminatie ook op andere manieren kan worden bewezen. Zowel in *Law* v. *Canada* als in *Prinsloo* v. *Van der Linde* bleek een beroep op het concept menselijke waardigheid er immers toe te leiden dat de discriminatievordering werd afgewezen omdat er *geen* aantasting van de menselijke waardigheid kon worden vastgesteld.

> Zo lag in *Law* v. *Canada* een maatregel voor die geen overlevingspensioen (pensioen dat men krijgt bij overlijden van de echtgenoot) toekende aan personen onder de 35 jaar. Het Hof bevestigde op basis van een contextuele benadering van de omstandigheden waarin het vermeende slachtoffer zich bevond, dat er geen schending was van het recht op *dignity* omdat jonge personen (zonder handicap of van hen afhankelijke kinderen) een betere kans hadden dan ouderen om werk te vinden en de verloren pensioeninkomsten te vervangen met een verdiend inkomen.[1385] Van stereotypering, een voorafbestaand nadeel of een bijzondere behoefte in hoofde van de eiser was volgens het Hof geen sprake.
>
> In *Prinsloo* v. *Van der Linde* zag het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof geen graten in een regeling waarbij landeigenaars in verschillende streken aan een verschillende behandeling werden onderworpen om redenen van brandpreventie- en bestrijding omdat, ook daar, geen schending kon worden gezien van "*human dignity*". Zoals het Hof verklaart "*Such differentiation cannot, by any stretch of the imagination, be seen as impairing the dignity of the owner or occupier of land outside the fire control area*."[1386]

Ondanks de beslissing in *Prinsloo* v. *Van der Linde* blijkt niettemin dat minstens het Zuid-Afrikaanse *Constitutional Court* een vrij ruime en zogenaamd "expansieve" invulling blijkt te bepleiten van het concept menselijke waardigheid. Zo stelt het *Constitutional Court* reeds in *Prinsloo* v. *Van der Linde* zélf dat niet enkel een aantasting van de menselijke waardigheid kan leiden tot een te bestrijden vorm van discriminatie, maar ook andere vormen van differentiatie "*which in some other way affect persons*

Van Heerden, nr. 63/2003, *South African Law Reports*, afl. 1, 6, ov. 101. De Canadese rechtspraak blijkt op het vlak van de interpretatie van het concept menselijke waardigheid inderdaad een inspiratiebron te zijn voor het Zuid-afrikaanse Grondwettelijk Hof. Zie J. SMALL en E. GRANT, *l.c.*, 33-34. Zie verder ook P. DE VOS, "The role of equality in the South African Legal System" in J. VANDE LANOTTE, J. SARKIN en Y. HAECK (eds.), *The principle of equality - A South-African and a Belgian perspective*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 142-143; P. DE VOS, "Substantive equality after Grootboom: the emergence of social and economic context as a guiding value in equality jurisprudence" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), *Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere*, Lansdowne, Juta Law, 2002, 61-62. In de zaak *President of the Republic of South Africa* v. *Hugo* citeert *Justice* GOLDSTONE zelfs rechtstreeks uit de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in de *Egan*-case, alwaar rechter L'HEUREUX-DUBÉ overwoog dat *human dignity* "*is at the heart of individuals rights in a free and democratic society"* en dat het concept tegelijkertijd een verplichting inhoudt "*to recognizing each person's equal worth as a human being*." *(*Zie Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 41, met verwijzing naar Supreme Court of Canada, 25 mei 1999, *Egan* v. *Canada*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 2, 543). Het verschil tussen het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht bestaat er wel in dat *Human dignity* in Zuid-Afrika expliciet als een apart recht is ingeschreven in de Zuid-Afrikaanse Grondwet, terwijl het in Canada een concept vormt dat is afgeleid door de rechtspraak. Zie *section* 10 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet: *Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected. Section* 7(1) verklaart dat "*This Bill of Rights enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom*."

[1385] Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, 104-108.

[1386] Constitutional Court of South Africa 1997, Prinsloo v. Van Der Linde & The Minister of Forestry and Water Affairs, nr. 4/96, South African Law Reports 1997, afl. 3, 1012, ov. 41.

adversely in a comparably serious manner".[1387] Deze visie werd in latere rechtspraak bevestigd.[1388] In die zin begrepen, fungeert de *dignity*-test in Zuid-Afrika niet zuiver als een drempel in de zin van een zogenaamde *litmus-test*, maar wel als een "*rhetorical guiding light*", met als functie de bescherming tegen discriminatie in ieder geval te verbreden, maar niet noodzakelijk ze te verengen.[1389]

452. **"Dignity"-analyse in horizontale relaties?** Hierbij moet worden opgemerkt dat de hierboven geciteerde Zuid-Afrikaanse en Canadese rechtspraak waarbij het concept van *human dignity* werd aangewend, telkens is gewezen in geschillen waarbij een wettelijke maatregel werd aangevochten omwille van zijn grondwettigheid (*section* 8 van de Zuid-Afrikaanse *Interim Constitution* en *section* 15 van het *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). De focus op verticale relaties wil echter niet zeggen dat een zogenaamde *dignity-analysis* geen rol heeft te spelen in de relatie tussen particulieren. Zo is de Zuid-Afrikaanse *Bill of Rights*, waarin naast het gelijkheidsbeginsel, ook het recht op menselijke waardigheid is opgenomen[1390], rechtstreeks toepasselijk in de relaties tussen particulieren.[1391] Het Canadese Supreme Court heeft ook frequent erkend dat het *Charter* en de horizontaal toepasselijke *Provincial Codes* een gemeenschappelijk doel nastreven.[1392] Hieruit kan worden besloten dat ook "*human dignity*" een rol kan spelen in de beoordeling van de toelaatbaarheid van vermeend discriminatoir onderscheid in horizontale relaties.[1393]

[1387] *Ibidem*, ov. 33.

[1388] Constitutional Court of South Africa 7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300, ov. 50.

[1389] Ook hier blijkt het Zuid-Afrikaanse Constitutional Court weer inspiratie te vinden in de Canadese rechtspraak die er tot op zekere hoogte een vergelijkbare visie op na schijnt te houden. Zo citeert het Constitutional Court in de zaak *Harksen* v. *Lane* opnieuw *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in de *Egan-case*, door te bevestigen dat "*dignity is a notoriously elusive concept* [that] *cannot, by itself, bear the weight* [*of determining whether the discrimination is unfair or not*.]". Zie South African Constitutional Court 7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300, ov. 50, met verwijzing naar *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada, 25 mei 1999, *Egan* v. *Canada*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 2, 545. Zie ook P. DE VOS, "The role of equality in the South African Legal System" *l.c.*, 143 en 151; P. DE VOS, "Substantive equality after Grootboom: the emergence of social and economic context as a guiding value in equality jurisprudence", *l.c.*, 61.

[1390] Zie section 10 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet: "Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected."

[1391] Zie section 8 van de Zuid-Afirkaanse Grondwet: "A provision of the bill of rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of the duty imposed by the right." I. RAUTENBACH, "The bill of rights applies to private law and binds private persons", l.c., 316. Zie ook S.B.O. GUTTO, o.c., 287.

[1392] Zie in dit verband Justice MCLACHLIN in de Meiorin- zaak (Supreme Court of Canada, 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 48: "I see little reason for adopting a different approach when the claim is brought under human rights legislation which, while it may have a different legal orientation, is aimed at the same general wrong as s. 15(1) of the Charter".

[1393] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 258 *jcto*. 290. In de zaak *Meiorin* (een geschil tussen particulieren) werd de beoordeling van *human dignity* inderdaad betrokken in de zogenaamde "*unified approach*" ter beoordeling van directe en indirecte discriminatie. Zowel bij de beoordeling van directe als indirecte discriminatie dient te worden nagegaan of de verweerder voldoende actie heeft ondernomen om de noden van de eisende partij te "accomoderen", zodat tegemoet wordt gekomen aan "*the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual*. Zie Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 62.

B. Objectieve beoordeling van schending van menselijke waardigheid.

453. **Nood aan een objectieve beoordeling.** Het integreren van een *dignity*-aspect in de beoordeling van vermeende vormen van discriminatie, zorgt ervoor dat discriminatie kan worden vastgesteld zonder daarbij beroep te moeten doen op een soms moeilijk uit te voeren vergelijkbaarheidsoordeel. Ondanks de conceptuele vereenvoudiging die een dergelijke beoordelingswijze met zich meebrengt, zijn er ook nadelen aan verbonden. Meerbepaald leidt de vaagheid van het begrip *human dignity* ertoe dat het begrip wordt gebruikt ter vermomming van bepaalde waardeoordelen die de rechter zou hebben bij de beoordeling van een discriminatievordering.[1394] Een andere bezorgdheid is dat in de beoordeling van de benadeling op grond van *human dignity,* te veel aandacht zou kunnen gaan naar de subjectieve gevoelens van het vermeende slachtoffer.[1395] Om dit te vermijden zijn in de rechtspraak criteria ontwikkeld die een beter omlijnde inhoudelijke invulling van het begrip menselijke waardigheid moeten mogelijk maken.[1396] In de literatuur worden op basis van deze rechtspraak minstens twee categorieën van "onwaardige behandeling" onderscheiden.[1397]

454. **Vooroordelen en stereotypering.** Van een schending van de menselijke waardigheid kan ten eerste worden gesproken wanneer de nadelige behandeling is gebaseerd op vooroordelen en stereotypering.[1398] Men is inderdaad van oordeel dat de menselijke waardigheid wordt aangetast indien aan personen die deel uitmaken van een beschermde groep, negatieve karakteristieken worden toege-

---

[1394] Zo wijst RÉAUME erop dat het concept van human dignity, niet mag worden gebruikt als "an empty placeholder for other less presentable reasons for finding or refusing to find a violation of equality." Zie D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", Louisiana Law Review 2003, 646. Zie ook R. O'CONNELL, l.c., 284.

[1395] "*Harm to dignity"* is zoals RÉAUME het uitdrukt "*better understood as an independent, objective harm, not a matter of hurt feelings."* RÉAUME is van oordeel dat in het geval een discriminatievordering wordt afgewezen, een constructiever resultaat wordt bereikt door de eiser te vertellen dat hij of zij de eigenlijke betekenis of noodzaak van de bestreden handeling verkeerd heeft ingeschat, dan hem of haar voor te spiegelen dat zijn of haar gevoelens ongerechtvaardigd of onredelijk zouden zijn. Het zou misplaatst zijn dat de rechter zich verliest in een ongeoorloofde oefening in empathie. Zie D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", *l.c.*, 682-684. Zie voor Canada verder ook S.R. MORAU, "The wrongs of unequal treatment", *University of Toronto Law Journal* 2004, afl. 54, 318-320; R. O'CONNEL, *l.c.*, 274 en 284-285; S. FREDMAN, "From Deference to Democracy: The Role of Equality under the Human Rights Act 1998", *Law Quarterly Review* 2006, 72; D. RÉAUME, "Harm and fault in discrimination law: the transition from intentional to adverse effect discrimination", *l.c.*, 13. K. ONUSKO, "Equality Rights Background", http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/issues/equalityrightsbackground.php#footnotes, Centre for Constitutional Studies, Alberta Law Foundation. Zie voor Zuid-Afrika: C. ALBERTYN en B. GLODBLATT, "Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality", *South African Journal on Human Rights* 1998, 272; E. GRANT, "Dignity and equality", *l.c.*, 325. Zowel in Zuid-Afrika als in Canada bestaat de vrees dat *dignity*-analyse het op die manier moeilijker maakt voor het slachtoffer om succesvol te kunnen aantonen dat er sprake is van discriminatie. Zie R. O'CONELL, *o.c.*, 284.

[1396] Zie hieronder voetnoot 1398.

[1397] Zie D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", *l.c.*, 672 en 686-687; S.R. MOREAU, *l.c.*, 297 en 307-308.

[1398] Zie voor Canada, Supreme Court of Canada 19 december 2002, *Gosselin v. Québec (Attorney-General)*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 429, ov. 231, 235 en 237; Supreme Court of Canada 19 december 2002, *Nova Scotia (Attorney-General)* v. *Walsh*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 325, ov. 79 en 93; Supreme Court of Canada, 2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society, Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 19; Supreme Court of Canada 6 februari 1997, *Eaton* v. *Brant County of Education*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 241, ov. 67. Zie voor Zuid-Afrika, Constitutional Court of South Africa 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 132; Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 41 en 80.

[1399] Zo zou er in verzekeringsrelaties sprake kunnen zijn van een schending van menselijke waardigheid wanneer aan een gehandicapte persoon levensverzekering wordt geweigerd omwille van het vermoeden dat er sprake is van een verhoogd zelfmoordrisico, zonder dat daarbij op basis van statistische gegevens een verhoogd zelfmoordrisico kan worden aangetoond voor gehandicapten en een verlaagd zelfmoordrisico voor niet-gehandicapten. Zelfs indien statistische gegevens kunnen worden voorgelegd waaruit blijkt dat "gehandicapten" een hoger zelfmoordrisico lopen kan er sprake zijn van bevooroordeling of stereotypering. Het is namelijk goed mogelijk dat het verhoogd zelfmoordrisico slechts voorkomt onder een bepaalde sub-groep van gehandicapten, waarvan de benadeelde geen deel uitmaakt.[1400] Het feit dat de verzekeraar geen inspanningen heeft geleverd om na te gaan waar de eigelijke oorzaken van een verhoogd zelfmoordisico liggen en er vanuit gaat dat iedere gehandicapte drager is van een dergelijk risico, kan bijgevolg volstaan om een vermoeden van discriminatie vast te stellen.

455. ***Dignity constituting benefits.*** Van een schending van de menselijke waardigheid kan ten tweede sprake zijn indien de vermeend discriminatoire handeling neerkomt op het ontzeggen van zogenaamde *dignity-constituting benefits.*[1401] Onder het ontzeggen van *dignity-constituting benefits* verstaat men het verhinderen van de toegang tot zogenaamde relevante basisgoederen.[1402] Ook in verzekeringsrelaties zou het ontzeggen van *dignity-constituting benefits* kunnen leiden tot de vaststelling van een discriminatoire benadeling. Zo kan de weigering van een hospitalisatieverzekering aan een

---

[1399] D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", *l.c.*, 681-682; J. SMALL en E. GRANT, *l.c.*, 41.

[1400] Dat in verzekeringsrelaties ook discriminatie op grond van een sub-groep van gehandicapten (bv. mentaal gehandicapten), een discriminatie vormt op grond van handicap bleek bv. uit in de zaak *Battlefords* v. *Gibbs* voor het Canadese Supreme Court. In dit geval had een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar bedongen dat men recht maakte op een vervangingsinkomen zolang de handicap voortduurde, maar werd in de polis eveneens bedongen dat wanneer de handicap in kwestie een mentale handicap betrof, de betaling van het vervangingsinkomen na twee jaar zou worden stopgezet. Volgens de verzekeraar was de toepasselijke anti-discriminatiewetgeving er enkel op gericht om de ongelijke behandeling te bestrijden van gehandicapten in vergelijking met niet-gehandicapten en zou zij geen bescherming bieden tegen discriminatie binnen de groep van gehandicapten onderling. Dit argument werd door het Supreme Court verworpen: "*It is not fatal to a finding of discrimination that not all persons in the group bearing the relevant characteristic have been discriminated against. Discrimination against a sub-set of the group, in this case those with a mental disability, can be considered discrimination against persons with disabilities."* Zie Supreme Court of Canada 31 oktober 1996, *Battlefords and District Co-operative Ltd.* v. *Gibbs*, *Supreme Court Reports* 1996, afl. 3, 566, ov. 27-28 en ov. 31, met verwijzing naar Supreme Court 2 mei 1991, *R. v. Swain*, *Supreme Court Reports* 1991, afl. 1, 933, 994. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 296; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 291. Zie eerder ook met betrekking tot discriminatie op grond van zwangerschap (als een sub-groep van de vrouwelijke verzekerden), Supreme Court of Canada 4 mei 1989, *Brooks* v. *Canada Safeway Limited*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 1219, 1238. "*if an employer* […] *enters into the field of compensation for health conditions and then excludes pregnancy as a valid reason for compensation, the employer has acted in a discriminatory fashion*".

[1401] Supreme Court of Canada 6 februari 1997, *Eaton* v. *Brant County of Education*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 241, ov. 67. Zie D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", *l.c.*, 686 e.v.; S.R. MOREAU, *l.c.*, 307 e.v.

[1402] Het idee dat een handeling ook discriminatoir is vanwege de omstandigheid dat de toegang tot bepaalde basisgoederen wordt verhinderd, zonder dat daarbij sprake is van bevooroordeling of stereotypering, volgt uit de zaak *Eldridge* v. *British Columbia (Attorney-General)* voor het Canadese *Supreme Court*. Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 3, ov. 65 en 72. In deze zaak verklaarde het Hof dat het feit dat in ziekenhuizen niet kon worden voorzien in tolken (*sign language interpreters*) die doven via gebarentaal in staat moest stellen een gesprek te kunnen volgen en voeren, een schending uitmaakte van *section* 15 van het *Charter of Rights and Freedoms*. Zie ook D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", *l.c.*, 690; R. O'CONNELL, *l.c.*, 274; S.R. MOREAU, *l.c.*, 312.

[1403] Het weigeren van een schuldsaldoverzekering aan een (ex-)kankerpatiënt leidt ertoe dat deze persoon niet in staat is om een lening af te sluiten met het oog op het in eigendom verkrijgen van een eigen woning. Het afsluiten van de toegang tot *dignity-constituting benefits* kan in dergelijke gevallen worden gezien als een potentiële vorm van discriminatie, zonder dat de eiser daarvoor heeft moeten aantonen dat hij zich benadeeld voelt ten opzichte van een niet-kankerpatiënt of niet HIV-besmet persoon in vergelijkbare omstandigheden.

C. "Dignity"-analyse in de artikel 19-Richtlijnen?

456. **Erkenning in de definitie van intimidatie.** De definities van directe en indirecte discriminatie in de Europese artikel 19-Richtlijnen expliciteren het concept "menselijke waardigheid" niet. Binnen deze definities wordt nog steeds de nadruk gelegd op het vereiste van benadeling *ten opzichte* van een al dan niet hypothetische referentiepersoon in vergelijkbare omstandigheden.

Toch is een beoordeling op basis van *dignity* niet vreemd aan de tekst van de artikel 19-richtlijnen. Het gaat dan niet om de definiëring van directe en indirecte discriminatie, maar wel om de definiëring van het concept "*intimidatie*", dat onder de artikel 19-Richtlijnen eveneens een verboden vorm van discriminatie uitmaakt.

> Intimidatie wordt zowel in de Genderrichtlijn[1404] als in de Rasrichtlijn[1405], de Kaderrichtlijn arbeid[1406], en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid[1407] beschouwd als "*ongewenst gedrag*" dat verband houdt met het beschermde kenmerk in kwestie en "*dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast*" en daarbij een "*bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving*" creëert. Uit deze definitie blijkt duidelijk dat voor het aantonen van "intimidatie" geen rekening dient te worden gehouden met een beoordeling in welke mate men *ten opzichte van* een (vergelijkbare) referentiepersoon werd benadeeld, maar wel of men geconfronteerd is geweest met "*ongewenst gedrag*" dat de *waardigheid* van de persoon aantast. Hierbij wordt wel bijkomend bewijs gevraagd in verband met de mate waarin daarbij een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving is gecreëerd.

457. **Erkenning in de rechtspraak van het Hof. Conclusie van Advocaat-Generaal POIARES MADURO.** Zoals blijkt uit de definite van het concept "intimidatie" onder de artikel 19-Richtlijnen, is het Europees anti-discriminatierecht zeker niet onbekend met het concept "menselijke waardigheid". Het feit dat de definities van directe en indirecte indirecte discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen niet naar het concept verwijzen, is volgens sommigen een aanwijzing dat het Zuid-Afrikaanse en Canade-

[1403] N. NTLAMA, *l.c.*, 6.

[1404] Artikel 2 lid c) van de Genderrichtlijn.

[1405] Artikel 2, lid 3 van de Rasrichtlijn.

[1406] Artikel 2, lid 3 Van de Kaderrichtlijn arbeid.

[1407] Artikel 2, lid 3 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

se beoordelingsmodel terzake niet voor de hand ligt.[1408] Hier moet echter worden gewezen op het feit dat het begrip, bij monde van Advocaat-Generaal POIARES MADURO recent sterk in de verf is gezet in de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Coleman*.[1409]

In de zaak *Coleman* diende het Hof van Justitie zich uit te spreken over de vraag of er sprake was van discriminatie op grond van handicap onder de artikel 19-Richtlijnen wanneer een persoon wordt benadeeld op grond van het feit dat niet zij zelf, maar de persoon over wie zij zorg heeft, een gehandicapte is. Advocaat-Generaal POIARES MADURO doet in deze zaak expliciet beroep op het concept menselijke waardigheid en koppelt het concept aan het gelijkheidsbeginsel zoals het vorm krijgt in artikel 13 E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 Werkingsverdrag) en de erop gebaseerde Richtlijnen. Om uit te maken welke inhoud moet worden gegeven aan het gelijkebehandelingsbegrip in de artikel 19-Richtlijnen, moeten volgens de Advocaat-Generaal de aan het gelijkheidsbeginsel ten grondslag liggende waarden in herinnering worden gebracht. Volgens de Advocaat-Generaal zijn dat menselijke waardigheid en autonomie.[1410] Het begrip menselijke waardigheid houdt volgens POIARES MADURO in dat "*de gelijke waarde van elk individu wordt erkend*".[1411] Noch politieke instellingen, noch individuen mogen handelen op een wijze die "*het intrinsiek belang van elk mensenleven verloochent*". Vervolgens stelt de Advocaat-Generaal zeer duidelijk dat

> *"artikel 13 E.G. en de richtlijn […] de bescherming [beogen] van de waardigheid en de autonomie van personen die tot de genoemde verdachte classificaties behoren."*[1412]

458. **Invraagstelling geldigheid van *mixed motive decisions*.** Volgens Advocaat-Generaal POIARES MADURO is één van de manieren om de waardigheid en de autonomie van mensen die tot een bepaalde groep behoren te ondermijnen, hen niet te *viseren* omwille van het feit dat zij drager zijn van een beschermd kenmerk.[1413] De gelijke waarde van iemand erkennen betekent dat men blind dient te zijn voor de religieuze overtuiging, de leeftijd, de handicap of de seksuele geaardheid wanneer men iemand een last oplegt of wanneer iemand een voordeel wordt ontzegd. Deze kenmerken mogen volgens de Advocaat-Generaal dan ook geen enkele rol spelen bij het stellen van een benadelende handeling.[1414] Op grond van de menselijke waardigheid stelt de Advocaat-Generaal de hierboven besproken geldigheid van *mixed motive decisions* in vraag.[1415]

[1408] G. MOON, *l.c.*, 706.

[1409] Zie voor een eerdere toelichting, *supra* nr. 424.

[1410] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 8.

[1411] *Ibidem*, ov. 9.

[1412] *Ibidem*, ov. 10.

[1413] Ibidem.

[1414] Ibidem.

[1415] *supra* nr. 424.

459. **Verbod van discriminatie door associatie.** Een "*krachtige opvatting"* van gelijkheid houdt volgens de Advocaat-Generaal verder in dat ook *meer subtiele vormen* van discriminatie onder de bescherming van de anti-discriminatiewetgeving moeten vallen. Volgens de Advocaat-Generaal veronderstelt het concept menselijke waardigheid dat ook derde personen, die een nauwe band hebben met de personen die door de artikel 19-Richtlijnen worden beschermd, niet worden benadeeld.[1416] "*De waardigheid van de persoon met een verdacht kenmerk wordt immers evenzeer aangetast wanneer hij direct wordt gediscrimineerd als wanneer hij ziet dat iemand anders wordt gediscrimineerd om de enkele reden dat die persoon met hem een band heeft."*[1417] Op grond van het concept menselijke waardigheid slaagt de Advocaat-Generaal erin om ook discriminatie "op grond van associatie" mee onder het discriminatieverbod van de artikel 19-Richtlijnen te schuiven.[1418]

Het Hof van Justitie heeft de Advocaat-Generaal in de zaak *Coleman* zeer duidelijk gevolgd op het punt van het verbod van discriminatie door associatie.[1419] Het Hof verwijst niet letterlijk naar het concept menselijke waardigheid, maar erkent wél dat de Kaderrichtlijn arbeid van zijn *nuttig effect* zou beroofd worden wanneer de toepassing ervan wordt beperkt tot "*personen die zelf gehandicapt zijn."*[1420] De bescherming die de Kaderrichtlijn arbeid wordt geacht te garanderen zou volgens het Hof op ontoelaatbare wijze worden verminderd, moest het discriminatiebegrip niet in deze zin worden begrepen.[1421] In de rechtsleer wordt aangenomen dat het begrip discriminatie door associatie na *Cole-*

[1416] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov.11.

[1417] *Ibidem*, ov. 13.

[1418] In de literatuur wordt gesproken over discriminatie door associatie wanneer niet het slachtoffer zelf, maar de persoon waarvoor het vermeende slachtoffer instaat of anderszins een relatie mee heeft, drager is van het beschermde kenmerk. Zie J.H. GERARDS, "Discrimination grounds", *l.c.*, 169; R. ALLEN, *l.c.*, 65. Discriminatie door associatie wordt in de artikel 19-Richtlijnen niet expliciet geregeld. Ook in het lidstatelijk recht is het een weinig voorkomend begrip, hierbij enkele uitzonderingen niet te na gesproken. Zie bv. *section* 3 (1)(b)(i) van de Ierse *Equal Status Act* van 2000, *l.c.*, "*For the purposes of this Act, discrimination shall be taken to occur where* […] *a person who is associated with another person is treated, by virtue of that association, less favourably than a person who is not so associated*". Zie voor Canada, de rechtspraak van het Supreme Court op basis van *section* 15 van het *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Supreme Court of Canada, 2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society, Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 144: "*Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination".*

[1419] H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603. Het betrof een geschil waarbij een werkneemster door haar werkgever werd benadeeld ten opzichte van andere werknemers omwille van het feit dat zij de zorg had over een gehandicapt kind.

[1420] H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 51. De in het geding betrokken regeringen hadden in deze naak nochtans opgemerkt dat een dergelijke interpretatie niet strookte met de eerder door het Hof van Justitie gevolgde restrictieve interpretatie van het begrip "handicap" in de zaak *Chacón Navas* (cf. *supra* nr. 107 e.v.). Het Hof geeft toe dat zij het begrip handicap in deze zaak eng heeft gedefinieerd. Dit betekent volgens het Hof echter niet dat het in de Kaderrichtlijn arbeid neergelegde discriminatieverbod niet van toepassing kan zijn op een situatie waarbij de gestelde ongungstige behandeling van een werknemer is gebaseerd op de handicap van zijn kind, van wie hij de hoofdverzorger is (zie ov. 44-45 van hetzelfde arrest).

[1421] H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 51.

man niet alleen ingang heeft gevonden in het discriminatiebegrip van de artikel 19-Richtlijnen, maar algemeen in het hele Europese discriminatie-acquis.[1422]

De vaststelling dat ook discriminatie door associatie verboden is onder de artikel 19-Richtlijnen kan van belang zijn in verzekeringsrelaties. Gedacht kan worden aan een polis familiale verzekering, onderschreven door één van de ouders mede ten behoeve van aansprakelijkheidsrisico's in hoofd van de andere leden van het gezin. Indien blijkt dat omwille van het feit dat één van de kinderen gehandicapt is een hogere premie wordt aangerekend, kan de ouder die de polis onderschrijft een vermoeden van discriminatie aantonen, ook al heeft de handicap geen betrekking op hemzelf. Hierbij kan ook worden verwezen naar de zaak *J.* v. *London Life Insurance* voor het *British Columbia Human Rights Tribunal* waar een man een levensverzekeringspolis werd geweigerd op grond van het feit dat hij gehuwd was met een HIV-patiënte. Het Tribunal erkende dat er in dit geval niet alleen sprake was van discriminatie door associatie, maar zelfs van discriminatie op basis van "*a perceived propensity to become disabled in the future*".[1423] Beide vormen kunnen volgens het *Tribunal* aanleiding geven tot een schending van het discriminatieverbod onder de *British Columbia Human Rights Code.*[1424]

460. **Verbod van discriminatie op grond van veronderstelde kenmerken.** De rechtsleer neemt eveneens aan dat naast discriminatie op grond van associatie, ook discriminatie op grond van zgn. "*assumed characteristics*" onder de beschermingssfeer van de artikel 19-Richtlijnen vallen.[1425] Het betreft de hypothese waarbij men benadeeld wordt op grond van de *veronderstelling* dat men drager is van een beschermd kenmerk. Ook hier zou een beroep op *human dignity* kunnen gelden als argumentatie dat deze discriminatievorm bescherming verdient onder het toepassingsgebied van de artikel 19-Richtlijnen.[1426] In de Parlementaire voorbereiding bij de Belgische anti-discriminatiewetgeving

---

[1422] Zie M. PILGERSTORFER en S. FORSHAW, "Transferred discrimination in European law" (noot onder H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603), *Industrial Law Journal* 4 december 2008, afl. 4, 390.

[1423] British Columbia Human Rights Tribunal 21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43, ov. 44-47, met verwijzing naar British Columbia Council for Human Rights 1988, *Biggs* v. *Hudson*, *Canadian Human Rights Reporter* 1988, D/5391, ov. 40354-40360.

[1424] Ibidem.

[1425] J.H. GERARDS, "Discrimination Grounds", *l.c.*, 163; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 198. Bevestiging van de stelling dat ook discriminatie door associatie wordt beschermd onder de artikel 19-Richtlijnen, kan worden gevonden in het Voorstel van een Richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, COM(1999)566 def, 7 (hierna "Voorstel van Rasrichtlijn"). Hier verklaart de Commissie dat het beginsel van gelijke behandeling van toepassing moet zijn ongeacht het feit of de discriminatie op grond van ras of etnische afstamming "*reëel is of vermoed wordt*". Merk op dat disriminatie op grond van vermoede kenmerken in de Ierse wetgeving expliciet wordt begrepen onder het discriminatieverbod. Zie *section* 3(1)(a) van de Ierse *Equal Status Act* van 2000: "*For the purposes of this Act, discrimination shall be taken to occur where on any of the grounds* […] *which is imputed to the person concerned, a person is treated less favourably* […]".

[1426] Inspiratie kan worden gevonden in de Canadese rechtspraak. Zie British Columbia Court of Appeal 6 april 2005, *North Vancouver School Dist. No. 44* v. *Jubran*, *Canadian Human Rights Reporter* 2005, D/1, ov. 55: "*The words of s. 8* [British Columbia Human Rights Code]*, as they apply to discrimination on the grounds of sexual orientation, do not require that a person complaining of discrimination identify himself as a homosexual or that its harassers believe that he is homosexual. By focussing on the purposes of the Code and the effects of the harassment on Mr. Jubran's dignity and equality*, […] *it is apparent that he had standing to bring a complaint of discrimination under the Code.*" Zie ook British Columbia Council for Human Rights 1989, *Hamlyn* v. *Cominco Ltd.*, 11 *Canadian Human Rights Reporter*, D/333.

van 10 mei 2007 werd reeds benadrukt dat het niet vereist is dat een persoon door het beschermd criterium wordt gekenmerkt om discriminatie op grond van dit kenmerk vast te stellen.[1427]

De vraag of discriminatie op grond van veronderstelde kenmerken kan worden bestreden onder het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen is ook voor verzekeringsrelaties van belang. Denk aan de situatie waarbij de hospitalisatieverzekeraar een polis weigert aan te bieden of een bijpremie aanrekent op grond van de vaststelling dat er zich bij de familieleden van de kandidaat-verzekerde (ouders, grootouders, broers, zussen) bepaalde (al dan niet ergelijke) ziektes voorkomen. In dit geval heeft de verzekeraar op het eerste gezicht geen onderscheid gemaakt op grond van huidige of toekomstige gezondheidstoestand. Doordat hij aan de kandidaat-verzekerde eigenschappen toekent op basis van het feit dat deze persoon behoort tot een familie waarin een bepaald ziektebeeld vaak voorkomt, maakt hij nochtans een potentiële inbreuk op het discriminatieverbod.[1428]

461. **Vooroordelen, stereotypering en de toegang tot relevante basisgoederen.** De Canadese rechtspraak erkent dat een benadeling die zich uit in het gebruik van vooroordelen en stereotypering of het verhinderen van de toegang tot zogenaamde relevante basisgoederen als een schending van menselijke waardigheid. Ook Advocaat-Generaal POIARES MADURO maakt gebruik van dergelijke "objectieve invullingen"[1429] van menselijke waardigheid. Vooroordelen (en wellicht ook stereotypering) zijn volgens de Advocaat-Generaal in staat om de menselijke waardigheid aan te tasten en om die reden verdienen zij door het gelijkebehandelingsrecht te worden bestreden.[1430] Ook het ontzeggen van de toegang tot basisgoederen (*dignity constituting benefits*) wordt door POIARES MADURO gezien als een schending van de menselijke waardigheid en autonomie. Zo beweert hij dat het streven naar autonomie wordt belemmerd door personen die

> *"op grond van verdachte classificaties waardevolle opties [ontzeggen] op gebieden die van fundamenteel belang zijn voor hun leven."*[1431]

POIARES MADURO vindt het dan ook redelijk en billijk dat de anti-discriminatiewetgeving tussenkomt wanneer personen dergelijke opties worden ontzegd. Als voorbeeld geeft hij de toegang tot het

---

[1427] Verslag Libert, *l.c.*, 41-42. Zie ook C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 198.

[1428] Deze hypothese is vooral interessant voor gevallen waarbij niet kan worden aangetoond of het ziektebeeld waarnaar gevraagd wordt genetisch overdraagbaar is. In gevallen waarbij wel naar genetisch overdraagbare aandoeningen wordt gevraagd kan (tenminste onder het toepassingsgebied van de Belgische anti-discriminatiewetgeving, zie de opsomming van beschermde discriminatiegronden onder artikel 3 van de Algemene anti-discriminatiewet), beroep worden gedaan op de discriminatiegrond "genetische eigenschap". Hierbij zij eraan herinnerd dat in België ook beroep kan worden gedaan op artikel 5 en 95 W.LVO, die een verbod instellen op iedere mededeling van genetische gegevens bij het sluiten van de overeenkomst. Zie K. TROCH, *l.c.*, 23; N. JEGER en P. CAUWENBERGH, *l.c.*, 247-248). Op basis van deze bepalingen zijn vragen in verband met ziektes van familieleden niet toegelaten. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 184.

[1429] Zie *supra* nr. 453 e.v.

[1430] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 10-11.

[1431] *Ibidem*, ov. 11.

arbeidsproces en de beroepsontwikkeling die voor iedereen van fundamenteel belang is: "*als een middel om de kost te verdienen, maar ook als een belangrijke wijze van zelfontplooiing en van verwezenlijking van iemands mogelijkheden*." Er zijn niet meteen redenen voorhanden waarom ook het verhinderen van de toegang tot (levens)noodzakelijke vormen van verzekering (zoals hospitalisatie- of schuldsaldoverzekering) niet zou kunnen worden gezien als het "ontzeggen van waardevolle opties".

462. **Besluit.** De uitspraak van het Hof in *Coleman* geeft duidelijk aan dat het concept menselijke waardigheid ook in de toepassing van de artikel 19-Richtlijnen inzetbaar is om de concrete betekenis en reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel mee te helpen bepalen. Ter nadere omschrijving van gevallen die onder het anti-discriminatierecht moeten worden bestreden noemt POIARES MADURO, net zoals het geval was in de Canadese rechtspraak, het gebruik van vooroordelen en stereotypering en het ontzeggen van relevante basisgoederen. Door de Advocaat-Generaal werd menselijke waardigheid vooral gekoppeld aan de invulling van de *benadeling* van de eisende partij (*mixed motive decisions* en "discriminatie door associatie"). De beoordeling van "*human dignity*" kan echter ook op andere manieren worden opgenomen. Zoals verderop ruimer wordt toegelicht, is er onder de artikel 19-Richtlijnen eveneens sprake van discriminatie wanneer voor (gehandicapte) personen geen zogenaamde "*redelijke aanpassingen*" worden gedaan in de toegang tot arbeid of de toegang tot het leveren van goederen en diensten. Ook in de beoordeling van de redelijkheid van deze aanpassingen zou, naar analogie met reeds bestaande Canadese rechtspraak in horizontale relaties[1432], kunnen worden onderzocht of de verweerder door de vermeend discriminerende handeling de eiser al dan niet in zijn menselijke waardigheid aantast.[1433]

§ 5. Besluit bij deze afdeling

463. **Benadeling en vergelijkbaarheid.** Voor het vaststellen van discriminatoir onderscheid in de artikel 19-Richtlijnen dient sprake te zijn van een benadeling van het slachtoffer van de bestreden handeling ten opzichte van een andere eventueel hypothetische referentiepersoon in vergelijkbare omstandigheden. In de zogenaamde toetsingsingang, de fase waarin onderzocht wordt of de benadeelde partij eigenlijk wel recht van klagen heeft, moet dan worden nagegaan of er een benadeling is (op grond van een beschermd kenmerk) en of het slachtoffer zich in vergelijkbare omstandigheden bevindt met de persoon met wij hij/zij zich vergelijkt.

In het geval van directe discriminatie dient de benadeling te zijn gebaseerd op grond van één van de beschermde kenmerken. In het geval van indirecte discriminatie dient een ogenschijnlijk neutrale handelwijze een bijzondere benadeling teweeg te brengen van personen die drager zijn van een be-

[1432] Zie met name de zaak *Meiorin* waarbij in de reeds toegelichte *unified approach* inzake de beoordeling van directe en indirecte discriminatie, rekening wordt gehouden met de vraag of de waardigheid van de eiser wordt aangetast door het niet voorzien van redelijke aanpassingen, Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commissio)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 62. Zie voor een verdere toelichting, *infra* nr. 614 e.v.

[1433] Cf. *infra* nr. 617.

schermd kenmerk. De benadeling kan in dit laatste geval worden vastgesteld via statistische methodes, maar ook andere bewijsmiddelen zijn toegestaan.

Door de nadruk die in het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen wordt gelegd op de aspecten van benadeling op grond van één van de beschermde kenmerken én de vergelijkbaarheid van de betrokken situaties, beschikt de verweerder in een discriminatiegeschil reeds over enkele belangrijke verweermiddelen.

464. **Doorkruisen van het oorzakelijk verband.** Vooreerst kan de verweerder trachten het zogenaamd oorzakelijk verband tussen het beschermde kenmerk en de benadeling te weerleggen op grond van het bewijs dat de bestreden handeling (in het geheel) niet gebaseerd was op een beschermd kenmerk. Daar de beschermde discriminatiegrond in vele gevallen niet kenbaar wordt gemaakt of niet openlijk wordt gebruikt, heeft de rechtspraak zich gebogen over de vraag hoe het verband tussen beschermd kenmerk en bestreden behandeling kan worden blootgelegd. Een mogelijke formule is de zogenaamde patroonmethode, waarbij aan de hand van statistische informatie of andere feitenmateriaal een patroon van systematische benadeling wordt gezocht.

Een andere formule is de zogenaamde *but-for* test die op basis van een *conditio sine qua non*-redenering nagaat of de verweerder op dezelfde manier zou hebben gehandeld indien de benadeelde geen drager van het beschermde kenmerk was geweest, maar zich voor de rest in vergelijkbare omstandigheden bevindt.[1434] Een dergelijke beoordeling lijkt echter toe te staan dat indien het beschermde kenmerk geen *beslissende* invloed heeft gehad op de bestreden handeling, er ook geen sprake kan zijn van discriminatie. Voor de verzekeraar is een dergelijke beoordelingswijze interessant als verweermiddel, daar zijn segmenteringsbeleid meestal niet gebaseerd is op één persoonskenmerk, maar wel op verschillende al dan niet door het anti-discriminatierecht beschermde risicofactoren. In verscheidene rechtsstelsels is echter vastgesteld dat de mate waarin de beschermde factor mee aan de grondslag ligt van de bestreden handeling, niet relevant is voor de beoordeling van discriminatie.[1435] Het is niet uitgesloten dat een dergelijke opvatting, die gekant is tegen de toelaatbaarheid van *mixed ground decisions*, wordt overgenomen in de toepassing van het beschermingssysteem van de artikel van de artikel 19-Richtlijnen.[1436]

465. **Onvergelijkbaarheidsoordelen.** Een ander door de verweerder aan te wenden verweermiddel betreft het bewijs dat de benadeelde en de referentiepersoon ten opzichte van wie men zich benadeeld voelt, zich niet in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Een onvergelijkbaarheidsoordeel leidt tot de vaststelling dat er geen sprake kan zijn van discriminatie. Bij het onderzoek naar de verge-

---

[1434] M. CONNOLLY, "Discriminatory motive and the *but for* test: the proper approach to direct discrimination in Britain and the United States", *l.c*, 39-40.

[1435] *Section* 8 van de Australische Sex Discrimination Act van 1984; Title VII, Section 703, § 2000e-2, m) van de Amerikaanse Civil Rights Act van 1964, 42 *United States Code Annotated* 1981, zoals gewijzigd door de Civil Rights Act van 1991.

[1436] Zie reeds in deze zin, Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 13.

lijkbaarheid van de situaties waarin de benadeelde en de referentiepersoon zich bevinden, moet rekening worden gehouden met het doel van de bestreden handeling. Bovendien moet abstractie worden gemaakt van alle verschillen die zijn verbonden aan het beschermde kenmerk. De anti-discriminatieregels gaan er immers (aan de hand van een juridische fictie) van uit dat personen steeds vergelijkbaar zijn wat betreft de beschermde kenmerken.[1437] Hieruit blijkt reeds een onderscheid met het nastreven van actuariële fairness. De verzekeraar streeft in de mate van het mogelijke gelijke verzekeringsvoorwaarden na voor vergelijkbare risico's en ongelijke verzekeringsvoorwaarden voor ongelijke risico's. Mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, gehandicapten en niet-gehandicapten mogen echter niet op grond van hun man of vrouw zijn, jong of oud zijn, gehandicapt of niet-gehandicapt zijn, worden beoordeeld als onvergelijkbaar. Zij verdienen steeds de toepassing van de gelijkebehandelingsregels, tenzij kan worden vastgesteld dat hun onvergelijkbaarheid voortspruit uit kenmerken geen enkel verband hebben met het beschermde kenmerk zelf.

466. **Menselijke waardigheid.** Niet in alle rechtsstelsels wordt evenveel belang gehecht aan de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de benadeelde en de referentiepersoon. De veminderde aandacht voor het vergelijkbaarheidsaspect gaat in deze beschermingssystemen gepaard met een verhoogde aandacht voor de vaststelling van een schending van de menselijke waardigheid van de benadeelde partij. Bescherming van menselijke waardigheid kan worden gezien als een "*rhetorical guiding light*" voor de beoordeling van discriminatiegeschillen.[1438] Zij kan gevallen van vooroordelen en stereotypering, alsook gevallen van verhindering van toegang tot relevante basisgoederen blootleggen als te bestrijden vormen van discriminatie, zonder daarbij beroep te moeten doen op een vergelijkbaarheidsoordeel.[1439]

Dit is een gegeven dat zeker in het geval van verzekeringsrelaties bijzondere gevolgen kan hebben. Gevallen van vermeende discriminatie in verzekering zullen meestal gebaseerd zijn op het al dan niet terecht toeschrijven van groepskenmerken aan de individuele verzekerde en kunnen een belemmering van de toegang tot "levensnoodzakelijke" verzekeringen tot gevolg hebben. Op grond van een vastgestelde schending van menselijke waardigheid kan de eiser de bestreden handeling makkelijker aanvechten op basis van de anti-discriminatiereglementering.

467. **Materiële gelijkheid?** De nadruk op het benadelingsaspect is kenmerkend voor beschermingssystemen waarin wordt gestreefd naar materiële gelijkheid. Materiële gelijkheid houdt in de eerste plaats rekening met de *verschillen* die heersen tussen personen en streeft ernaar om via aangepaste behandeling van ieder individu een gelijkheid van kansen of zelfs van resultaat tot stand te brengen. Ook in het Europese beschermingssysteem kunnen elementen worden teruggevonden van een streven naar materiële gelijkheid. Zo kan worden gewezen op het verbod van indirecte discriminatie, de

[1437] M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, p.251, nr. 9.

[1438] P. DE VOS, "The role of equality in the South African Legal System" *l.c.*, 143.

[1439] Zie bv. Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 3, ov. 65 en 72.

mogelijkheid om een ongelijke behandeling aan te tonen ten opzichte van een hypothetische referentiepersoon en de verder te bespreken verplichting tot redelijke aanpassingen voor (o.m.) gehandicapten[1440]. Het feit dat in de definitie van directe discriminatie een benadelingsvereiste is opgenomen zou er verder op kunnen wijzen dat naast een verbod van ongelijke behandeling eveneens een meer algemene verplichting kan gelden om niet met elkaar te vergelijken gevallen een ongelijke (lees aangepaste) behandeling te schenken. Daarnaast blijkt binnen de werking van de artikel 19-Richtlijnen gelegenheid te bestaan voor de rechter om voor het beoordelen van vermeende vormen van discriminatie en voor de nadere interpretatie van de bestaande anti-discriminatieregels, beroep te doen op het concept menselijke waardigheid. Zo leidde een beroep op menselijke waardigheid reeds tot de erkenning van de mogelijkheid tot bestrijding van discriminatie door associatie[1441], en kan het begrip ook worden aangewend om discriminatie op grond van veronderstelde kenmerken te bestrijden[1442]. Op basis van het concept menselijke waardigheid werd eveneens verdedigd dat ook *mixed motive decisions* op grond van de anti-discriminatieregels kunnen worden bestreden.[1443]

468. **Belang van rechtvaardiging.** In deze afdeling werd duidelijk gemaakt welke elementen ter beoordeling liggen bij het onderzoek naar de beschermenswaardigheid van bestaande praktijken onder het anti-discriminatierecht. Eénmaal deze beschermenswaardigheid is vastgesteld (er is sprake van benadeling op grond van een beschermd kenmerk, tussen personen die zich al dan niet in vergelijkbare omstandigheden bevinden) rijst de vraag of de verweerder overwegingen kan aanbrengen op grond waarvan hij de bestreden handeling rechtvaardigt. Hierboven werd reeds aangestipt dat de mogelijkheid om een dergelijke rechtvaardiging op te nemen in de beoordeling van het discriminatoir karakter van de bestreden handeling, afhankelijk is van de keuzes die daaromtrent zijn gemaakt door de wetgever. In het geval een rechtvaardiging niet wordt toegestaan, heeft de verweerder er alle baat bij om op grond van een onvergelijkbaarheidsbeoordeling of via het doorkruisen van het oorzakelijke verband tussen beschermd kenmerk en bestreden handeling, een discriminatievordering af te weren. In die hypothese vormt de benadelings- en vergelijkbaarheidstoets voor de rechter de enig mogelijk gelegenheid tot afweging van de in het geding betrokken belangen. In het geval een rechtvaardigingsmogelijkheid wel wordt toegelaten, rijst opnieuw de vraag naar het kader dat de wetgever heeft voorzien ter formulering van deze rechtvaardiging. Het kan gaan om een open rechtvaardigingsformule waar de verweerder op grond van het beroep op een legitieme doelstelling en een evenredigheidsbeoordeling (objectieve en redelijke rechtvaardiging) kan aantonen dat er in het concrete geval geen sprake is van discriminatie (open systeem). Het kan eveneens gaan om de formulering van een aantal voorwaarden die meer zijn toegespitst op de betrokken situatie (gesloten systeem). In de hiernavolgende afdeling zullen de mogelijkheden tot rechtvaardiging die worden voorzien in toepassing

---

[1440] Cf. *infra* nrs. 710 e.v.

[1441] H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 51.

[1442] Zie reeds *supra* nr. 460, met verwijzing naar o.m. British Columbia Court of Appeal 6 april 2005, *North Vancouver School Dist. No. 44* v. *Jubran*, *Canadian Human Rights Reporter* 2005, D/1, ov. 55

[1443] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 10.

van de artikel 19-Richtlijnen worden vergeleken met de rechtvaardigingsmogelijkheden- en formules in andere rechtsstelsels. Meer in het bijzonder zal worden nagegaan wat de mogelijke invloed van deze rechtsstelsels kan zijn op de rechtvaardiging van onderscheid in verzekeringsrelaties.

AFDELING 5. SYSTEMEN VAN RECHTVAARDIGING

469. **Rechtvaardiging van *prima facie* discriminatie.** Nadat is vastgesteld of er sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (formeel onderscheid), een gelijke behandeling van ongelijke gevallen (materieel onderscheid) of een benadeling van de eisende partij, al dan niet in vergelijking met een andere partij in vergelijkbare omstandigheden, wordt er in de meeste rechtsstelsels vanuit gegaan dat er een zogenaamd *prima facie* bewijs van discriminatie voorligt. Na de vaststelling van een prima facie bewijs van discriminatie, heeft de verweerder soms de mogelijkheid om het vastgestelde onderscheid of de benadeling te *rechtvaardigen*.

470. **Eenvormig rechtvaardigingssysteem.** Zoals verder zal duidelijk worden, wordt een dergelijke rechtvaardiging in rechtsstelsels zoals het Canadese of het Zuid-Afrikaanse steeds toegestaan, ongeacht de vraag of het een geval van directe of indirecte discriminatie betreft en ongeacht de opgesomde discriminatiegrond die wordt ingeroepen.[1444] Men kan dan ook spreken van een "eenvormig rechtvaardigingssyteem".

471. **Gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem.** In het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen blijft het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie van bijzonder belang voor de vraag of er überhaupt sprake kan zijn van een rechtvaardigingsmogelijkheid. Zoals hoger reeds werd toegelicht, wordt enkel in de definitie van indirecte discriminatie verwezen naar de zogenaamde open rechtvaardigingsformule. Op basis van deze rechtvaardigingformule kan de verweerder aantonen dat een onderscheid of benadeling overeenstemt met een "legitieme doelstelling", waarbij de middelen om dat doel te bereiken "passend" en "noodzakelijk" zijn. Directe discriminatie op grond van één van de door de artikel 19-Richtlijnen beschermde kenmerken is enkel rechtvaardigbaar in de gevallen dat daar een welomschreven basis voor bestaat in de tekst van de Richtlijn. Voor sommige discriminatiegronden is geen rechtvaardiging mogelijk van directe discriminatie. Voor andere is dat wel het geval, maar dan onder de strikt omschreven termen van de toepasselijke Richtlijn. In de domeinen waarop de artikel 19-Richtlijnen geen toepassing vinden (niet-beschermde criteria, het leveren van goederen en diensten op grond van niet-geslachtsgebonden kenmerken, …) staat het de EU-lidstaten vrij om een eigen koers te varen op het vlak van de rechtvaardiging van onderscheid.[1445] Er kan dan ook worden gesproken van een "gedifferentieerd rechtvaardigingssyteem".

472. **Overzicht.** Onder deze afdeling volgt in §2 een overzicht van het gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem zoals dat geldt op grond van de artikel 19-Richtlijnen. Onder §3 wordt het alternatief onderzocht van een uniform rechtvaardigingssysteem. Doorheen dit onderzoek wordt nagegaan in welke mate de toepassing van dit rechtvaardigingssysteem in verzekeringsrelaties dienend kan zijn

---

[1444] Zie *infra* nrs. 610 e.v. (Canada) en 649 (Zuid-Afrika). Zie ook reeds *supra* nrs. 382-386.

[1445] Hierbij wordt eraan herinnerd dat in België is gekozen voor een open systeem van rechtvaardiging voor onderscheid of benadeling op grond van niet door de artikel 19-Richtlijnen beschermde criteria. Zie bv. artikel 7 van de Belgische "Algemene anti-discriminatiewet", dat bepaalt dat (ook) directe discriminatie kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Zie *supra* nr. 202.

als inspiratiebron voor rechtvaardiging onder de artikel 19-Richtlijnen. Vooraleer dieper in te gaan op de manier waarop de rechtvaardigingsmogelijkheid in de verschillende rechtsstelsels gestalte krijgt, wordt in §1 het conceptueel onderscheid in herinnering gebracht tussen zogenaamde open en gesloten systemen van rechtvaardiging.

§ 1. Open en gesloten systemen van rechtvaardiging

473. **Rechterlijke autonomie.** Het belangrijkste criterium om onderscheid te maken tussen een open en een gesloten systeem van rechtvaardiging is de mate van autonomie waarover de rechter beschikt om vermeende vormen van discriminatie te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel op basis van een eigen stelsel van toetsingsmaatstaven.[1446]

474. **Gesloten systeem.** Zo worden onderscheiden of benadelingen op grond van de beschermde kenmerken in een gesloten systeem principieel verboden, tenzij daarbij voorzien is in een specifieke, gelimiteerde en welomschreven uitzonderingsbepaling.[1447] Ondanks de rechtszekerheid die een dergelijk systeem biedt voor de partijen in een geschil, is het begrip discriminatie grotendeels een ethisch concept, waarvan de inhoud wordt bepaald door onder meer morele, culturele, sociale en economische opvattingen, die naar hun aard dynamisch zijn.[1448] Men vreest dat het vaststellen van de juiste aard en omvang van de toegestane wettelijke uitzondering nooit exhaustief kan zijn en de deur sluit naar verdere rechtsontwikkeling.[1449] Een gesloten systeem van rechtvaardiging houdt het gevaar in van een bevriezing van de inhoud van het begrip (directe) discriminatie op het ogenblik van de uitvaardiging van de regel.[1450]

475. **Open systeem.** In tegenstelling tot gesloten systemen, bestaat er in open systemen een grote rechterlijke autonomie, waarbij in het algemeen een verbod wordt geformuleerd van discriminatie op een al dan niet gesloten lijst van discriminatiegronden. Aan de mogelijkheid van rechtvaardiging wordt in een dergelijk systeem geen beperking gesteld en de rechter geniet volledige vrijheid in het hanteren van toetsingsmaatstaven om deze rechtvaardiging te beoordelen. Open systemen van rechtvaardiging bieden in tegenstelling tot gesloten systemen, de kans op een werkelijk evolutieve in-

---

[1446] Zie bv. J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 16; S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 230.

[1447] Zie bv. K. LEMMENS en S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 99.

[1448] S. SOTTIAUX, *l.c.*, 232-233; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classsificatie in verzekering", *l.c.*, 151.

[1449] T. K. HERVEY, *Justifications for sex discrimination in employment – current EC legal developments,* Lexis Law Publishing, 1993, 144. Zie ook J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, "The Development of Defences in Unfair Discrimination Cases (Part1)", *Obiter* 2005, 366.

[1450] Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classsificatie in verzekering", *l.c.*, 151. Zie in dezelfde zin het advies van de Belgische Commissie voor verzekeringen naar aanleiding van het Voorstel van Genderrichtlijn van de Europese Commissie, COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 28.

vulling van het begrip discriminatie. Ze kennen niet het nadeel dat bij het wettelijk omschrijven van uitzonderingen bepaalde gevallen over het hoofd werden gezien. Daarentegen bestaat wel het nadeel van de rechtsonzekerheid die verbonden is aan het feit dat iedere rechter relatief grote vrijheid geniet om volgens de eigen toetsingsmaatstaven een beoordeling van de rechtvaardiging uit te voeren.[1451]

476. **Open systeem met leidraden.** Een gemitigeerde vorm van een open rechtvaardigingssysteem bestaat erin dat de wetgever, in zeer algemene bewoordingen en los van specifieke omstandigheden, maatstaven of criteria aanreikt die de rechtvaardigingstoets nader helpen omschrijven.

Het best gekende voorbeeld betreft de formulering zoals zij is opgenomen in de definitie van indirecte discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen en die is overgenomen in de Belgische anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007. Zoals reeds hoger besproken, wordt in deze definitie de formule gehanteerd van een "legitieme doelstelling" die ten grondslag ligt van de ongelijke behandeling of benadeling en waarbij de middelen om dit doel te bereiken "passend" of "geschikt" en ook "noodzakelijk" zijn. Deze formulering is afkomstig uit de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot geslachtsdiscriminatie[1452] en vond later haar neerslag in de eerder genoemde bewijslastrichtlijn, alsook in de artikel 19-richtlijnen.

Van een dergelijke gecodificeerde rechtvaardigingsformule, geïnspireerd door de hogere rechtspraak, kan ook worden gesproken in Zuid-Afrika. Het Zuid-Afrikaanse *Constitutional Court* heeft doorheen haar rechtspraak verduidelijkt wat moet worden verstaan onder zogenaamde "*unfair discrimination*", zoals die wordt verboden door *section* 9 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet.[1453] De in deze rechtspraak ontwikkelde leidraden hebben vervolgens hun neerslag gekregen in de horizontaal toepasselijke anti-discriminatiewetgeving.[1454]

Een laatse voorbeeld betreft de uit de Canadese arbeidsdiscriminatie-rechtspraak[1455] afkomstige "*reasonable en bona fide grounds*"-formule, zoals die werd vastgelegd in de meeste *Provincial Codes*[1456] en nader werd geïnterpreteerd door de rechtspraak.[1457]

[1451] Tegenover het argument van rechtsonzekerheid kan evenwel een tegenargument worden geformuleerd. Een open systeem zal er namelijk voor zorgen dat concrete geschillen in de publieke aandacht komen. Dit leidt er op zijn beurt toe dat een blijvende dialoog kan ontstaan tussen rechter, burger en politieke instellingen over de vraag wanneer een onderscheid verantwoord is of niet. Zie S. SOTTIAUX, *l.c.*, 234.

[1452] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36.

[1453] Zie bv. Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 43-46, 112; Constitutional Court of South Africa 7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300, ov. 51-52, 65, 95; Constitutional Court of South Africa 9 oktober 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another* v. *Minister of Justice and Others*, nr. 11/98, *South African Law Reports* 1999, afl. 1, 6, ov. 44. Zie voor een commentaar C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 38-41.

[1454] Zie *section* 14 van de Zuid-Afrikaanse *PEPUDA*.

[1455] Zie de *Bona fide occupational requirement*-toets in de rechtspraak van het Canadese Supreme Court. Zie Supreme Court of Canada 17 december 1995, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpson-Sears*, *Supreme Court Reports,* afl. 2, 536; Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Bhinder v. CN, Supreme*

De hiernavolgende paragrafen houden een dieper onderzoek in van de leidraden die in de verschillende onderzochte systemen zijn geformuleerd ter nadere invulling van de rechtvaardigingstoets.

§ 2. Gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem in de Europese Unie

477. Zoals hierboven benadrukt kenmerkt het Europees anti-discriminatierecht zich door een volgehouden onderscheid tussen de concepten van directe en indirecte discriminatie. Dit verschil is, zoals gezegd, bijzonder relevant voor de aan deze vormen van discriminatie gekoppelde rechtvaardigingsmogelijkheid. In deze paragraaf worden achtereenvolgens de verschillende rechtvaardigingsregimes voor directe en indirecte discriminatie uiteengezet zoals ze gelden op grond van het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen.

A. Rechtvaardiging van directe discriminatie

478. **Verscheidenheid aan situaties.** De artikel 19-Richtlijnen bieden geen eenzijdig beeld over de vraag of het al dan niet is toegestaan om een direct onderscheid te rechtvaardigen. Ook indien rechtvaardiging is toegestaan geldt er verscheidenheid. Deze verscheidenheid heeft betrekking op de criteria aan de hand waarvan een rechtvaardiging moet worden beoordeeld. In sommige situaties staan de artikel 19-Richtlijnen rechtvaardiging toe op grond van een wettelijke strikt bepaalde uitzonderingsgrond (gesloten systeem). In sommige situaties kan toch beroep worden gedaan op een open rechtvaardigingsformule (legitieme doelstelling, geschiktheid en noodzakelijkheid van de middelen). Voor sommige situaties wordt de mogelijkheid tot rechtvaardiging van directe discriminatie volledig uitgesloten. In andere situaties wordt de keuze omtrent de toelaatbaarheid van rechtvaardiging onder bepaalde voorwaarden overgelaten aan de lidstaten. Welke situatie van toepassing is, hangt in de eerste plaats af van de discriminatiegrond op basis waarvan de ongelijke behandeling of de benadeling heeft plaatsgevonden. In de rechtsleer is de verscheidenheid aan rechtvaardigingsmogelijkheden bekritiseerd omwille van een zogenaamde hiërarchie die op die manier tussen de verschillende discriminatiegronden wordt gecreëerd.[1458]

Court Reports 1985, afl. 2, 561; Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489.

[1456] Zie bv. section 8 van de British Columbia Human Rights Code en section 22 van de Ontario Human Rights Code

[1457] Zie bv. voor verzekering, Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321, voor arbeidsrelaties, Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 54-68 (*Meiorin*) en voor het leveren van goederen en diensten, Supreme Court of Canada 16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, *Supreme Court Reports* afl. 3, 868, ov. 21-45 (*Grismer*); Supreme Court of Canada 23 maart 2007, *Council of Canadians with Disabilies* v. *VIA Rail Canada*, *Supreme Court Reports* 2007, 650 (*Via Rail*).

[1458] L. WADDINTON en M. BELL, "More equal than others: distinguishing European Union Equality directives", *l.c.*, 609-610; D. SCHIEK, “Implementing EU non-discrimination directives – Typologies of legal transplanting”, *l.c.*, 66-67; S. FREDMAN, "Equality: A new Generation?", *l.c.*, 158; A. MORRIS, *l.c.*, 38.

479. **Overzicht per Richtlijn.** Hierna volgt een analyse van de mogelijkheid tot rechtvaardiging van directe discriminatie, volgens de in de artikel 19-Richtlijnen opgenomen discriminatiegronden.

De situatie zoals die geldt voor de gronden ras en etnische afstamming wordt besproken onder punt 1 (het regime van de Rasrichtlijn).

Onder punt 2 volgt een analyse van de rechtvaardigingsmogelijkheden met betrekking tot de grond geslacht, zwangerschap en moederschap (regime van de Genderrichtlijn).

De gronden godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid worden beproken onder punt 3 (regime van de Kaderrichtlijn arbeid evenals het voorlopig voorgestelde regime van het Voorstel van Kaderrichtlijn Arbeid).

De analyse is voornamelijk gericht op het toepassingsgebied van het leveren van goederen en diensten, waaronder ook de verzekeringsdiensten ressorteren. Op de situatie zoals die geldt voor arbeidsbetrekkingen wordt minder diep ingegaan. Doorheen de bespreking van de verschillende rechtvaardigingsmogelijkheden die onder het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen zijn toegestaan, wordt telkens ook beschreven op welke manier daaraan gevolg is gegeven in de Belgische anti-discriminatiewetgeving.

1. Discriminatie op grond van ras en etnische afstamming

480. **Geen rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie.** Volgens artikel 2, lid 2, a) van de Rasrichtlijn is er sprake van directe discriminatie wanneer iemand op grond van ras of etnische afstamming ongunstiger wordt behandeld dan een andere in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. In tegenstelling tot de definiëring van indirecte discriminatie in artikel 2, lid 2, b), wordt er in de definitie van directe discriminatie niet letterlijk verwezen naar het concept “rechtvaardiging”. Er wordt niet uitdrukkelijk gesteld dat directe discriminatie *niet* gerechtvaardigd kan worden. Nochtans is men het er in de praktijk over eens dat precies uit de afwezigheid van een tekstuele verwijzing naar een rechtvaardigingsmogelijkheid, impliciet blijkt dat rechtvaardiging niet mogelijk is.[1459]

De Belgische wetgever heeft de onmogelijkheid tot rechtvaardiging voor directe onderscheiden op grond van ras en etnische afstamming overgenomen in artikel 7, §1 van de Anti-Racismewet, (met aanvulling van de gronden huidskleur en afkomst).[1460] Voor directe discriminatie op grond van natio-

[1459] M. BELL, “Direct discrimination”, *l.c.*, 273.

[1460] Zie artikel 7, §1 Anti-racismewet. Daar het toepassingsgebied van de Racismewet ruimer is dan het toepassingsgebied van de Rasrichtlijn, kan men zich afvragen waarom de wetgever voor de overige domeinen (zoals de toegang tot en deelname aan, alsook elke uitoefening van een economische, sociale of culturele activiteit toegankelijk voor het publiek) niet heeft vastgehouden aan het open systeem van rechtvaardiging zoals dat wel nog bestond onder de Anti-discriminatiewet van 2003. In de parlementaire werken wordt echter gerefereerd aan de strenge houding die in dit verband wordt aangenomen door het Europees Hof van de Rechten van de Mens. In de zaak *Timishev* v. *Russia* werd in dit verband verklaard dat “*nulle différence de traitement fondée exclusivement ou d’une manière décisive sur l’origine ethnique d’une personne, n’est susceptible d’être justifiée dans une société démocratique contemporaine construite sur les principes du pluralisme et du respect des différentes cultures”*. Zie EHRM 13 december 2005, *Timishev* v. *Russische Federatie*, nr. 55762/00 en 55947/00, §58. Zie *Parl. St.* Kamer, 2006-2007,

naliteit wordt onder artikel 7, §2 van de Anti-racismewet wel een rechtvaardigingsmogelijkheid toegestaan. Op zich is dit mogelijk, daar nationaliteit niet als beschermde factor is mee opgenomen in de Rasrichtlijn.[1461] De Belgische wetgever voegt daar wel aan toe dat direct onderscheid dat verboden is door het recht van de Europese Unie niet kan worden gerechtvaardigd.[1462] *Indirect* onderscheid wordt voor alle in de Anti-racismewet beschermde gronden rechtvaardigbaar geacht.[1463]

481. **Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.** Onder artikel 4 van de Rasrichtlijn wordt wel bepaald dat de lidstaten kunnen beslissen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming berust, geen discriminatie vormt, indien dit kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt (vanwege de aard van de betrokken activiteiten of de context waarin ze worden uitgevoerd).

De Belgische wetgever is op deze mogelijkheid ingegaan in artikel 8 van de Anti-racismewet (opnieuw met aanvulling van de gronden huidskleur en afkomst). Hierbij kan worden opgemerkt dat de zoektocht naar de "wezenlijke en bepalende beroepsvereiste" inhoudelijk niet veel zal afwijken van de open rechtvaardigingsformule. Zij is in tegenstelling tot de open rechtvaardigingsformule gewoonweg beter toegeschreven op de arbeidssituatie. Deze "wezenlijke en bepalende beroepsvereiste" zal vooral relevant zijn op het vlak van beslissingen inzake aanwerving en ontslag, maar is voor het overige van weinig belang voor verzekeringsrelaties.[1464]

2. Discriminatie op grond van geslacht, zwangerschap en moederschap

482. **Overzicht.** Directe discriminatie op grond van geslacht is in principe niet rechtvaardigbaar. Toch zijn er zowel in de Genderrichtlijn als in de Genderrichtlijn arbeid enkele belangrijke uitzonderingen ingeschreven die van bijzonder belang zijn voor verzekeringsrelaties.

---

nr. 51-2720/1, 23. Zie ook B. RENAULD, *l.c.*, 42; S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", *l.c.*, 248. Merk op dat nationaliteitsdiscriminatie in het recht van de Unie wel rechtvaardigbaar is (cf. *supra* nr 366).

[1461] Zie S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", *l.c.*, 249-250, die opmerkt dat de wetgever de alternatieve regeling voor de grond nationaliteit verantwoordt op basis van de "verschillende aard" van dit criterium. Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 46.

[1462] Zie artikel 7, §2, 2° lid van de Anti-racismewet. Merk op dat het Hof van Justitie gevallen van directe discriminatie in principe wel rechtvaardigbaar acht, maar ze steevast onderwerpt aan een strenge controle. Zie J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 225-228. P.J.G., KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 135, spreken over een '*tight fit test*'. Zie voor gevallen waar de rechtvaardiging voor direct onderscheid op zich mogelijk werd geacht, maar inhoudelijk niet werd aanvaard: H.v.J. 26 september 1996, *Data Delecta|MSL Dynamics*, C-43/95, *Jur.* 1996, I-4661, ov. 18-20 en H.v.J. 20 maart 1993, *Hayes/Kronenberger*, C-323/95, *Jur.* 1997, I-1711, ov. 24. Gevallen waarbij het Hof directe discriminatie uiteindelijk wél gerechtvaardigd acht komen slechts zeldzaam voor. Zie bv. H.v.J. 16 oktober 1980, *Hochstrass|Hof van Justitie*, 147/79, *Jur.* 1980, ov. 6 (recht op een ontheemdingstoelage geweigerd aan Europees ambtenaar).

[1463] Zie artikel 9 Anti-racismewet.

[1464] Zie in dezelfde zin met betrekking tot de uitzondering die op dit vlak ook wordt voorzien in artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid, H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 656-657; L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 168. (voor WAP-pensioenstelsels). In verband met deze uitzonderinsmogelijkheid in de Kaderrichtlijn arbeid, cf. *infra* nr. 529.

Onder dit nummer wordt onder punt a) het principe toegelicht dat directe discriminatie op grond van geslacht, en daarmee gelijkgesteld directe discriminatie op grond van zwangerschap en moederschap, niet kan worden gerechtvaardigd.

Onder punt b) wordt de rechtvaardigingsmogelijkheid besproken voor zogenaamde geslachtsexclusieve levering. (het leveren van goederen en diensen exclusief bestemd voor de leden van één geslacht).

Onder punt c) wordt uitvoerig ingegaan op de optiemogelijkheid die de lidstaten hebben gekregen om in verzekeringsovereenkomsten en aanverwante fincanciële diensten een rechtvaardiging toe te staan voor verschillen in premies en uitkeringen.

Onder punt d) worden kort de rechtvaardiginsmogelijkheden toegelicht die in de Genderrichtlijn arbeid zijn voorzien voor ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.

(a) Principe: geen rechtvaardiging van directe discriminatie

483. **Naar het voorbeeld van het Hof van Justitie.** Uit de definitie van directe discriminatie in de Genderrichtlijn volgt duidelijk een principiële onmogelijkheid om direct geslachtsonderscheid te rechtvaardigen aan de hand van de zgn. open rechtvaardigingsformule (legitieme doelsteling, waarbij de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn).[1465] Hetzelfde geldt voor direct onderscheid op basis van zwangerschap en moederschap.[1466] De Europese wetgever kiest hier voor de reeds vroeger door het Hof van Justitie ingeslagen weg die een rechtvaardiging aan de hand van de open rechtvaardigingsformule traditioneel voorbehoudt voor gevallen van indirecte geslachtsdiscriminatie.[1467] Het principe van de onmogelijkheid tot rechtvaardiging geldt voor alle contractuele fases waarop het discriminatieverbod toepassing vindt: op het niveau van risico-acceptatie, bij het bepalen van premies en uitkeringen, bij het vaststellen van contractsvoorwaarden zoals uitsluitingen of franchises en bij het beëindigen van verzekeringsovereenkomsten.[1468]

Het principe van ontoelaatbaarheid van rechtvaardiging van directe discriminatie op grond van geslacht wordt teruggevonden onder artikel 8 van de Belgische Genderwet.[1469] Doordat de Belgische wetgever de gronden zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering voor wat be-

---

[1465] Vergelijk artikel 2, sub a) en b) van de Richtlijn.

[1466] Artikel 4, lid 1, sub a) van de Richtlijn.

[1467] H.v.J. 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889, ov. 31; H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 12; H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins/Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911, ov. 11-12; H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 29-30; H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn/Spezial-Gebaüdereinigung*, 171/88, *Jur.* 1989, 2757, ov. 12; H.v.J. 27 juni 1990, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Jur.* 1990, I-2591, ov. 15.

[1468] De Genderrichtlijn is inderdaad gericht op de bestrijding van discriminatie op de "*toegang tot en het aanbod van goederen en diensten*". Zie artikel 1 van de Genderrichtlijn.

[1469] Zie artikel 8 van de Genderwet.

treft direct onderscheid gelijkstelt met direct onderscheid op basis van geslacht[1470] is een rechtvaardiging eveneens uitgesloten voor *direct* onderscheid dat op deze gronden is gebaseerd.[1471] *Indirect* onderscheid is net zoals onder de Genderrichtlijn, wél rechtvaardigbaar.[1472]

(b) Uitzondering voor geslachtsexclusieve levering

484. **Uitsluitend of hoodzakelijk leveren aan mannen of vrouwen.** Volgens overweging 17 van de Genderrichtlijn vereist het beginsel van gelijke behandeling in de toegang tot goederen en diensten niet dat faciliteiten *steeds op gedeelde basis aan mannen en vrouwen moeten worden aangeboden*. Zolang deze faciliteiten niet op een gunstiger basis worden aangeboden aan de leden van één geslacht, kan er geen sprake zijn van geslachtsdiscriminatie.[1473] Deze overweging vindt haar vertaling in artikel 4, lid 5 van de Richtlijn dat de voorwaarden bepaalt voor rechtvaardiging van zogenaamde geslachtsexclusieve levering. Het betreft de situatie waarbij goederen en diensten *uitsluitend of hoofdzakelijk* worden geleverd aan de leden van een bepaald geslacht. In dit specifieke geval is er geen inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling *indien* het exclusief aanbieden van het goed of de dienst wordt gerechtvaardigd "*door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.*"[1474] De Belgische wetgever heeft voor de omzetting van dit artikel van de Richtlijn gezorgd in artikel 9 van de Genderwet.

485. **Geen rechtvaardiging van gunstiger contractvoorwaarden.** Afgaande op de formulering van voornoemde overweging 17 van de Genderrichtlijn kan worden besloten dat een dienstverlener enkel kan overgaan tot rechtvaardiging van het *beperken van zijn aanbod* tot het vrouwelijk of mannelijk publiek. Uit de rechtvaardigingsmogelijkheid van artikel 4, lid 5 van de Genderrichtlijn mag geen rechtvaardigingsmogelijkheid worden afgeleid voor gunstiger contractvoorwaarden voor het exclusief mannelijk of vrouwelijk klantensegment. Een WAM-verzekeraar zou in die zin wel mogen rechtvaardigen dat hij enkel verzekeringsdiensten aanbiedt aan vrouwen. Ook zou aan een exclusief vrouwelijk publiek ziektekostenverzekering kunnen worden aangeboden die bijvoorbeeld zorgt voor een verbeterde terugbetaling van mammografieën of de contraceptieve pil.[1475] Daarentegen is het niet recht-

---

[1470] Zie artikel 4, §§ 1-2 van de Genderwet.

[1471] De Genderrichtlijn en de Genderwet sluiten hierbij aan met de traditioneel in het Europees geslachtsdiscriminatierecht aangenomen stelling dat discriminatie op grond van zwangerschap en moederschap gelijk kan worden gesteld aan directe geslachtsdiscriminatie. Zie H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10, waar het Hof oordeelde dat, gezien het feit dat het enkel vrouwen zijn die zwanger kunnen worden, Mevrouw Dekker enkel een aanstelling was geweigerd vanwege haar geslacht, waardoor er sprake was van directe discriminatie en waardoor er ook geen rechtvaardiging kon worden ontleend aan het financiële nadeel dat zou kunnen worden geleden als gevolg van haar aanstelling. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 903-904.

[1472] Zie artikel 2, lid b) van de Genderrichtlijn en artikel 15 van de Genderwet.

[1473] Zie voor het voorbeeld van "*women's only days*" in zwembaden, C. KROIS, "Directive 2004/113/EC on sexual equality in access to goods and services: progress or impasse in European sex discrimination law?", *Columbia Journal of European Law* 2005, 329.

[1474] Zie voor een verklaring van deze terminologie in het kader van de rechtvaardiging van indirecte discriminatie, *infra* nr. 550e.v.

[1475] Een dergelijke verzekering wordt bv. reeds aangeboden door de Franse maatschappij *La Compagnie des Femmes* . Zie "La Compagnie des Femmes bientôt chez nous?", *Trends – Tendances* 13 december 2007, 289.

vaardigbaar om het exclusief vrouwelijk klantensegment ook lagere premies te laten betalen dan een (hypothetische) mannelijke referentiepersoon.[1476] Een bijkomend argument hiervoor vindt men in artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn. Dit artikel stelt dat het gebruik van geslacht als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen, principieel[1477] niet mag resulteren in verschillen in premies en uitkeringen.

486. **Rechtvaardiging van geslachtsexclusieve prestaties in verzekeringsrelaties.** De rechtspraak van het Frans Hof van Cassatie biedt een voorbeeld van een rechtvaardiging voor het toespitsen van het aanbod van WAM-verzekering op vrouwelijke klanten.[1478] *In casu* had een groep mannen klacht neergelegd tegen een verzekeringsmaatschappij die enkel autopolissen aanbood aan vrouwen. De rechter achtte het exlusief aanbieden van WAM-verzekeringspolissen aan vrouwen in dit geval gerechtvaardigd. Los van enig statistisch bewijsmateriaal, besloot men dat vrouwen effectief minder risico liepen op ongevallen, daar zij meer korte afstanden aflegden in het stadsverkeer. Zij zouden ook veel minder lange trajecten rijden waar overdreven snelheid vaak bepalend is voor de ernst van de ongevallen. Bovendien zouden vrouwen vaker een kleinere tweede gezinswagen met minder vermogen besturen. Aldus werd geoordeeld dat de toespitsing van de dienstverlening op vrouwen in dit geval niets anders was dan de uitdrukking van een verschil in risico. Er werd dan ook besloten dat het gebruik van geslacht een pertinent onderscheidingscriterium vormde, waardoor het onderscheid als gerechtvaardigd werd beschouwd.

Het dient gezegd dat de door de Franse rechter uitgevoerde rechtvaardiging toch niet als bijzonder volledig kan worden beschouwd. Zijn oordeel berust op loutere (stereotiepe) veronderstellingen in verband met de rol van vrouwen in het verkeer en is op geen enkele wijze statistische onderbouwd. Oordelen dat het geslacht in dit geval een pertinent onderscheidingscriterium uitmaakt, zonder daarbij overigens de vraag te stellen of de weigering om mannen te verzekeren tegemoet kwam aan een legitieme bedrijfsdoelstelling of noodzakelijk was om een dergelijke doelstelling te verwezenlijken, zal wellicht niet voldoen aan het inhoudelijke rechtvaardigngsvereiste van artikel 4, lid 5 van de Genderrichtlijn.

(c) Uitzondering voor verzekeringsovereenkomsten: optierecht van de lidstaten

487. **Formulering.** Fundamenteel voor verzekeringsrelaties is de *opting-out* clausule in artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Deze optie geeft de lidstaten het recht te besluiten om in verzekeringsover-

[1476] Het Zal evenwel niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat áls deze verzekeraar ook motorrijtuigenverzekering aan mannen zou hebben aangeboden (hypothetische referentiepersoon), hij aan deze mannen een hogere premie zou hebben gevraagd. Zie Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", in J. ROGGE (ed.), Discriminatie en Verzekering, *Bulletin des assurances*, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2007, nr. 100-102.

[1477] Uitzondering is artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn dat de lidstaten de keuze laat om toch een (beperkte) rechtvaardigingsmogelijkheid te voorzien voor premies en uitkeringen. Cf. *infra* nr. 487 e.v.

[1478] Cass. Fr. 8 juni 1993, *Gazette du Palais, partie jurisprudence* 7 mei 1996, 224, noot J. LASSAUSOIS, "Tarif automobile préférentiel et discrimination sexuelle", *Gazette du Palais, partie doctrine* 7 mei 1996, 470.

eenkomsten waarin het geslacht een bepalende factor is in de beoordeling van het te verzekeren risico,

> *"proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in de gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens".*

In artikel 5, lid 3 van de Genderrichtlijn is bepaald dat de *opting-out* clausule niet tot gevolg mag hebben dat verschillen in premies en uitkeringen worden toegestaan omwille van kosten in verband met zwangerschap en moederschap. Lidstaten die de optie wilden lichten dienden hiertoe vóór 21 december 2007 te besluiten en de Commissie hiervan in kennis te stellen.[1479] De rechtvaardigingsmogelijkheid van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn is een goed voorbeeld van een zogenaamd gesloten rechtvaardigingssysteem, waarbij de wetgever de meer precieze voorwaarden vastlegt waaraan een onderscheid of benadeling dient te voldoen opdat het geen schending uitmaakt van het discriminatieverbod.[1480]

488. **Overzicht.** Hierna wordt eerst ingegaan op de betekenis van het aan de lidstaten gegeven optierecht en de manier waarop sommige lidstaten al dan niet van dit recht gebruik hebben gemaakt (zie punt (*i*)).

Daarna wordt een antwoord gezocht op de vraag in welke mate er gevaren voor concurrentieverstoring verbonden zijn aan het optierecht van de lidstaten. Verschillende lidstaten hebben immers de mogelijkheid gehad om een van elkaar afwijkende beslissing te nemen aangaande de toelaatbaarheid van het gebruik van de factor geslacht in verzekeringsovereenkomsten (zie punt (*ii*)).

Voorts wordt aandacht besteed aan de vraag of het besluit van lidstaten, zoals België en Nederland, om het geslachtsdiscriminatieverbod onverkort toe te passen op niet-levensverzekeringsovereenkomsten - zoals die ook worden aangeboden door buitenlandse (EU-)verzekeraars – verenigbaar is met de vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening binnen de Europese Unie. Deze vrijheden verhinderen immers principieel dat belemmeringen worden opgelegd aan het grensoverschrijdend diensten- en personenverkeer (zie punt (*iii*)).

Onder punt (*iv*) zal vervolgens worden nagegaan of de Belgische beslissing om voor bepaalde verzekeringsoverenkomsten de genoemde optie te lichten, eigenlijk kon worden genomen. Immers, in de oorspronkelijke anti-discriminatiewetgeving wet van 10 mei 2007, was van een dergelijke uitzondering formeel nog geen sprake. Hierdoor zou er sprake kunnen zijn van een door de Genderrichtlijn verboden verlaging van het bestaande beschermingsniveau.

[1479] Voor België rijst in verband met deze voorwaarde mogelijk een probleem. Cf. *infra* nr. 511 e.v.

[1480] Cf. *supra* nr. 474.

Daarna zal onder punt (*v*) aandacht worden besteed aan de vraag of de zogenaamde Genderwijzigingswet van 21 december 2007 die in België een rechtvaardigingsmogelijkheid toestond voor levensverzekeringsovereenkomsten, niet één dag te laat is gekomen. Onder artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn was immers de voorwaarde gesteld dat een beslissing in die zin moest worden genomen vóór 21 december 2007.

Onder de punten (*vi*) en (*vii*) zullen de inhoudelijke voorwaarden die worden gesteld aan het optierecht van de lidstaten worden toegelicht. Achtereenvolgens komen aan bod: het vereiste van *proportionaliteit* van de verschillen in premies en uitkeringen en het feit dat het geslacht een bepalende factor hoort te zijn bij de beoordeling van het risico (*vi*) en de voorwaarde dat de beoordeling van het risico gebeurt op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens (*vii*).

Tenslotte zal onder punt (*viii*) aandacht worden besteed aan het feit dat kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap op grond van artikel 5, lid 3 van de Genderrichtlijn in geen geval mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen.

(i) Betekenis van het optierecht voor de lidstaten

489. **Rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie.** De *opting-out* clausule van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn komt er op neer dat de lidstaten voor verzekeringsovereenkomsten een regime kunnen inrichten dat, in afwijking van de regeling voor andere overeenkomsten, toch een rechtvaardigingsmogelijkheid toestaat voor direct onderscheid op basis van geslacht.[1481]

Door het lichten van de optie maakt een lidstaat het mogelijk dat het geslacht wordt gebruikt als een *proxy* voor andere risico-factoren, zolang daarvoor accurate gegevens beschikbaar zijn die de relevantie aantonen van het geslacht als differentiatiefactor.[1482] In de praktijk komt de rechtvaardigingsmogelijkheid er vooral op neer dat in het geval de verzekeraar de nodige geslachtsgerelateerde statistische gegevens kan voorleggen, hij niet dient over te gaan tot het gebruik van zogenaamde unisekstarieven.[1483] Voor levensverzekering betekent dit dat verzekeraars kunnen blijven gebruik maken van gescheiden sterftetafels die de sterftekans per leeftijd, afhankelijk van het geslacht weergeven.[1484]

490. **Artikel 5, lid 1 als overgangsregeling.** Wanneer een lidstaat de optie *niet* licht, zal in die lidstaat geen mogelijkheid bestaan om gebruik te maken van de rechtvaardigingsformule die wordt aangebo-

[1481] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 149-150.

[1482] M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *l.c.*, 94.

[1483] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 150; F. DE BILDERLING, *l.c.*, 244-247.

[1484] Zie bv. F. DE BILDERLING, *l.c.*, 244; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen, *l.c.*, 148. Zie bv. voor België de wettelijke erkenning van het gebruik van gescheiden sterftetafels in levensverzekering, artikel 24, §5-6 van het K.B.-Leven, Koninklijk Besluit van 14 november 2003 met betrekking tot de levensverzekeringsactiviteit, *B.S.* 14 november 2003, *err.* 23 juli 2004. (hierna "K.B.-leven")

den door artikel 5, lid 2.[1485] Het niet lichten van de optie heeft tot gevolg, zoals bepaald in artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn, dat het gebruik van geslacht in alle nieuwe overeenkomsten die *na 21 december 2007 werden afgesloten,* niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen. De regel dát er in het berekenen van premies en uitkeringen geen gebruik mag worden gemaakt van geslacht vindt men reeds terug onder het algemeen discriminatieverbod van artikel 4 van de Genderrichtlijn. Artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn vormt aldus een loutere overgangsbepaling die gericht is op het statuut van *premies en uitkeringen* in verzekeringsovereenkomsten waarvoor de optie van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn *niet* werd gelicht.[1486] Deze overgangsregeling, zo blijkt uit overweging 18 van de Genderrichtlijn, is erop gericht "*om een plotse herordening van de markt te voorkomen*." Artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn komt er in die zin op neer dat het voor verzekeringsovereenkomsten die werden afgesloten vóór 21 december 2007 mogelijk blijft om op het vlak van premies en uitkeringen onderscheid te maken op grond van geslacht.

> Verzekeringsondernemingen kregen door deze overgangsregeling de nodige tijd om zich aan te passen aan een nieuwe regeling die bepaalt dat er in verzekeringsovereenkomsten geen rekening meer mag gehouden worden met het geslacht. Hierbij wordt tegemoet gekomen aan de oorspronkelijke bezorgheid van de Europese Commissie dat er voldoende ruimte zou gelaten worden voor een "coördinatieproces dat de omschakeling naar sekseneutrale tarieven moest mogelijk maken zonder nadelige concurrentieverstoringen".[1487]

491. **Geslachtsafhankelijk *technisch* tarief blijft toegestaan.** Uit de besprekingen gevoerd in de Raad naar aanleiding van de totstandkoming van de Genderrichtlijn, blijkt dat er op het gebied van verzekeringsovereenkomsten maar één aspect is dat niet onder het geslachtsdiscriminatieverbod valt: de zogenaamde berekening van de "*risico's*". In de besprekingen werd expliciet aangegeven dat, indien het klantenbestand van een verzekeringsonderneming een ongelijk aantal mannen en vrouwen telt, daarmee rekening kan worden gehouden bij de berekening van de hoogte van de premies en uitkeringen, op voorwaarde dat deze premies voor beide seksen gelijk zijn.[1488] In actuariële termen komt deze laatste nuancering erop neer dat het criterium geslacht weliswaar niet meer kan gebruikt worden voor het bepalen van verschillen in de prijs die effectief aan de verzekerden wordt aangerekend

---

[1485] Men zou kunnen argumenteren dat ook de rechtvaardigingsmogelijkheid voor *indirecte* discriminatie bij het niet-lichten van de optie verloren gaat waar het gaat over de berekening van de premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten. Dit zou echter ingaan tegen de algemene bedoeling van de Europese wetgever om juist voor de verzekeringssector een flexibeler regime te hanteren. Zie in die zin, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 148.

[1486] Het is *niet* zo dat de Europese wetgever met de bepalingen van artikel 5, lid 1, het toepassingsgebied van het discriminatieverbod in de Genderrichtlijn, voor wat verzekeringsovereenkomsten betreft, heeft willen beperken tot de gevallen waar het gebruik van geslacht enkel leidt tot verschillen in premies en uitkeringen. Zoals hierboven aangegeven, stelt de Richtlijn stelt zich expliciet tot doel om discriminatie te bestrijden "*bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten*". Deze ruime formulering geeft voldoende aan dat zowel de precontractuele fase, als de effectieve uitvoering en zelfs de beëindiging van de overeenkomst onder het discriminatieverbod van de Genderrichtlijn vallen.

[1487] Zie overweging 18 van de Genderrichtlijn en ook Voorstel van Genderrichtlijn, 9-10.

[1488] Zie Nota van het Voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie, document nr. 9426/1/04, *http://register.consilium.eu.int/pdf/nl/04/st09/st09423-re01.nl04.pdf*, 6. Zie ook Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", l.c., 31-32.

(de zogenaamde "commerciële premie"), maar wel nog steeds kan worden opgenomen in het zogenaamde "technische tarief", dat de werkelijke kostprijs aangeeft van de dekking die de verzekeraar verleent.[1489] Op die manier kan nog altijd rekening worden gehouden met een ongelijk aantal mannen en vrouwen in de verzekeringsportefeuille.[1490]

Het lijkt er op dat de Europese wetgever ter omschrijving van het toepassingsgebied van de Genderrichtlijn het reeds in 1993 door Advocaat-Generaal VAN GERVEN aangewende onderscheid heeft overgenomen tussen de zogenaamde interne en externe factoren van een bedrijfspensioenstelsel. Dit onderscheid werd in de argumentatie van VAN GERVEN in zijn conclusie in de zaken *Neath* en *Coloroll* eveneens aangewend ter omschrijving van het toepassingsgebied van [oud-]artikel 119 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 157 van het Werkingsverdrag).[1491] Volgens VAN GERVEN liet artikel 119 zich niet in met de financieringswijze van een pensioenregeling. Hij achtte het niet problematisch dat *interne actuariële beheersmethoden* worden gebruikt ter behoud van het financieel evenwicht tussen bijdragen en uitkeringen. Actuarissen kunnen rekening houden met de verschillen in levensduur van de pensioengerechtigden en dus met naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren om uit te maken welke middelen er nodig zijn om te kunnen voldoen aan de financiële verplichtingen (bv. met het oog op reservevorming). Daarentegen rees er volgens de Advocaat-Generaal wél een probleem indien er voor mannen en vrouwen verschillende criteria worden gebruikt voor de *berekening* van het eigenlijke bedrag van de bijdragen en de uitkeringen. Op deze zogenaamde externe factoren is het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen wél van toepassing. De parallel die kan worden getrokken met het onderscheid dat voor het toepassingsgebied van de Genderrichtlijn kan worden gemaakt tussen het technische en commerciële tarief, is bijzonder treffend.

[1489] Zie voor het belang van dit onderscheid tussen de "technische" en "commerciële" premie: M. DENUIT, "Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?", *De Verz.* september 2005, document nr. 2, 1-2 en 6-7. Zie voor een kritische benadering, C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 113: "*Nous n'apercevons pas le sens de cette autorisation si elle doit, au final, faire supporter par l'un des sexes des chargements plus importants dans les primes par rapport à l'autre que ce qu'il ne serait justifié, pour le simple plaisir de rétablir l'égalité au final. Cette proposition ne nous paraît pas conforme à une politique tarifaire équilibrée et raisonnée*."

[1490] De nieuwe tariefstructuur die wordt opgelegd door een verbod om nog langer rekening te houden met geslacht in de premiezetting, zou wel kunnen leiden tot een vernieuwde grootte en samenstelling van de verzekeringsportefeuille. Om die reden zou het invoeren van uni-sekstarieven ook een stijging kunnen meebrengen van de gemiddelde prijzen. Zie de uiteenzetting van P. DEVOLDER *naar aanleiding van de hoorzitting in de senaat inzake wetsvoorstel 4-352/1*, 22 november 2007, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-352/2, 18 alwaar hij een oplossing voorspelt die het midden zal houden tussen een beweging richting maximumprijzen (evolutie waarbij het zou gaan om een verhoging van het voor een bepaald geslacht laagste tarief naar het niveau van het hoogste) en een handhaving van het gemiddelde tarief. Zie voor een peiling naar de tarieven in motorrijtuigenverzekering en aanvullende ziekteverzekering die eveneens in die richting wijst, "Uniseksverplichting schudt Belgische markt doorheen", *De Standaard* 7 januari 2008, E 2-3; *La Capitale* 3 januari 2008, 13. Zie ook P. COLLE, "Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen", *l.c.*, 64. COLLE verklaart dat unisekstarieven niet het gemiddelde kunnen zijn van de eerder gevraagde gedifferentieerde premies tussen mannen en vrouwen. Hij wijst op vroegere ervaringen in Frankrijk waar een verplichting tot het gebruik van unisekstarieven in renteverzekeringen ertoe heeft geleid dat de hoogste tarieven steeds als unisekstarieven zijn gebruikt in plaats van het gemiddelde van de tarieven die voor deze verplichting op mannen en vrouwen werden toegepast. Zie voor een verdere toelichting, *infra* voetnoot nr. 2183 met de referenties aldaar.

[1491] Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 39. Zie reeds *supra* nr. 73.

492. **Geslachtsgebonden tarifaire voorwaarden: rechtvaardigbaar.** Het optierecht van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn richt zich in de eerste plaats tot de toepassing van verschillende tariefformules voor mannen en vrouwen in mortorrijtuigenverzekeringen, levensverzekeringen, hospitalisatieverzekeringen enz. Ook het gebruik van voor mannen en vrouwen verschillende sterftetafels in levensverzekeringen valt onder het optierecht, daar deze rechtstreeks leiden tot een *verschil* in premies of uitkeringen. Om die reden zal ook een verschillend franchisebedrag voor mannen en vrouwen onder het optierecht ressorteren. Het betreft telkens *tarifaire* contractsvoorwaarden: zij worden rechtstreeks gebruikt voor de *berekening* van premies en uitkeringen en zijn daarom rechtvaardigbaar.

Opgemerkt kan worden dat de Europese wetgever op dit punt *niet* het standpunt deelt dat Advocaat-Generaal VAN GERVEN voorstond in de zaken *Neath* en *Coloroll.* Volgens VAN GERVEN was oud-artikel 119 E.G.-Verdrag niet alleen *van toepassing* op een verschil in premies en uitkeringen. Het artikel 119 E.G.-Verdrag *verzet* er zich ook tegen, in die zin dat de zogenaamde handhaving van het financieel evenwicht *niet* als rechtvaardiging kan worden opgeworpen voor het verschil in behandeling.[1492] Met het toestaan van het optierecht geeft de Europese wetgever nu aan de lidstaten de kans om het verschil in premies en uitkeringen wél rechtvaardigbaar te verklaren. Wanneer de verzekeraar kan aantonen dat het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens, is een proportioneel verschil in premies en uitkeringen toegelaten. Men kan dan ook stellen dat de Europese wetgever het beroep op het evenwichtig financieel beheer van de verzekeringsportefeuille vandaag wél toelaatbaar acht als rechtvaardigingsgrond.[1493]

493. **Geslachtsgebonden acceptatiepolitiek: niet rechtvaardigbaar.** De optie van artikel 5, lid 2 kan *enkel* worden gelicht voor premies en uitkeringen en is dus niet van toepassing op de *acceptatiepolitiek*[1494] van verzekeraars. Het optierecht mag er niet toe leiden dat de verzekeraar bepaalde risico's weigert te verzekeren op grond van het geslacht.

494. **Geslachtsgebonden "niet-tarifaire" contractvoorwaarden: niet rechtvaardigbaar.** Contractvoorwaarden die *geen* rechtstreekse invloed hebben op de *berekening* van premies en uitkeringen kunnen *niet* meegenieten van het optierecht van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Artikel 5, lid 2 is immers een uitzondering op artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn die enkel een zogenaamd overgangsregime instelde voor wat betreft de *berekening* van premies en uitkeringen. Het formuleren van het optierecht vormt zelf ook een *uitzondering* op de regel van gelijke behandeling van mannen en

---

[1492] Ibidem.

[1493] Vgl. H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56. Weliswaar heeft het Hof hier wel *an sich* de rechtvaardigbaarheid erkend van direct geslachtsonderscheid in het kader van de werking van het algemeen beginsel (cf. *supra* nr.75), maar oordeelde het dat *in casu* geen rechtvaardiging voorlag. Het is niet zeker of het Hof zich verzet tegen de noodzaak van het financieel beheer als *legitieme doelstelling*. In haar argumentatie legt het Hof immers de klemtoon op de vraag dat hetzelfde doel van financieel beheer ook kon worden bereikt met andere middelen. Zie hierover meer uitvoerig, *infra* nrs. 857 en 883.

[1494] Het beleid waarbij de verzekeraar oordeelt over de categrorieën personen of risico's die hij al dan niet ten laste zal nemen.

vrouwen en moet dientengevolge ook strikt worden geïnterpreteerd. Men dient zich te houden aan een eng begrip van het toepassingsgebied van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Voor contractvoorwaarden die niet zijn verbonden aan de eigenlijke *berekening* van de premies of uitkeringen (niet-tarifaire contractvoorwaarden), blijft het discriminatieverbod onverkort bestaan.

Om deze redenen mag aangenomen worden dat zogenaamde clausules van "verval van dekking" en "uitsluiting van dekking" die in verzekeringsovereenkomsten standaard zijn opgenomen, niet meegenieten van het optierecht.

> Een clausule van *uitsluiting van dekking* bepaalt dat bepaalde schadegevallen buiten de door de verzekeraar opgenomen verbintenissen vallen.
>
> Bij een clausule van *verval van dekking* is er in beginsel dekking, doch verliest de verzekeringnemer of de verzekerde door een bepaalde gedraging zijn recht op dekking.[1495]

Clausules van uitsluiting van dekking en verval van dekking kunnen misschien een *invloed* uitoefenen op de hoogte van de uitkering: zij kunnen het verschil maken tussen een verzekerde die wél een verzekeringsprestatie krijgt en een verzekerde die dit niet krijgt. Ook zullen deze clausules een mogelijke *invloed* uitoefenen op de hoogte van de premie, daar aan een verzekeringsovereenkomst die géén "discriminatoire" voorwaarden koppelt aan de dekking, wellicht een hogere premie zal verbonden zijn. Deze *invloed* is echter niet voldoende om dergelijke contractsvoorwaarden mee te kunnen nemen in het optierecht. Voor mannen en vrouwen verschillend geformuleerde of toegepaste clausules van uitsluiting en verval van dekking zijn aldus niet rechtvaardigbaar.

495. **Rechtvaardigingmogelijkheid voor alle verzekeringstakken.** Heel wat lidaten kozen ervoor om de optie te lichten voor alle verzekeringstakken. Zo wordt in §20, (2) van de Duitse *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* algemeen bepaald dat voor alle "*Prämien oder Leistungen*" in "*privatrechtliche Versicherung"* een onderscheiden behandeling van mannen en vrouwen wordt toegestaan onder de voorwaarden, zoals bepaald in de Genderrichtlijn.[1496] Onder *section* 45(3)(a) van de Britse *Sex Discrimination Act* van 1975 wordt bepaald dat "discriminatie" tussen mannen en vrouwen zal toegestaan zijn met betrekking tot premies en uitkeringen voor alle verzekeringsovereenkomsten ("*annuity, life assurance policy, accident assurance policy, or similar matter*") die worden afgesloten na 21 december 2007.[1497]

[1495] Voor een verdere begripsomschrijving en relevantie van de begrippen in het Belgisch verzekeringsrecht, zie M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 346 ; L. SCHUERMANS, *o.c.*, p. 638, nr. 869.

[1496] § 20 van de Duitse Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz stelt: „Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 [i.e. privatrechtliche Versicherung] bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist." Zie *http://bundesrecht.juris.de/agg/__19.html*

[1497] Zie Sex Discrimination Act van 1975, zoals gewijzigd door de Sex Discrimination Act 1975 (Amendment) Regulations van 2007. Zie *http://www.communities.gov.uk/documents/corporate/pdf/325341.pdf*

496. **Rechtvaardiging beperkt tot bepaalde verzekeringstakken.** De keuze van een lidstaat om de optie te lichten sluit echter niet uit dat er een beperking wordt opgelegd aan de tak waarvoor de optie wordt gelicht.[1498] Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om wettelijk vast te leggen dat directe discriminatie op basis van geslacht verboden is maar dat het voor welbepaalde verzekeringsovereenkomsten wel toegelaten is verschillen in premies en uitkeringen gesteund op het geslacht te rechtvaardigen op basis van actuariële en statistische gegevens. Dit is bijvoorbeeld het geval in Nederland en België, waar de optie enkel werd gelicht voor *levensverzekeringsovereenkomsten*.

497. **Nederland: beperking tot premies in levenverzekeringen.** In Nederland kon men voor het toestaan van een rechtvaardiginsmogelijkheid voor levensverzekering volstaan met het behoud van de bestaande wetgeving. In artikel 2, lid 2, a) van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) werd (en wordt) namelijk verklaard dat het daarin geformuleerde verbod op geslachtsdiscriminatie niet geldt in gevallen waarin het geslacht "*bepalend"* is. In het zogenaamde Nederlands Besluit Gelijke Behandeling[1499] wordt vervolgens een limitatieve opsomming gegeven van de gevallen waarin het geslacht bepalend is. Voor wat betreft verzekering blijkt enkel een rechtvaardiging mogelijk te zijn voor "*verzekering van een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon*" (zie artikel 1, lid h van het Nederlands Besluit Gelijke Behandeling). Bij dit soort verzekering mag volgens de Nederlandse wetgever tóch onderscheid worden gemaakt op grond van geslacht voor zover het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen *het verschil in premie* redelijkerwijs meebrengt. De Nederlandse wetgever was van oordeel dat deze uitzonderingsbepaling in het Besluit Gelijke Behandeling met betrekking tot verzekering die afhankelijk is van het leven van een persoon, ook na de Genderrichtlijn kon worden gehandhaafd.[1500] Het behoud van de uitzondering in het Besluit Gelijke Behandeling werd door de Nederlandse wetgever verklaard aan de hand van de vaststelling dat de levensverwachting van vrouwen nog altijd hoger is dan die van mannen, waardoor het geslacht een determinerende factor blijft bij de vaststelling van het risico voor verzekeringen.[1501]

498. **België: beperking tot premies en prestaties in levensverzekering.** Een belangrijk aspect waarop het Belgisch recht zich bij de oorspronkelijke omzetting van de Genderrichtlijn onderscheidde van het Nederlandse recht, is dat er op het vlak van rechtvaardiging van directe discriminatie op geen enkele manier gebruik werd gemaakt van het hierboven vernoemde optierecht uit de Genderrichtlijn. In artikel 10 van de oorspronkelijke Genderwet werd bepaald dat directe onderscheiden gerechtvaardigd zouden zijn tot 21 december 2007, de omzettingsdatum van de Genderrichtlijn.[1502] Daarna zou er voor geen enkele soort verzekering nog een dergelijke uitzondering mogelijk zijn. Aan de oorspronke-

---

[1498] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 151.

[1499] K.B. van 18 augustus 1994 houdende nadere omschrijving van gevallen waarin het geslacht bepalend is, van gevallen waar het de bescherming van de vrouw betreft, van gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn en van gevallen waarin de nationaliteit bepalend is, *Stb.* 1994, 657 (hierna, "Nederlands Besluit Gelijke Behandeling").

[1500] Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 3, p. 5.

[1501] Ibidem.

[1502] Zie ook C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 117.

lijke houding van de Belgische wetgever kwam plots verandering, net op het moment dat de vervaltermijn van 21 december 2007 die was verbonden aan het genoemde optierecht zou verstrijken.[1503] Met de zogenaamde Gender-wijzigingswet van 21 december 2007 besloot de Belgische wetgever om het bestaande artikel 10 van de Genderwet fundamenteel te wijzigen.[1504] Door de Gender-wijzigingswet werd specifiek voor "levensverzekeringsovereenkomsten in de zin van artikel 97 W.LVO"[1505] de mogelijkheid toegestaan (zoals die reeds bestond in de specifieke levensverzekeringsreglementering[1506]) om voor mannen en vrouwen verschillende verzekeringspremies en -prestaties toe te passen. Hieraan werd de voorwaarde gekoppeld dat het gemaakte onderscheid proportioneel is en dat het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. (nieuw artikel 10, §1 van de Genderwet). Met deze wetswijziging zou het in België, net zoals in Nederland, mogelijk moeten blijven om in levensverzekering de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen in rekening te nemen voor het bepalen van premies of prestaties.[1507] Voor niet-levensverzekeringsovereenkomsten heeft de wetgever, zoals in Nederland, de mogelijkheid van een verschil in premies en prestaties op grond van geslacht uitgesloten.[1508] Hierbij wordt eraan herinnerd dat tegen deze wet een beroep tot nietigverklaring is ingesteld door verbruikersvereniging Test-Aankoop.[1509]

[1503] In Kamer en Senaat kwamen eind 2007 een aantal parlementaire initiatieven tot stand die de optie wilden lichten voor alle verzekeringsovereenkomsten. Zie *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 404/1, ingediend door dhr. Tommelein; *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 431/1, ingediend door dhr. Logghe e.a.; *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-352/1, ingediend door mevr. Tilmans e.a.; *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-481/1, ingediend door mevr. Van Dermeersch.

[1504] Deze Gender-wijzigingswet is gebaseerd op het door dhr. Tommelein gewijzigde voorstel, zoals dat doorheen het wetgevend proces nog op belangrijke punten is geamendeerd (zie *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 404/2, 1, ingediend door mevr. Partyka e.a.), door de Senaat werd geëvoceerd (zie *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-477/1) en aldaar niet verder werd geamendeerd (zie *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-477/4). Zie ook Y. THIERY, "Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten: is er leven na 21 december 2007?", *R.W.* 1 november 2008, afl. 9, 347; C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 117.

[1505] Er bestaat enige onzekerheid of de wetgever door te verwijzen naar artikel 97 van de W.LVO heeft bedoeld om bepaalde vormen van levensverzekering, zoals individuele pensioentoezeggingen, waarvan kan worden aangenomen dat zij niet onder het toepassingsgebied van de W.LVO vallen, worden onttrokken van de werking van artikel 10 van de Genderwet. Dit zou dan tot gevolg kunnen hebben dat er voor deze levensverzekeringsovereenkomsten geen rekening mag gehouden worden met de voor mannen en vrouwen verschillende levensverwachting voor het bepalen van premies en prestaties. Evengoed kan men echter argumenteren dat de verwijzing naar artikel 97 van de W.LVO niet slaat op het toepassingsgebied van deze wet, maar wel op de eigenlijke inhoud van de definitie die in dit artikel wordt gegeven aan levensverzekeringsovereenkomsten ('*persoonsverzekeringen waarbij het zich voordoen van het verzekerd voorval alleen afhankelijk is van de menselijke levensduur*"). Zie voor deze discussie, Y. THIERY, "Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten: is er leven na 21 december 2007?", *l.c.*, 349-352. Vgl. C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 118 en H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 637-638.

[1506] Zie artikel 24, §5-6 van het K.B.-Leven, Koninklijk Besluit van 14 november 2003 met betrekking tot de levensverzekeringsactiviteit, *B.S.* 14 november 2003, *err.* 23 juli 2004. Zie hierover *infra* nr. 841.

[1507] Zie o.m. Y. THIERY, "Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten: is er leven na 21 december 2007?", *l.c.*, 346; J.-M. BINON, "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*, 15 ; B. WEYTS, "Gelijkheid onder verzekerden" in X. (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht - Gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 2009, 270-271.

[1508] Het oorspronkelijke wetsvoorstel tot wijziging van het absoluut verbod op het maken van onderscheid op grond van geslacht, beoogde ook voor *motorrijtuigenverzekering* en *hospitalisatieverzekering* de mogelijkheid te laten om directe onderscheiden op grond van geslacht open te laten voor rechtvaardiging. (Zie Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 404/1, 7-8.). Op basis van een in de Kamer ingediend

(ii) Gevaar voor concurrentieverstoring?

1/ Forumshopping.

499. **Keuze voor gunstige nationale wetgeving.** De Genderrichtlijn heeft een situatie gecreëerd waarbij lidstaten ervoor konden kiezen om niet in te gaan op de door de Richtlijn geboden optiemogelijkheid. Verzekeringsondernemingen die zijn onderworpen aan het recht van een dergelijke lidstaat worden hierdoor in feite verplicht om unisekstarieven te gebruiken. Dit doet een gevaar ontstaan voor concurrentieverstoringen binnen de door de Richtlijnen schade – en levensverzekering gecreëerde concurrentiele verzekeringsmarkt.[1510] Andere lidstaten hebben immers besloten om de genoemde optie wél te lichten, waardoor in deze landen geen gebruik moet worden gemaakt van unisekstarieven. Door de ontstane verschillen tussen de nationale wetgevingen rijst het gevaar van forumshopping waarbij verzekerden gaan kiezen voor verzekeringsovereenkomsten beheerst door nationale wetgeving die voor hun specifieke geval het meest gunstig is.

> Zo heeft de groep die bij toepassing van een gedifferentieerde risico-beoordeling de lagere premie betaalt (afhankelijk van het soort verzekering, de groep van mannen of van vrouwen) er immers belang bij om een verzekeraar op te zoeken die geen uniseks-voorwaarden hanteert.[1511] Op de markten waarop wel uniseks-voorwaarden dienen te worden gehanteerd werden er door de verzekeringssector trouwens algemene prijsstijgingen aangekondigd die, onafhankelijk van het soort verzekering, zowel mannen als vrouwen in de richting sturen van verzekeraars die wel geslachtsgedifferentieerde premies en uitkeringen mogen toepassen.[1512]
>
> Omgekeerd is het ook mogelijk dat de groep die bij toepassing van een gedifferentieerde risico-beoordeling de hoogste premie betaalt in een lidstaat waar geen uniseks-voorwaarden dienen te worden toegepast, er belang bij heeft om een verzekeraar op te zoeken die wél uniseks-voorwaarden hanteert.[1513] Dit laatste scenario is, zo werd althans aangekondigd, minder waarschijnlijk. Zoals gezegd geldt de voor-

---

amendement (*Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 404/2, 1) werd voor niet-levenverzekeringsovereenkomsten uiteindelijk toch het *status quo* behouden en blijft dus de oorspronkelijke regeling gelden van artikel 8 van de Genderwet. Meer concreet betekent dit dat het gebruik van voor mannen en vrouwen verschillende verzekeringspremies en -prestaties vanaf 21 december 2007 niet meer rechtvaardigbaar is aan de hand van actuariële en statistische gegevens die een verschillend risico voor mannen en vrouwen weergeven. De verweerder kan namelijk geen gebruik meer maken van de zogenaamde "open rechtvaardigingsformule" waarbij hij bewijst dat er sprake is van een "legitiem doel" voor het onderscheid dat hij maakt en waarbij de middelen om dit doel te bereiken "passend" en "noodzakelijk" zijn. Vanaf 21 december 2007 zijn verschillen in premies en prestaties in niet-levensverzekeringsovereenkomsten enkel nog te rechtvaardigen aan de hand van argumenten inzake geslachtsexclusieve levering (artikel 9 van de Genderwet), positieve actie (artikel 16 van de Genderwet), bescherming op het vlak van zwangerschap en moederschap (artikel 17) en onderscheiden die worden opgelegd door een wet (artikel 18 - vrijwaringsclausule).

[1509] Cf. *supra* nrs. 229 e.v.

[1510] H. VAN DONINCK, "Assuralia publiceert open brief aan politici", *De Verz.* 16 tot 31 mei 2007, 22.

[1511] F. DE BILDERLING, *l.c.*, 248.

[1512] HOUSE OF LORDS, EUROPEAN UNION COMMITTEE, "Sexual equality in access to goods and services – 27th Report of Session 2003-04", *www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldeucom/165/165.pdf*, 22 september 2004, p. 32, nr. 6.24; X., "Assuralia voorspelt duurdere premies", *De Standaard*, 15 februari 2007. Zie voor een verdere evaluatie van de reactie van de Belgische verzekeringsmarkt op verplicht gebruik van uniseks-tarieven, voetnoot nr. 2184.

[1513] Ibidem.

spelling dat er in markten waar uniseks-premies dienen te worden gehanteerd, de premies zullen stijgen voor beide geslachten.[1514]

Ook de Europese Commissie had in haar oorspronkelijk Voorstel van Richtlijn gewaarschuwd voor concurrentieverstoringen indien er geen gecoördineerde omschakeling naar sekseneutrale tarieven zou voorzien worden voor heel de Unie.[1515] Doordat de leden van de geslachtsgroep die baat vinden bij een omschakeling naar uniseks-tariferering zich in onevenredige mate zullen aansluiten bij een verzekeringsonderneming, terwijl degenen die zich benadeeld voelen, de verzekeraar de rug zullen toekeren, zo voorspelde de Commissie, zal de verzekeringsonderneming met een risicoportefeuille worden opgezadeld die alleen maar kan gedekt worden door een algemene stijging van de premies. Vreemd genoeg is uiteindelijk doorheen de politieke besluitvorming in de Raad aan deze bezorgdheid niet tegemoet gekomen. Door het aan oud-artikel 13 E.G.-Verdrag gekoppelde unanimiteitsvereiste in de Raad[1516] is uiteindelijk gekozen voor een zogenaamde compromisoplossing waarbij iedere lidstaat voor zichzelf kan uitmaken of zij specifiek voor verzekerings- en aanverwante financiële diensten een rechtvaardigingsmogelijkheid voor direct geslachtsonderscheid wil toestaan. Volgens de Belgische verzekeringssector onstaat daardoor zeer duidelijk een gevaar van concurrentieel nadeel ten opzichte van de buitenlandse EU-verzekeraars. [1517] Men redeneert dat buitenlandse verzekeraars die het onderscheid tussen mannen en vrouwen op het gebied van premies en uitkeringen wel mogen rechtvaardigen, goedkopere premies zullen kunnen aanbieden voor het ene of het andere geslacht, waardoor deze buitenlandse verzekeringsmaatschappijen een deel van de Belgische markt zullen “veroveren”.[1518]

2/ Relativering van het gevaar voor concurrentieverstoring

500. **Feitelijke relativering.** Toch is het zeer de vraag of er voor de verzekeraars in landen waar de optie wordt gelicht, daadwerkelijk te vrezen valt voor een verzwakte concurrentiepositie.[1519] Zo zal het lichten van de optie door een lidstaat niet automatisch inhouden dat naar het geslacht gedifferentieerde premies en uitkeringen zijn toegelaten. Artikel 5, lid 2 stelt op dat vlak vrij strenge voorwaar-

[1514] A. WALEFFE, "La transposition, dans le secteur des assurances, de la directive 2004/113/CE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine des biens et services: aperçu des options ouvertes au législateur belge" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve, 2007, 123: X., “Assuralia voorspelt duurdere premies”, *De Standaard* 15 februari 2007.

[1515] Voorstel van Genderrichtlijn, 9.

[1516] Cf. *supra* nr. 80.

[1517] P. COLLE, *l.c.*, p. 65, nr.14.

[1518] Ibidem.

[1519] Y. THIERY, “Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht”, *l.c.*, 34 e.v..

den[1520] en bovendien is de optie in bepaalde lidstaten (zoals bv. België en Nederland) slechts partieel gelicht (*i.e.* voor enkele verzekeringstakken).[1521]

501. **Belang van toepasselijkheid van de Belgische wet.** De belangrijkste reden om niet te vrezen voor een verzwakte concurrentiepositie voor verzekeraars die gevestigd zijn in landen waar de optie niet is gelicht, is dat verzekeraars uit landen die de optie wél gelicht hebben (lidstaat van herkomst) zich in de lidstaat van vestiging of dienstverlening mogelijk ook moeten houden aan de aldaar geldende anti-discriminatiewetgeving. Teneinde duidelijkheid te krijgen over de vraag in welke mate buitenlandse verzekeraars zich in een land zoals bv. België dienen te houden aan een strikt discriminatieverbod zonder rechtvaardigingsmogelijkheid in niet-levensverzekeringsovereenkomsten, dient te worden ingezoomd op de juiste kwalificatie van de (Belgische) anti-discriminatiewetgeving onder de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels. De vraag luidt meer specifiek of de relevante bepalingen in de Belgische Genderwet, ter omzetting van de Richtlijn, te kwalificeren zijn als tariefbepaling of als een aspect van het recht toepasselijk op de verzekeringsovereenkomst.[1522]

502. **De Belgische wet als tariefbepaling?** Alleen indien de (relevante bepalingen van) de Belgische Genderwet zouden neerkomen op een loutere tariefbepaling (deel uitmakend van wettelijke vereisten inzake de toegang tot en de uitoefening van de verzekeringsactiviteit) kan ingeroepen worden dat zij enkel voor Belgische en niet voor de buitenlandse verzekeraars gelden. Ingevolge de principes van "enige vergunning"[1523] en "*home country control*"[1524] geldt op het vlak van de financiële controle dat enkel de wetgeving van de lidstaat van herkomst van de EU-verzekeringsonderneming toepasselijk is en dat de lidstaat van dienstverlening of vestiging terzake geen bevoegdheid heeft.[1525]

[1520] Zie *infra* nrs. 517 t.e.m. 523; het geslacht moet een bepalende factor zijn bij de beoordeling van het risico en het risico moet worden beoordeeld op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens die regelmatig worden geactualiseerd.

[1521] Zie bv. België en Nederland, die enkel voor levensverzekering een verruimd rechtvaardigingsregime toestaan. Zie hiervoor *infra* nrs. 497-498.

[1522] Deze vraag werd als dusdanig geformuleerd in C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 152. Zie ook Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", *l.c.*, 34.

[1523] Zie voor schadeverzekering, artikel 8 van de Eerste Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, *Pb.* EG L 16 augustus 1973, afl. 228, 3, (hierna "Eerste Schadeverzekeringsrichtlijn"), zoals vervangen door artikel 6 van de Derde Schadeverzekeringsrichtlijn. Zie voor levensverzekering, artikel 4 van de Levensverzekeringsrichtlijn.

[1524] Zie artikel 13 van de Eerste Richtlijn Leven en artikel 10 van de Levensverzekeringsrichtlijn.

[1525] H. COUSY, "Le marché intérieur de l'assurance en Europe", *l.c.*, 300-301; H. CLAASSENS en H. COUSY, "Het algemeen kader van de richtlijnen van de derde generatie", in *Het Europa van de verzekeringen: de richtlijnen van de derde generatie,* Antwerpen-Apeldoorn / Louvain-la-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 1992, 38-39; C. VAN SCHOUBROECK, "Wanneer is een nationale bepaling van "algemeen belang"?", in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Antwerpen-Apeldoorn / Louvain-la-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 1998, 349; J.-M. BINON, "La directive du 18 juin 1992: an I du Marché unique de l'assurance non-vie? son régime, ses opportunités et ses limites"", *De Verz.* 1994, afl. 306, 23.; J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance" *l.c.*, 9; G. STRAETMANS, en P. J. SLOT, "Europees vrij verkeer versus polisvoorwaarden" in T. HARTLIEF en M. M. MENDEL (eds.), *Verzekering en Maatschappij*, Kluwer - Meijers Instituut, Deventer - Leiden, 2000, 345-346.

Evenwel rijst de cruciale vraag of elke wetgeving die van *invloed* kan zijn op het tariefbeleid van een verzekeringsonderneming, automatisch onverenigbaar is met deze principes en daardoor verboden is.[1526] Het tegendeel werd reeds beslist door het Hof van Justitie in de hogergenoemde rechtspraak omtrent de invulling van de tariferingsvrijheid.[1527] Daarbij werd duidelijk dat zelfs een prijsreguleringssysteem, zoals een verplicht opgelegd bonus-malusstelsel, geen schending uitmaakt van de tariferingsvrijheid, *wanneer* er *geen* rechtstreekse vaststelling is van de basispremie.[1528] Recent werd nog bevestigd dat een nationale maatregel tot tariefvermindering, die niet de verplichting in zich hield om tarieven af te stemmen op het marktgemiddelde, geen schending uitmaakt van de vrijheid van tarief.[1529] Ook van het Belgische geslachtsdiscriminatieverbod kan niet worden gezegd dat zij verplicht tot een bevriezing van tarieven of een verplichte afstemming op marktgemiddelden. De Belgische anti-discriminatiewetgeving legt de tarieven voor mannen en vrouwen geenszins vast, maar vraagt enkel een gelijkstelling van deze tarieven. Zij doet dit overigens op basis van de omzettingsverplichtingen van de Genderrichtlijn.[1530] Los van deze discussie dient ook nog te worden gewezen op het expliciet door de Europese Commissie verdedigde standpunt dat de tariferingsvrijheid (en bijgevolg ook de invulling van de tariferingsvrijheid) in ieder geval ondergeschikt is aan het door de gemeenschapswetgever gevestigde geslachtsdiscriminatieverbod.[1531] Samenvattend kan worden gesteld dat de Belgische Genderwet, omwille van de vaststelling dat zij een "invloed" uitoefent op de hoogte van de premies, automatisch iedere toepasselijkheid op buitenlandse verzekeringsondernemingen verliest.[1532] Een loutere invloed maakt de anti-discriminatiewetgeving immers nog geen tariefbepaling, zodat de buitenlandse verzekeraar zich niet kan beroepen op het beginsel van *home country control* om te verdedigen dat hij enkel de anti-discriminatiewetgeving van zijn land van herkomst moet volgen.

503. **De Belgische Genderwet en de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels.** Indien de Belgische anti-discriminatiewetgeving wordt gekwalificeerd als een bepaling die de contractuele verhouding tussen partijen regelt, moet op basis van de verwijzingsregel tot aanduiding van het recht toepasselijk op de verzekeringsovereenkomst worden bepaald of het Belgisch recht, met inbegrip van de anti-discriminatiewetgeving door de verzekeraar (ook de buitenlandse) moet worden toege-

---

[1526] J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance", *l.c.*, 16.

[1527] Cf. *supra* nr. 244. Zie meer uitvoerig *infra* nrs. 762 e.v.

[1528] H.v.J. 25 februari 2003, *Commissie/Italië*, C-59/01, *Jur.* 2003, I-1759, ov. 48; H.v.J. 7 september 2004, Zaak C-346/02, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2004, I-7517, ov. 23; H.v.J 7 september 2004, C-347/02, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2004, I-7557, ov. 24. Recent werd ook bevestigd dat een nationale maatregel tot tariefvermindering, waarbij aan verzekeraars wordt opgelegd om hun tarieven enkel en alleen te baseren op de historische statistieken van de gemiddelde risicokosten, evenmin afbreuk doet aan de tariferingsvrijheid. Zie H.v.J. 28 april 2009, *Commissie/Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, ov. 101-108. Zie voor een commentaar, J.-M. BINON, "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*, nr. 6-7. Zie hierover verder, *infra* nrs. 766-769.

[1529] H.v.J 28 april 2009, *Commissie/Italië*, C-518/06, *Jur*. 2009, I-3491, ov. 103-108. Zie ook *infra* nr. 767.

[1530] Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", *l.c.*, 28.

[1531] Zie Voorstel van Genderrichtlijn, 6-7. Zie ook *infra* nr. 765.

[1532] Zie reeds eerder, Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", *l.c.*, 35.

past.[1533] Dit is volgens de basisverwijzingsregels uit de Verzekeringsrichtlijnen[1534] (zoals die thans zijn vastgelegd in de Rome I-verordening)[1535] en de Belgische Controlewet, voor wat betreft levensverzekering wanneer de verzekeringnemer gewone verblijfplaats heeft in België en, voor wat betreft de schadeverzekeringen (massa-risico's) wanneer de plaats van het risico en de gewone verblijfplaats van de verzekeringnemer coïncideren.[1536] Vanaf dat moment staat de toepasselijkheid van de Belgische wet reeds vast en de buitenlandse verzekeraar zal zich eraan moeten houden.

Indien de Belgische anti-discriminatiewetgeving daarenboven wordt gezien als een zogenaamde '*loi de police*', die het geval dwingend beheerst onafhankelijk van het door de verwijzingsregels aangeduide nationaal recht, is de Belgische Genderwet zelfs van toepassing zodra er een *effectieve band* is met het Belgische recht[1537], ongeacht de vraag of de verzekeringnemer op dat moment zijn gewone verblijfplaats heeft in België. Deze hypothese is relevant voor alle gevallen waarbij het Belgisch recht op grond van de gewone verwijzingsregels niet van toepassing is. Het belangrijkste voorbeeld daarbij is dat van de verzekeringnemer natuurlijke persoon die zijn gewone verblijfplaats heeft in België maar onderdaan is van een lid-staat van de Europese Economische Ruimte (EER). In het geval van levensverzekeringsovereenkomsten heeft deze persoon de mogelijkheid om te kiezen voor de toepasselijkheid van het recht van deze laatste staat als het recht dat van toepassing is op de verzekeringsovereenkomst.[1538] Door kwalificatie van de Belgische anti-discriminatiewetgeving als een zgn.

[1533] Zie C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 152.

[1534] Zie voor *schadeverzekering* artikel 7, § 1 tweede Richtlijn 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van Richtlijn 73/239/EEG, *Pb.* L 4 juli 1988, afl. 172, 1 (hierna "Tweede Schadeverzekeringsrichtlijn"). Zie voor *levensverzekering* artikel 32, §1 Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *Pb.* L 19 december 2002, afl. 345, 1 (hierna "Levensverzekeringsrichtijn") die de verwijzingsregels overneemt van de zogenaamde tweede levensverzekeringsrichtlijn

[1535] Verordening nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb. L* 4 juli 2008, afl. 177, 6 (hierna "Rome I-Verordening"). Deze Rome I-verordening weerspiegelt grotendeels de verwijzingsregels zoals die reeds waren opgenomen in de genoemde Richtlijnen. Zie voor een commentaar, C. VAN SCHOUBROECK, "The new European conflicts-of-law rules from an insurance perspective", *European Journal of Consumer law* 2009, afl. 4, 765 en meerbepaald 768. Zie eveneens K. BERNAUW, "De plaatsing van risico's bij extracommunautaire verzekeraars (partim privaatrechtelijk)" in X.(ed.) *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Anthemis/Bruylant, 2008, 78-80; A. LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, "International consumer contracts in the new Rome I-Regulation: how much does the regulation change?", *European Journal of Consumer Law* 2008, 345 e.v.

[1536] Zie voor schadeverzekering, artikel *28ter* controlewet. Zie voor levensverzekering, artikel 28*nonies* van de controlewet. Vanaf 17 december 2009 (datum van inwerkingtreding Rome I-Verordening) kan voor levensverzekering en schadeverzekering samen worden verwezen naar artikel 7 van de Rome I-verordening.

[1537] B. DUBUISSON, "Les règles Belges de conflit de lois et l'assurance communautaire" in FACULTÉ DE DROIT ULB (ed.), *Les assurances de l'entreprise - Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles les 2 et 3 décembre 1993*, 2, Brussel, Bruylant, 1993, 597. Zie voor *schadeverzekering* artikel 7, § 2, lid 1 tweede schadeverzekeringsrichtlijn en artikel 28*quater* van de Controlewet. Zie voor *levensverzekering* artikel 32, § 4 en 5 van de levensverzekeringsrichtlijn en artikel 28*decies* van de controlewet. Zie onder de toepasselijkheid van de Rome I-Verordening, artikel 9 van deze Verordening. Volgens dit laatste artikel zijn bepalingen van bijzonder dwingend recht (*lois de police)*, "*bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst*."

[1538] Zie artikel 28*nonies*, §1, 2° lid van de Controlewet. Zie ook artikel 7, lid 3, c) van de Rome-I Verordening.

loi de police, dient de Belgische rechter, bij het vaststellen van een effectieve band met het Belgisch recht, toepassing te maken van de Belgische anti-discriminatieregel. De zgn. effectieve band met het Belgisch recht kan bv. worden vastgesteld wanneer het risico is gelegen in België.[1539] Op die manier is er reeds sprake van toepasselijkheid van het Belgisch recht wanneer de verzekeringnemer gewone verblijfplaats heeft in België. De hypothese dat de Belgische antidiscriminatiewetgeving wordt gecategoriseerd als een *loi de police* is in ieder geval niet vreemd, gezien de tendens in de rechtspraak en rechtsleer om wetgeving die bescherming inhoudt van de consument als dusdanig te categoriseren.[1540] Omdat het daarenboven gaat om de bescherming van een (fundamenteel) recht waarvoor de Belgische wetgever een sterke afdwingbaarheid heeft ingericht, wordt de mogelijkheid tot kwalificatie als *loi de police* nog versterkt.[1541]

(iii) Verhouding met het verbod op belemmeringen van het vrije dienstenverkeer en de vrije vestiging

504. **De Belgische Genderwet als belemmering voor buitenlandse verzekeraars.** Men zou zich kunnen afvragen of de keuze van lidstaten zoals België en Nederland om het geslachtsdiscriminatieverbod volledig en onverkort toe te passen op niet-levensverzekeringsovereenkomsten die worden aangeboden door buitenlandse verzekeraars, verenigbaar is met de door het E.G.-Verdrag beschermde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening, ook al zijn de verwijzingsregels correct toegepast. Wanneer een buitenlandse verzekeringsonderneming met een hoofdkantoor in de Europese Gemeenschap (of zelfs in de EER) verplicht wordt om rekening te houden met een geslachtsdiscriminatieverbod zonder dat daar een rechtvaardigingsmogelijkheid aan verbonden is, terwijl deze verzekeringsonderneming in eigen land wél de mogelijkheid heeft om, mits een rechtvaardiging, premies en uitkeringen te laten afhangen van het geslacht van de verzekeringnemer, kan er immers sprake zijn van een *belemmering van de vrijheid van vestiging of dienstverlening*.[1542] Het zal voor de buitenlandse verzekeraar moeilijker zijn om in vrije dienstverlening of vanuit een in België gevestigd bijkantoor niet-levensverzekeringsovereenkomsten aan te bieden. Door sommigen wordt dan ook beweerd dat België buitenlandse verzekeringsmaatschappijen (in vrije dienstverlening of vestiging in België) niet kan verbieden om gedifferentieerde tarieven tussen mannen en vrouwen op te leggen.[1543]

[1539] Zie ook Y. THIERY, “Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht”, *l.c.*, 35, met verwijzing naar B. DUBUISSON, "Les règles Belges de conflit de lois et l'assurance communautaire", *l.c.*, 597.

[1540] B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat d’assurance dans un espace communautaire intégré*, thèse présentée en vue de droit de l’obtention du grade de Docteur en Droit, Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain – Faculté de Droit, 22 maart 1994, 415 en 568; I. COUWENBERG, “Lex contractus onder het EVO”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 230.

[1541] Zie bv. de conclusie van I. DE WILDE en A. VAN DAMME, "Nieuw leven geblazen in de tweede pensioenpijler? Toelichting bij het sociaal luik van de 'WAP'", *Soc. Kron.* 2003, afl. 11, 521-537, die de WAP categoriseren als een *loi de police* op basis van het besluit dat zij strafrechtelijk gesanctioneerd is. Een analoge beoordeling kan worden gemaakt omtrent de Belgische genderwet die misschien wel geen strafbepalingen inhoudt (met uitzondering van het aanzetten tot geslachtsdiscriminatie en de geslachtsdiscriminatie door ambtenaren, zie art. 27 en 28 van de Belgische Genderwet) maar desondanks een sterk afdwingingskader creëert in de vorm van o.m. forfaitaire schadevergoedingen (zie *supra* nrs. 213 e.v.).

[1542] Zie artikel 49, resp. 56 van het Werkingsverdrag (oud-artikelen 43 en 49 van het E.G.-Verdrag).

[1543] P. COLLE, *l.c.*, p. 65, nr.15.

505. **Ongeacht de correcte toepassing van de verwijzingsregels.** In dit verband verklaarde de Europese Commissie[1544], hierin gevolgd door de rechtsleer[1545], dat de toepassing door een lidstaat van zijn eigen materieel recht van "dwingende aard" en van "openbare orde" op de verzekeringscontracten krachtens de regels van internationaal privaatrecht van de verzekeringsrichtlijnen, er niet aan in de weg staat dat wordt nagegaan of er uit deze toepassing geen belemmeringen aan het vrij verkeer voortvloeien.[1546] Ingeval de verwijzingsregels aldus het Belgische recht aanduiden dient er alsnog te worden nagegaan of de in België geldende anti-discriminatiewetgeving wel in overeenstemming is met de regels van het vrij verkeer.

506. **Het belang van het "algemeen belang".** Het is in de context van deze overeenstemming met de regels inzake vrij verkeer dat de vraag rijst of een lidstaat zich kan beroepen op de zogenaamde door het Hof van Justitie ontwikkelde toets van "algemeen belang". Deze toets houdt in dat de lidstaat waar het risico gelegen is, de mogelijkheid heeft om bepaalde nationale maatregelen te blijven handhaven ook al vormen deze een belemmering voor vrije vestiging of het vrij verkeer van goederen, diensten en personen.[1547] Om succesvol te kunnen toetsen aan dwingende redenen van algemeen belang dient echter wel aan enkele belangrijke voorwaarden te worden voldaan, die geleidelijk aan werden gepreciseerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie[1548] en door de Europese Commissie ook erkend en van toepassing geacht op de vrije verzekeringsmarkt.[1549]

[1544] Zie hiervoor de Interpretatieve Mededeling van de Commissie van 16 februari 2000, 2000/C43/03, "Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf", *Pb. C* 16 februari 2000, afl. 43. Tekst gelinkt aan voetnoot 109-112. (hierna "Interpretatieve Mededeling Algemeen Belang")

[1545] B. DUBUISSON, "La loi applicable au contrat d'assurance dans l'espace européen", *o.c.*, 744*;* B. DUBUISSON, "l'Intérêt général en droit communautaire de l'assurance. La réaction Thermidorienne", *R.G.A.T.* 1995, afl. 4, 827-829; C. VAN SCHOUBROECK, "Wanneer is een nationale bepaling van "algemeen belang"?", *l.c.*, 348 en 355, die ook wijst op het door de Commissie gehuldigde principe dat niet het mechanisme voor de aanduiding van het toepasselijke recht een belemmering vormt, maar wel het resultaat waartoe het leidt voor het materiële recht. Zie hiervoor de Interpretatieve Mededeling van de Commissie inzake vrij verrichten van diensten en algemeen belang in de tweede bankrichtlijn, *Pb.* C 10 juli 1997, afl. 209, 20.

[1546] Zie bv. H.v.J. 23 november 1999, Strafzaak tegen Arblade, C-369/96, *Jur.* 1999, I-8453, ov.31, waar het Hof (in een andere context) stelde: "*Het is niet omdat nationale bepalingen als wetten van politie en veiligheid worden aangemerkt, dat zij niet in overeenstemming met de verdragsbepalingen dienen te zijn; anders zou afbreuk worden gedaan aan de voorrang en de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht. Het gemeenschapsrecht kan de aan dergelijke nationale wettelijke regelingen ten grondslag liggende overwegingen slechts aanvaarden als uitzonderingen op de uitdrukkelijk in het Verdrag vastgestelde communautaire vrijheden en, in voorkomend geval, als dwingende redenen van algemeen belang."*

[1547] Zie artikel 28 van de derde schadeverzekeringsrichtlijn en artikel 33 van de levensverzekeringsrichtlijn. Zie verder ook B. DUBUISSON, "Unité ou diversité des notions d'intérêt général, d'ordre public et des normes impératives dans les directives communautaires relatives aux assurances" in X, *l'Europe de l'assurance. Les directives de la troisième génération*, Antwerp-Apeldoorn / Louvain-la-Neuve, Maklu Uitgevers / Academia-Bruylant, 1992, p. 243, nr. 70.

[1548] H.v.J. 20 februari 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), C-120/78, *Jur.* 1979, 649 (vrij goederenverkeer); H.v.J. 25 juli 1991, *Manfred Säger/Dennemeyer*, C-76/90, *Jur.* 1991, 4221, ov. 15-17 (vrije dienstverlening); H.v.J. 31 maart 1993, *Kraus/Land Baden-Württemberg*, C-19/92, *Jur.* 1993, 1663, ov. 32; H.v.J. 30 november 1995, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, *Jur.* 1995, 4165, ov. 35-38.

[1549] Interpretatieve Mededeling Algemeen Belang en de aldaar opgenomen verwijzingen naar de betreffende rechtspraak, voetnoot 60 t.e.m. 85. De commissie maakte eerder al duidelijk dat dezelfde principes ook gelden in de

Zo dient er allereerst sprake te zijn van een afwezigheid van harmonisatie van de geregelde materie. Wordt aan deze voorwaarde niet voldaan omdat er wél sprake is van harmonisatie, moet de nationale bepaling in overeenstemming zijn met de Europese norm.[1550] De voor de buitenlandse verzekeraar belemmerende maatregel mag ook niet discriminatoir zijn ten opzichte van deze verzekeraar, in die zin dat zij de buitenlandse verzekeraar minder gunstig zou behandelen. Verder moet de regel een dwingende bepaling van algemeen belang zijn, hetgeen ondermeer inhoudt dat ze bv. consumentenbescherming[1551] of de bescherming van de ontvanger van de dienst[1552] beoogt.[1553] Voorts moet de regel objectief noodzakelijk zijn, evenals evenredig aan het vooropgestelde algemeen belang (in die zin dat het gerechtvaadigde doel niet had kunnen worden bereikt op minder stringente wijze.[1554] Tenslotte mag het algemeen belang niet worden bereikt door regels waaraan de verzekeringsonderneming reeds is onderworpen in de lidstaat van herkomst (verbod van dubbele controle).[1555]

507. **De Belgische Genderwet als produkt van een harmoniserende omzettingsverplichting.** De eerste voorwaarde, afwezigheid van harmonisatie, slaat op de gedachte dat het weinig zin heeft om na te gaan of een maatregel wordt getroffen in het kader van het algemeen belang, als de maatregel in kwestie in overeenstemming is (of dient te zijn) met geharmoniseerde Europese wetgeving. Nu de Belgische genderwet zelf product is van een omzettingsverplichting voortspruitend uit Europese wetgeving, kan worden aangenomen dat de Belgische wet aan deze verplichting moet voldoen en zich naar de harmoniserende maatregel (die de Genderrichtlijn vormt), moet schikken. Het is de Europese wetgever zélf die met de Genderrichtlijn grenzen heeft gesteld aan de invulling van de vestigingsvrijheid en de vrijheid van dienstverlening. Er is dan ook geen reden waarom de Belgische of Nederlandse wetgever verdere argumenten zou moeten opwerpen ter verdediging van haar keuze om de optie niet te lichten en zodoende het geslachtsdiscriminatieverbod volledig door te trekken naar niet-levensverzekeringsovereenkomsten en aanverwante financiële diensten. Precies omdat de regel een omzetting vormt van een geharmoniseerde Europese norm kan de naleving ervan worden opgelegd aan de buitenlandse verzekeraar van zodra de Belgische wetgeving op hem van toepassing is.[1556] De toetsing als “wettelijke bepaling van algemeen belang” is dus niet aan de orde.

508. ***Opting-out* als afwezigheid van harmonisatie?** Men zou kunnen argumenteren dat de Genderrichtlijn op het specifieke punt van de toepassing van het geslachtsdiscriminatieverbod op verzekeringsovereenkomsten tóch geen harmonisatie inhoudt, precies omdat zij op dat vlak een expliciete

---

banksector. Zie hiervoor de interpretatieve mededeling van de Commissie inzake vrij verrichten van diensten en algemeen belang in de tweede bankrichtlijn, *Pb.* C 10 juli 1997, afl. 209, 20.

[1550] C. VAN SCHOUBROECK, "Wanneer is een nationale bepaling van "algemeen belang"?", *l.c.*, 348.

[1551] Zie bv. H.v.J. 4 december 1986, *Commissie/ Duitsland,* C-205/84, *Jur.* 1986, 3755, ov. 30.

[1552] Zie bv. H.v.J. 18 januari 1979, *Ministère Public* (110/78) en *Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique* (111/78)/ *Van Wesemael*, gevoegde zaken 110 en 111/78, *Jur.* 1979, 35, ov. 35.

[1553] Zie ook C. VAN SCHOUBROECK, "Wanneer is een nationale bepaling van "algemeen belang"?", *l.c.*, 358.

[1554] Zie bv. H.v.J. 10 mei 1995, *Alpine Investments/ Minister van Financiën*, C-384/93, *Jur.* 1995, I-1141, ov. 50-51.

[1555] Zie bv. H.v.J. 4 december 1986, *Commissie/ Duitsland,* C-205/84, *Jur.* 1986, I-3755, ov. 29 ; H.v.J. 25 juli 1991, *Gouda/ Commissariaat voor de media,* C-288/89, *Jur.* 1991, I-4007, ov. 43.

[1556] Vgl. C. DEVOET, “Assurance, différenciation et discrimination”, *l.c.*, 124.

keuzemogelijkheid voorziet om voor verzekeringsovereenkomsten af te wijken van het strikte discriminatieverbod.[1557] In dat geval zou de algemeen-belang toets verder kunnen worden uitgevoerd. Tegen het argument dat de *opting-out* clausule van de Genderrichtlijn niet kan worden gezien als harmoniserende bepaling, moet worden ingebracht dat het hier slechts gaat om een door de Richtlijn opgelegde, zeer beperkte bewegingsvrijheid voor de lidstaten waarvan in geen enkel geval mag worden afgeweken.[1558] Het geslachtsdiscriminatieverbod vindt in ieder geval toepassing op verzekering en de enige afwijkingsmogelijkheid die de lidstaten hebben, betreft een aan strikte voorwaarden gekoppelde invulling van dit verbod in een verzekeringscontext (artikel 5, lid 2 van de Richtlijn). De harmonisatie bestaat erin dat alle nationale wetgevers de keuze hadden om zelf de afweging te maken of zij, onder voorwaarden die zijn opgelegd door de Richtlijn, in hun nationale wetgeving de mogelijkheid toestaan dat direct geslachtsonderscheid kan worden gerechtvaardigd. Hieruit blijkt opnieuw dat het de algemeen-belang toets niet verder dient te worden uitgevoerd. België kan omwille van de op haar rustende omzettingsverplichting de Genderwet via toepassing van de normale verwijzingsregels opleggen aan buitenlandse verzekeringsmaatschappijen. Enkel binnen de hypothese dat de Belgische Genderwet een strenger beschermingsniveau zou voorschrijven dan de communautaire minimum-bescherming die door de Genderrichtlijn wordt ingericht, zouden de andere toetsingselementen van de algemeen belang-toets verder aan bod kunnen (en moeten) komen.[1559]

(iv) Door de Genderrichtlijn verhinderde verlaging van het beschermingsniveau

509. **Strijdigheid met artikel 7, lid 2 van de Genderrichtlijn?** Zoals reeds hierboven gesuggereerd onder randr. 488 bestaat er onduidelijkheid over de vraag of Belgische wetgever de optie van artikel 5, lid 2 eigenlijk wel kón lichten. Bij het uitvaardigen van de Genderwet van 10 mei 2007 werd de mogelijkheid van rechtvaardiging van directe discriminatie nog toegestaan voor de bepaling van verzekeringspremies- en prestaties in alle verzekeringsovereenkomsten,[1560] máár werd deze mogelijkheid eveneens beperkt tot de datum van 21 december 2007.[1561] Vanaf die datum zou het (zonder wetswijziging) in geen enkele verzekeringsovereenkomst nog mogelijk zijn om directe geslachtsonderscheiden te rechtvaardigen. Aan een wetswijziging die na de datum van 21 december 2007 voor bepaalde verzekeringsovereenkomsten toch een rechtvaardigingsmogelijkheid zou toestaan was dan ook de vrees verbonden dat hiermee een verlaging zou worden georganiseerd van het tot dan toe bestaande

---

[1557] Zie bv. in die zin P. COLLE, "Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen", *l.c.*, 274. Zie echter *contra* C. DEVOET, “Assurance, différenciation et discrimination”, *l.c.*, 124.

[1558] Bovendien wordt de geldigheid van de afwijkingsmogelijheid van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn reeds in vraag gesteld, wegens niet-conformiteit met het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van het recht van de Unie. Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, 18. Zie ook H.v.J. *Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier/ Ministerraad*, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, *Pb.* C, 29 augustus 2009, afl. 205, 28. Moest deze niet-conformiteit worden bevestigd, wordt de afwijkingsmogelijkheid ongeldig en zal er in ieder geval sprake zijn van harmonisering.

[1559] Interpretatieve Mededeling Algemeen Belang, tekst na voetnoot 55 van deze mededeling.

[1560] Zie artikel 10, §1 van de oorspronkelijke Genderwet, zoals afgekondigd op 10 mei 2007.

[1561] Zie artikel 10, §3 van de oorspronkelijke Genderwet, zoals afgekondigd op 10 mei 2007.

beschermingsniveau.[1562] Een dergelijke verlaging van het beschermingsniveau zou immers een strijdigheid kunnen opleveren met artikel 7, lid 2 van de Genderrichtlijn: dit artikel bepaalt inderdaad dat de uitvoering van de Genderrichtlijn onder geen beding een reden kan zijn voor de verlaging van het reeds *bestaande* niveau van bescherming tegen discriminatie.[1563]

> Over de juiste toedracht van deze bepaling van de Genderrichtlijn, die overigens ook in de meeste andere Europese richtlijnen omtrent gelijke behandeling voorkomt[1564], bestaat discussie.[1565] Waar het artikel soms wordt geïnterpreteerd alsof het een ware *standstill*-verplichting[1566] in het leven roept die een absoluut verbod oplegt tot verlaging van het beschermingsniveau in het nationale recht, wijst VAN DROOGHENBROECK erop dat dit soort bepalingen overeenkomstig rechtspraak van het Hof van Justitie eerder moet worden beschouwd als een zogenaamde *transparantie*clausule.[1567] In de woorden van Advocaat-generaal TIZZANO gaat het om een clausule die een verplichting tot transparantie in het leven roept die de lidstaten verbiedt om een verlaging van het beschermingsniveau toe te schrijven aan niet-bestaande communautaire verplichtingen in plaats van aan een zelfstandig nationaal besluit.[1568] Een vermindering van het nationale beschermingniveau is dan wel degelijk mogelijk, maar uitsluitend op *andere* gronden dan de noodzaak van omzetting van de richtlijn zelf.[1569] In het geval van de uiteindelijke wetswijziging die België via de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007 doorvoerde aan het artikel 10 van de Genderwet is de discussie of artikel 7, lid 2 van de Genderrichtlijn op België een *standstill*-verplichting dan wel een verplichting tot *transparantie* legt van minder belang. Er kan namelijk overtuigend worden geargumenteerd dat het alsnog lichten van de optie geen echte verlaging van het tot dan toe bestaande beschermingsniveau heeft betekend.

510. **Gender-wijzigingswet betekent geen verlaging van het beschermingsniveau.** Het is nu maar de vraag of de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007 werkelijk een verlaging heeft tot stand ge-

---

[1562] Zie het wetsvoorstel ingediend mevr. Tilmans e.a. *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-352/1 en de bespreking ervan in het Adviescomité van de Senaat voor de gelijke kansen voor vrouwen en mannen, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-352/2, 12-13, 21 en 39.

[1563] Zie reeds eerder geformuleerd, Y. THIERY, "Is er leven na 21 december 2007?", *l.c.*, 352.

[1564] Zie bv. art. 6 lid 2 van Rasrichtlijn; art. 8 lid 2 van de Kaderrichtlijn arbeid; art. 27 lid 2 van Genderrichtlijn arbeid.

[1565] Zie voor een beschrijving, S. VAN DROOGHENBROECK, "Observations relatives à la proposition de loi (4-352/1) modifiant l'article 10 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes en vue d'introduire la dérogation permise à l'article 5 de la directive 2004/113/CE du Conseil", *discussienota naar aanleiding van de hoorzitting in de senaat inzake wetsvoorstel 4-352/1*, 22 november 2007, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-352/2, 21.

[1566] Zie Advies nr. 83 van de Raad van de gelijke kansen voor mannen en vrouwen van 12 maart 2004, www.raadvandegelijkekansen.be/downloads/advies83.pdf, 8. Zie ook de vragen hieromtrent tijdens de besprekingen in de Senaat, *Handelingen* Senaat 2007-2008 20 december 2007, nr. 4/9, 26, 33, 62, 78 en 82; zie ook http://www.senaat.be/www/?MIval=/index_senate&MENUID=24120&LANG=nl.

[1567] Zie de uiteenzetting van S. VAN DROOGHENBOECK in *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-352/2, 21. In zijn discussienota verwijst hij naar de beoordeling in de zaak *Mangold* (H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Rüdiger Helm*, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 53) van de clausule 8 lid 3 van de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zoals opgenomen in Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999, *Pb.* L van 10 juli 1999, afl. 175, 43.

[1568] Zie Advocaat-Generaal TIZZANO, conclusie van 30 juni 2005, voor H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Rüdiger Helm*, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 62, zoals ook geciteerd door S. VAN DROOGHENBROECK in zijn discussienota.

[1569] *Ibidem*, ov. 63.

bracht van het tot dan toe bestaande beschermingsniveau. Men mag niet uit het oog verliezen dat het beschermingsniveau zoals dat in voege was vóór 21 december 2007, erin bestond dat rechtvaardiging van direct geslachtsonderscheid in de vorm van verschillen in verzekeringspremies en -prestaties nog steeds mogelijk was.[1570] De wetgever nam voor deze specifieke situatie voorlopig de algemene rechtvaardigingsmogelijkheid over die reeds in voege was onder de Anti-discriminatiewet van 2003.[1571] Uit de voorbereidende werken bij de Genderwet blijkt inderdaad dat de wetgever met het voormalige artikel 10 van de Genderwet een soort "wachtsysteem" heeft willen inrichten totdat de optie van artikel 5 lid 2 van de Genderrichtlijn zou worden uitgeoefend.[1572] Voor 21 december 2007 was er dus nog geen sprake van een (ten opzichte van de Anti-discriminatiewet van 2003) verhoogd beschermingsniveau.[1573] De stelling lijkt dan ook verdedigbaar dat België de optie van artikel 5 lid 2 van de Genderrichtlijn alsnog kon lichten, voor zover het daarbij tenminste de omzettingsvoorwaarden zou naleven die door de Genderrichtlijn worden gesteld. Met betrekking tot één van de omzettingsvoorwaarden rijst mogelijk een probleem. De lidstaten kregen in artikel 5, lid 2 een termijn opgelegd waarbinnen zij dienden te beslissen of zij al dan niet zouden ingaan op hun optierecht. Deze datum lag op 21 december 2007. Het is echter pas met de wet ván 21 december 2007 dat de Belgische wetgever voor levensverzekeringsovereenkomsten een rechtvaardigingsmogelijkheid heeft toegestaan. De vraag rijst dan ook of de Gender-wijzigingswet er niet met een dag te laat gekomen is en zo ja wat daar de gevolgen van zijn. Daarover gaat het volgende punt *v.*

(v) Belgisch conceptieprobleem: de vervaltermijn van 21 december 2007

511. **Overschrijding van de vervaltermijn?** Volgens artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn dienden de lidstaten vóór 21 december 2007 over te gaan tot het lichten van de optie die hen zou toestaan een rechtvaardiging te voorzien voor naar het geslacht verschillende premies en uitkeringen. De Gender-wijzigingswet, waarmee de Belgische wetgever een rechtvaardiging toestaat voor levensverzekeringsovereenkomten, is weliswaar gestemd op een zitting in het Belgisch parlement die was aangevangen op 20 december 2007 maar de eigenlijke bekrachtiging door de Koning alsook de afkondiging van de Wet vonden pas plaats óp 21 december 2007.[1574] Los van het feit dat hierdoor een laattijdige omzetting van de Genderrichtlijn is gebeurd, lijkt het erop dat een basisvoorwaarde voor het lichten

---

[1570] Zie artikel 10, §1 van de oorspronkelijke Genderwet.

[1571] zie ook de discussienota van S. VAN DROOGHENBROECK*, l.c.*, nr. 15.

[1572] Zie *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/1, 47; zie ook C. PARIS, "Le sexe, élément d'appréciation du risque?", in J. ROGGE (ed.), *T. Verz. - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, 55; S. VAN DROOGENBROECK, *l.c.*, nr. 15. De toenmalige minister belast met het gelijkekansenbeleid bevestigde in de Commissie voor Justitie van de Senaat ook dat de Genderwet niets zou veranderen aan de situatie die tot dan toe bestond inzake verzekeringen (cf. de Anti-discriminatiewet van 2003) en dat België nog tot eind 2007 een lijst met onderscheiden zou kunnen opstellen die zij gerechtvaardigd en aanvaardbaar achtte. Zie *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2362/3, 27; zie ook S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, nr. 15.

[1573] Zie reeds eerder geformuleerd in Y. THIERY, "Is er leven na 21 december 2007?, *l.c.*, 353.

[1574] Dit had ook nooit anders gekund, aangezien de eigenlijke stemming in de Senaat (het was de Senaat die het in de Kamer ingediende wetsvoorstel had geëvoceerd), pas heeft plaatsgevonden na middernacht, dus op 21 december 2007; zie *Handelingen* Senaat 2007-2008 20 december 2007, nr. 4/9, 94; zie ook http://www.senaat.be/www/?MIval=/index_senate&MENUID=24120&LANG=nl.

van de optie van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, het naleven van de vervaltermijn die liep tot 21 december 2007, niet is nageleefd.

512. **Tegenargument: zittingsdatum parlement is bepalend?** Men zou kunnen oordelen dat door het feit dat de eigenlijke beslissing om de optie te lichten voor levensverzekeringsovereenkomsten is genomen op de officiële zittingsdatum van 20 december 2007, maakt dat voldaan is aan de vooropgestelde vervaltermijn die liep tot 21 december 2007. Tijdens de voorafgaande parlementaire besprekingen van de Gender-wijzigingswet had een vertegenwoordiger van de Europese Commissie er echter aan herinnerd dat volgens de diensten van de Europese Commissie, een beslissing slechts rechtsgeldig is genomen

> *"indien ze aan de voorwaarden voldoet voor de omzetting van een richtlijn in nationaal recht: indien ze de nodige juridische zekerheid heeft, indien de betrokkenen de rechten en plichten kennen die ze tot gevolg heeft en indien er de nodige publiciteit aan wordt gegeven."*[1575]

Indien deze criteria inderdaad indicatief zijn voor het beoordelen van de vraag of de lidstaten binnen de termijn van 21 december 2007 besloten tot het lichten van de optie, is de stelling dat de officiële stemmingsdatum in het Belgisch Parlement bepalend is voor de geldigheid van de beslissing nog moeilijk vol te houden.[1576] Het lijkt er dan ook op dat België met het niet-naleven van deze termijn tekortschiet aan zijn omzettingsverplichtingen. Dat in artikel 5 van de Gender-wijzigingswet wordt bepaald dat deze wet met terugwerkende kracht reeds in werking treedt op 20 december kan daar op zich niets aan veranderen.

513. **Tegenargument: rechtvaardiging reeds toegestaan in oorspronkelijke Genderwet.** Er bestaat een sterker argument om aan te tonen dat voldaan is aan de in de Genderrichtlijn vooropgestelde vervaltermijn van 21 december 2007. Het bestaat erin te zeggen dat de beslissing om de optie uit de Genderrichtlijn te lichten reeds genomen is met de eigenlijke Genderwet van 10 mei 2007, en dus ruim voor het verstrijken van de vooropgestelde vervaltermijn.[1577] Eerder werd reeds verklaard dat

---

[1575] Zie Verslag namens de commissie voor de financiën en voor de economische aangelegenheden met betrekking tot het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen in verzekeringsaangelegenheden, uitgebracht door Dhr. Van Nieuwkerke, *Parl. St.* Senaat, 2007-08, nr. 4-477/2, 2,5 (hierna "Verslag Van Nieuwkerke").

[1576] Zo ook de bevoegde Minister tijdens de parlementaire bespreking: "Daarbij is het wel belangrijk om aan te stippen dat, in tegenstelling tot wat wordt beweerd, enkel de stemming onvoldoende is, want of de eerste minister of een andere bevoegde minister moet de wettelijke bepalingen handtekenen vooraleer ze rechtsgeldig zijn naar de Europese Commissie toe." Zie Verslag Van Nieuwkerke, l.c., 4.

[1577] Dit argument werd eveneens gemaakt door de Belgische Ministerraad in de procedure met betrekking tot het verzoek tot nietigverklaring dat Test-Aankoop heeft aangespannen tegen de Gender-wijzigingswet (Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.24.2. Zie ook *supra* nrs. 229 e.v.). Het argument rees als verweermiddel tegen het door Test-Aankoop aangevoerde middel dat de Gender-wijzigingswet, omwille van de vermeende laattijdigheid, niet in overeenstemming was met artikel 10, 11 en 11*bis* van de Grondwet (Cf. *supra* nr. 233, met verwijzing naar Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.22). De Ministerraad voerde tegen dit middel eveneens de onontvankelijkheid aan, daar niet duidelijk wordt gemaakt wie er op welke manier dan wel zou worden gediscrimineerd, noch wie er zou worden gediscrimineerd ten opzichte van wie. Daar werd door de verbruikersvereniging tegen ingebracht dat de schending van een norm van het gemeenschapsrecht – zoals een richtlijn – die het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie bevestigt, *ipso facto* de

het voormalige artikel 10 van de Genderwet een "wachtsysteem" heeft willen inrichten totdat de optie van artikel 5 lid 2 van de Genderrichtlijn zou worden uitgeoefend.[1578] In de eerste paragraaf van dit artikel in de Belgische Genderwet was ook letterlijk te lezen dat een direct onderscheid op grond van geslacht zou "toegelaten" zijn voor de bepaling van verzekeringspremies en –prestaties, als het objectief en redelijk gerechtvaardigd is. Hierbij gold weliswaar het voorbehoud dat de uitzondering zou ophouden van kracht te zijn ten laatste op 21 december 2007.[1579] De wetswijziging van 21 december 2007 zou dan enkel een precisering inhouden die de draagwijdte van het vroegere artikel 10 beperkt tot levensverzekeringsovereenkomsten. Dit argument wordt eveneens krachtig voorgesteld door DEVOET die schrijft dat

> *"la loi genre, du 10 mai 2007, en son article 10, §1er, avait précisément décidé d'autoriser pareilles différences proportionnelles, même si elle n'en admettait le principe que jusqu'au 21 décembre 2007 au plus tard. En décidant le 21 décembre 2007 de reconduire la même disposition, mais uniquement pour l'assurance vie, avec effet le 20 décembre, le législateur n'a pas, sur le plan formel du moins, agi en contradiction avec le text de la directive."*[1580]

514. **Mogelijk gevaar: inbreukprocedure?** Een eerste gevaar waaraan België zich blootstelt indien, in weerwil van bovenstaande argumenten, wordt bevonden dat niet voldaan is aan de vervaltermijn van 21 december 2007, is een mogelijk door de Europese Commissie in te leiden inbreukprocedure in de zin van artikel 258 Werkingsverdrag (oud-artikel 226 van het EG-Verdrag). Het is echter niet zeker of de Commissie bereid zal worden gevonden om een dergelijke procedure op te starten op grond van het overschrijden van een vervaltermijn met één dag. Men mag niet vergeten dat het een materie betreft waarin het op internrechtelijk vlak al niet evident is om uit te maken of er op tijd besloten is om de optie te lichten. Bovendien bevindt men zich in een situatie waarbij de meeste andere lidstaten de optie zelfs volledig hebben gelicht, voor álle verzekeringsovereenkomsten.

515. **Meer reëel gevaar: buiten toepassing laten Gender-wijzigingwet.** Een ander, meer reëel gevaar, schuilt in een maatregel die in handen ligt van de nationale Belgische rechter. Zo bestaat de kans dat deze rechter, in een concreet geschil tussen een verzekeringsonderneming en een (kandi-

---

schending inhoudt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.24.3).

[1578] Zie *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/1, 47; zie ook C. PARIS, "Le sexe, élément d'appréciation du risque?", in J. ROGGE (ed.), *T. Verz. - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, 55; S. VAN DROOGENBROECK, *l.c.*, nr. 15.

[1579] Zie artikel 10, §3 van de oorspronkelijke Genderwet (voor wijziging door de Gender-wijzigingswet).

[1580] C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 120. Volgens DEVOET zou het probleem niet noodzakelijk liggen in de wet van 21 december 2007, maar wel in de wet van 10 mei 2007 die in feite twee beslissingen heeft gecumuleerd: de toelating van het gebruik van geslacht voor het bepalen van verzekeringspremies-en prestaties tot 21 december 2007 en het verbod erna. Ook hij acht het daarom nog onzeker of de beslissing genomen op 21 december 2007, conform is aan de Genderrichtlijn. Hij verwijst daarbij naar overweging 19 van de Genderrichtlijn waarin wordt bepaald dat "*uitzonderingen alleen mogelijk zijn voor zover de regel van sekseneutraliteit nog niet in de nationale wetgeving wordt toegepast.*" In België heeft de nationale wetgever de uitzondering toegestaan op de dag zelf dat zij volgens de nationale regels diende op te houden te bestaan en dat de regel van unisex-vaststelling van premies en prestaties voor de eerste keer zou worden toegepast. Daarmee zou de wet van 10 mei 2007 in strijd kunnen worden geacht met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

daat-)verzekerde, besluit tot de hierboven toegelichte niet-toepasselijkheid van de bepalingen van de Wijzigingswet wegens strijdigheid met de Genderrichtlijn.[1581] Dit zou tot gevolg hebben dat het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten alsnog onmogelijk wordt.

> Hierbij dient nog in herinnering te worden gebracht dat het Hof de sanctie van niet-toepasselijkheid heeft begrensd tot Richtlijnen die niet tot doel hebben om particulieren rechten te verlenen ten opzichte van andere particulieren.[1582] Aangezien de Genderrichtlijn precies wel deze doelstelling heeft, zou men kunnen denken dat een buiten toepassing laten niet tot de mogelijkheden behoort.[1583] Dit argument kan worden weerlegd door de beslissing in de hierboven toegelichte arresten *CIA-Security* en *Unilever* van het Hof van Justitie. Tot een buiten toepassing laten kan worden besloten omdat het, net zoals in deze arresten, gaat om een situatie waarbij een procedurele verplichting[1584] door een lidstaat werd overschreden. *In casu*, bestaat de overschrijding in het niet naleven van de vervaltermijn.

De sanctie van niet-toepasselijkheid van de Gender-wijzigingswet kan ook worden gemotiveerd op basis van de vaststelling dat het Hof van Justitie aan het beginsel van de gelijke behandeling van man en vrouw de status toekent van algemeen beginsel van het recht van de Unie.[1585] Zoals duidelijk blijkt uit de beslissing van het Hof van Justitie in de zaak *Mangold*, kan in een geschil tussen particulieren beroep worden gedaan op een algemeen beginsel van het recht van de Unie door middel van het *buiten toepassing laten* van een met dit beginsel strijdige nationale norm.[1586] In het algemeen beginsel van gelijke behandeling zit op zichzelf natuurlijk niet begrepen dat als voorwaarde voor een eventuele afwijking van het beginsel, aan een bepaalde vervaltermijn moet worden voldaan. De strijdigheid van de nationale norm met het algemeen beginsel kan wel liggen in het feit dat het maken van een uitzondering voor verzekeringsovereenkomsten zelf niet strookt met het beginsel van gelijke

---

[1581] Cf. *supra* nr. 118.

[1582] *Ibidem*, met verwijzing naar H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a.*/*Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 109; H.v.J. 24 oktober 2002, *Rimunione Adriatica di* Securtà/*Dario Lo Bue*, C-233/01, *Jur.* 2002, I-9411, ov. 23; Advocaat-generaal TRSTENJAK, conclusie van 29 maart 2007 voor H.v.J. 7 juni 2007, *Carp*/*Ecorad*, C-80/06, *Jur.* 2007, I-4473, ov. 39. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 474; W. DEVROE, "Impact van door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen, *l.c.*, 158; J. JANS, *l.c.*, 125.

[1583] Zie voor een gelijkaardige redenering met betrekking tot de hypothese van een Spaanse overgangsregeling die niet in overeenstemming zou zijn met de bepalingen van de Kaderrichtlijn, de opinie van Advocaat-Generaal MAZÀK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa*/*Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 128-129.

[1584] H.v.J. 30 april 1996, *CIA Security International* / *Signalson en Securitel*, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201, ov. 42-55; H.v.J. 26 september 2000, *Unilever*/*Central Food*, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535, ov. 49. In deze arresten ging het meer concreet om het niet naleven van een notificatieplicht door de betrokken lidstaten.

[1585] Zie reeds *supra* nrs. 132-135, met verwijzing naar H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer*/*Raad van de Europese* Unie, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 50, H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*/*Sabena*, nr. 43/75, *Jur.* 1976, 455, ov. 12. Hetzelfde kan worden afgeleid uit overweging 4 van de Genderrichtlijn, waarin nog eens wordt bevestigd dat de gelijkheid van mannen en vrouwen een fundamenteel beginsel is van het recht van de Unie. In deze overweging wordt bovendien verwezen naar de artikelen 21 en 23 van het Handvest van de Grondrechten (gelijkheid en non-discriminatie, resp. de gelijkheid van mannen en vrouwen). Het Hof van Justitie heeft een dusdanige verwijzing in de overweging van een Richtlijn reeds gebruikt om aan de rechten uit het Handvest bindende kracht te verlenen; zie H.v.J. 27 juni 2006, *Europees Parlement*/*Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.* 2006, I-5769, r.o. 58, 69 en 76. Zie eveneens E. BRIBOSIA, *l.c.*, 50.

[1586] Zie reeds *supra* nrs. 136-137, met verwijzing naar H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 75-78, meerbepaald ov. 77.

behandeling van mannen en vrouwen. Onthoud dat de nationale rechter nochtans niet verplicht kan worden om een nationale bepaling buiten toepassing te laten op grond van vermeende strijdigheid met het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, indien deze bepaling in overeenstemming is met de inhoud van een Europese Richtlijn.[1587] Wél is het mogelijk dat via prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie, de geldigheid van de afwijkingsmogelijkheid uit de Genderrichtlijn in vraag wordt gesteld. Hierbij wordt eraan herinnerd dat een dergelijke prejudiciële vraag ondertussen reeds is gesteld door het Belgisch Grondwettelijk Hof in het kader van een beroep tot nietigverklaring van de Gender-wijzigingswet door verbruikersvereniging *Test-Aankoop.*[1588]

516. **Beslissende vraag: overeenstemming optierecht en algemeen beginsel van gelijke behandeling?** Indien het Hof van Justitie tot het besluit zou komen dat de afwijking van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn in overeenstemming is met het beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen als algemeen beginsel van het recht van de Unie, kan aangenomen worden dat het Belgisch Grondwettelijk Hof zal oordelen dat de rechtvaardigingmogelijkheid voor levensverzekering in de Gender-wijzigingswet in overeenstemming is met de Belgische Grondwet. In dat geval zal het Grondwettelijk Hof nog steeds een antwoord moeten formuleren op het door de verbruikersvereniging *Test-Aankoop* aangevoerde middel dat niet aan de vervaltermijn van de Genderrichtlijn werd voldaan. Het ligt binnen de verwachtingen dat het Hof daarbij rekening houdt met het hierbovenstaande (ook reeds door de Belgische Ministerraad aangevoerde)[1589] argument dat niet de Gender-wijzigingswet, maar wel het vroegere artikel 10 van de Genderwet wordt gezien als de beslissing om reeds in te gaan op het door de Genderrichtlijn voorziene optierecht.[1590] De nationale rechter zal zich in dat geval door deze interpretatie gebonden weten en geen aanleiding meer vinden om de in de Gender-wijzigingswet toegestane uitzondering/precisering voor levensverzekeringsovereenkomsten naast zich neer te leggen omwille van de niet nageleefde vervaltermijn.

Wanneer het Hof van Justitie daarentegen besluit dat het artikel 5, lid 2 wél een inbreuk vormt op het algemeen beginsel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zal ook de Belgische regeling die een uitzondering toestaat voor levensverzekering, als strijdig met dit algemeen beginsel moe-

---

[1587] Zie reeds *supra* nr. 138, met verwijzing naar Advocaat-Generaal MAZÀK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 136-139; Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 58 ; Advocaat-Generaal RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 24 januari 2008 voor H.v.J. *Michaeler* (C-55/07 en C-56/07), *Subito* (C-55/07 en C 56/07) en *Volgger* (C-56/07), H.v.J. 24 april 2008, gevoegde zaken C-55/07 en C-56/07, *Jur.* 2008, I-3135, ov. 22; Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J. *Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245, ov. 87-88.

[1588] Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.24.3. Zie ook H.v.J. *Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier/Ministerraad*, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, *Pb.* C 29 augustus 2009, afl. 205, 28.

[1589] Cf. *supra* voetnoot nr. 1577.

[1590] Zie ook C. DEVOET, “Assurance, différenciation et discrimination”, *l.c.*, 120.

ten worden beschouwd. In dat geval zal de Belgische rechter deze optiemogelijkheid en de uitvoering ervan in ieder geval buiten toepassing moeten laten.[1591]

De mogelijkheid om in levensverzekeringsovereenkomsten gebruik te kunnen blijven maken van gescheiden sterftetafels voor het berekenen van premies en uitkeringen, is dus afhangkelijk van de beslissing van het Hof van Justitie omtrent de overeenstemming van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn met het algemeen beginsel. Indien er overeenstemming is, zullen gescheiden sterftetafels waarschijnlijk kunnen behouden blijven. Indien er geen overeenstemming is, komt er in België een einde aan het gebruik van gescheiden sterftetafels in levensverzekering.

(vi) Proportionele verschillen en het geslacht als bepalende factor

517. **Twee grondvoorwaarden.** De keuze van de nationale wetgever om de optie te lichten, en het gebruik van geslacht bij de berekening van premies en uitkeringen toe te laten, vereist in ieder geval de naleving van twee grondvoorwaarden. Het geslacht moet een "bepalende factor" zijn en de verschillen in premies en uitkeringen dienen "proportioneel" te zijn.

518. **Het geslacht als bepalende factor.** Enerzijds zijn verschillen in premies en uitkeringen slechts mogelijk inzoverre het geslacht een *bepalende* factor is. Dit vereiste betreft de verhouding tussen de premies en uitkeringen enerzijds en het risico waaraan de verzekerde is blootgesteld anderzijds. Indien een hogere premie of een lagere uitkering wordt opgelegd, respectievelijk toegekend aan een man of een vrouw terwijl dit voor een persoon van het andere geslacht niet het geval is, zal de verzekeraar dienen aan te tonen dat er ook effectief sprake is van een verhoogd risico voor mannen of vrouwen. Hierbij wordt in het midden gelaten of de verzekeraar ook moet aantonen dat het geslacht de *oorzaak* is van het bestaan van een verhoogd risico. Gezien de hierboven reeds opgeworpen quasi-onmogelijkheid van het aantonen van een dergelijk causaal verband, kan worden aangenomen dat een verhoogd risico bij de ene of de andere geslachtsgroep kan worden aangetoond aan de hand van een sterk correlatief verband tussen het geslacht en het risico.[1592]

519. **Proportionele verschillen.** De tweede grondvoorwaarde is dat de verschillen in premies en uitkeringen *proportioneel* moeten zijn. Deze proportionaliteit kan in de eerste plaats worden begrepen in die zin dat een verschil in premieniveau of niveau van uitkeringen op dit verschil in risico moet geënt zijn en aldus niet onevenredig hoog mag zijn voor de leden van een welbepaald geslacht. Het Brits Ministerie van publieke financiën en economisch beleid (*UK HM Treasury*) verduidelijkt dat het proportionaliteitsvereiste ervoor zorgt dat de verzekeraar geen zogenaamde assymetrische prijsverho-

[1591] Zie over deze verplichting, *supra* nrs. 135-138.

[1592] Cf. *supra* nr. 313.

gingen kan toepassen waarbij leden van een bepaald geslacht zouden worden aangetrokken of afgestoten en waarmee een herschikking zou worden mogelijk gemaakt in de verzekerings-*pool*.[1593]

Proportionaliteit kan aanvullend nog op een tweede manier worden begrepen. Zij kan namelijk een beoordeling omvatten van enerzijds de nadelige effecten die verbonden zijn aan de segmentatie op grond van geslacht en anderzijds het doel dat met deze geslachtssegmentatie wordt nagestreefd. Het betreft dan hetzelfde soort beoordeling die men in de gewone formulering van de rechtvaardigingstoets van directe of indirecte onderscheiden aanmerkt als een onderzoek naar zogenaamde "*true proportionality*".[1594] Daarmee wordt het onderzoek bedoeld naar de verhouding tussen het nadelig effect dat voortvloeit uit de ongelijke behandeling en de belangen die worden vertegenwoordigd door het legitieme doel dat wordt nagestreefd.[1595] In deze zin begrepen behoudt de nationale rechter de vrijheid om in zijn finale beoordeling rekening te houden met eventuele zwaarwegend bevonden belangen én kan hij zich afvragen of het bewuste segmentatiebeleid eventueel met andere, minder discriminerende middelen had kunnen worden verwezenlijkt.[1596]

(vii) Relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens

520. **Inhoudelijke voorwaarden aan de risicobeoordeling.** Artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn bepaalt voorts dat de verschillen in premies en uitkeringen op grond van geslacht dienen gebaseerd te zijn op relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.

Met het opnemen van deze voorwaarde wordt zeker gesteld dat indien de verzekeraar tracht aan te tonen dat het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico, dit in ieder geval gebeurt aan de hand van statistisch materiaal waaruit blijkt dat mannen en vrouwen een verschillend schadeniveau halen (langere levensduur, meer ongevallen,…) en waaruit op basis van mathematische verwachtingen (de actuariële levensverwachting of schadeverwachting) kan worden afgeleid wat hun toekomstige schadekans is. Het loutere vermoeden dat de leden van een bepaald geslacht een hogere kans hebben op het zich voordoen van een schadegeval kan niet volstaan.

Het bijgebrachte statistisch materiaal moet bovendien *relevant* en *nauwkeurig* zijn. Hieruit kan worden afgeleid dat het moet gaan om gegevens die niet verouderd zijn en die betrekking hebben op personen die vergelijkbaar zijn met de te verzekeren risico's. Bijgevolg moet worden opgelet met ge-

---

[1593] UK HM TREASURY, "The publication of data associated with the use of gender in the assessment of insurance risks: Government response to consultation", *http://www.hm-treasury.gov.uk/media/7/2/consult_gender_insurance_response141107.pdf* november 2007, 15.

[1594] Cf. *infra* nr. 563.

[1595] Zie J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 289; S. SOTTIAUX, l.c., 240.

[1596] In de hier beschreven zin geïnterpreteerd maakt het gebruik van de termen "bepalend" en proportioneel" in de voorwaarden van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, weinig verschil met de open rechtvaardigingsformule voor indirecte discriminatie. Ook in deze rechtvaardigingsformule wordt aan de hand van de termen "gepastheid" en "noodzakelijkheid" nagegaan of er werkelijk een correlatief verband is tussen het geslacht en het risico en of er eventuele minder belemmerende maatregelen voorhanden waren. Zie voor een uitgewerkt toepassingsmodel van de open rechtvaardigingsformule op het differentiatiebeleid van de verzekeraar, *infra* nrs. 836 e.v. (legitimiteit), 867 e.v. (geschiktheid) en 880 e.v. (noodzakelijkheid).

gevens die enkel betrekking hebben op de verschillende levensduurte van mannen en vrouwen in een moeilijk te vergelijken land of groep van landen gedurende een welbepaalde niet-geactualiseerde tijdspanne.[1597] Op basis van dergelijke gegevens zullen verschillen in premies en uitkeringen niet kunnen worden toegestaan.

521. **Plicht voor de lidstaten tot verzameling, bekendmaking en actualisering van gegevens.** De lidstaten hebben de plicht zelf te zorgen voor het verzamelen, bekendmaken én actualiseren van de gegevens die relevant zijn voor het gebruik van het geslacht als een bepalende actuariële factor. Deze verplichting werd ingesteld om er voor te zorgen dat alle betrokkenen (verzekeraars, makelaars, de consument) dezelfde adequate informatie zouden hebben omtrent de op hun grondgebied gebruikte gegevens.[1598] Op deze manier kan aan de ene kant een zekere uniformiteit ontstaan in de gegevens waarop verzekeringsmaatschappijen zich baseren om risico's te voorspellen. Aan de andere kan men zich wel de vraag stellen of de publicatie van gegevens veel nut zal hebben voor de consument. De premie in een verzekeringspolis wordt immers bepaald door een veelheid aan factoren, waardoor het moeilijk blijft om aan de hand van gegevens met betrekking tot één risicofactor, conclusies te trekken omtrent een in het specifieke geval te betalen premie.

522. **België: Publicatie door CBFA.** In België stelt het (nieuwe) §3 van artikel 10 van de Genderwet de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (hierna "CBFA") aan om deze actuariële en statistische gegevens te verzamelen en op haar internetpagina te publiceren. De CBFA wordt ook gemachtigd om de benodigde gegevens op te vragen bij de betrokken instellingen, ondernemingen of personen. Het is eveneens aan de CBFA om te bepalen welke gegevens moeten worden overgemaakt en onder welke vorm en wijze dit dient te gebeuren. De bekendmaking van de gegevens - volgens het huidige artikel 10, §3 uiterlijk vereist tegen 20 juni 2008- gebeurde op 23 april 2008.[1599] Het gaat over het geglobaliseerd resultaat van de gegevens die voortkomen uit de periodieke rapportering door de verzekeringsondernemingen waarover de CBFA controle voert. De gegevens zijn opgesteld in de vorm van een tabel die voor het jaar 2006, per levensjaar aangeeft hoeveel mannelijke en hoeveel vrouwelijke verzekerden er waren en hoeveel van deze mannen en vrouwen er in dat levensjaar stierven. Vanaf de datum van bekendmaking dienen deze gegevens om de twee jaar

---

[1597] Bemerk dat verzekeringsondernemingen vaak afhankelijk zijn van de cijfers en richtlijnen die hun worden opgelegd door herverzekeringsmaatschappijen. Deze opereren wereldwijd en beschikken over uitgebreidere statistieken, maar delen deze vaak slechts gedeeltelijk mee aan de nationale verzekeraar. Zie bv. OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Jaarverslag 2004*, http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2004.pdf, 26.

[1598] Zie in dit verband artikel 15 van de Genderichtlijn, waarbij de lidstaten verplicht worden om binnen hun grondgebied alle betrokkenen via alle passende middelen adequate informatie te doen verkrijgen over alle uit hoofde van de Genderrichtlijn vastgestelde bepalingen. Tevens zullen de verzamelde gegevens nuttig kunnen worden aangewend bij het uitvoeren van de verplichting van de lidstaten om hun besluit tot het lichten van de optie vijf jaar na 21 december 2007 te "toetsen". Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, waarbij bepaald wordt dat de lidstaten die de optie hebben gelicht de resultaten van de genoemde toetsing aan de Commissie moeten doen toekomen.

[1599] C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 119. Zie CBFA, "Statistieken mannen-vrouwen - Artikel 10 van de antidiscriminatiewet", *http://www.cbfa.be/nl/vo/stat/pdf/mannen-vrouwen.xls*.

te worden geactualiseerd. Dit is tot op heden niet gebeurd. Uiterlijk op 21 december 2009[1600] diende de CBFA de gegevens over te maken aan de Europese Commissie. De publicatie van de Belgische gegevens heeft enkel betrekking op levensverzekeringen. In andere lidstaten, zoals Frankrijk, is deze publicatie minutieus uitgewerkt en uitgesplitst per verzekeringstak en zelfs anoniem per deelnemende verzekeringsonderneming, met hieraan gekoppeld concrete conclusies per tak.[1601]

523. **Kritiek op tenuitvoerlegging publicatieplicht.** Door verbruikersverenigingen wordt er alvast op gewezen dat de publicatie van de gegevens in heel wat lidstaten (zoals met name België en het Verenigd Koninkrijk[1602]) weinig transparant is.[1603] De loutere publicatie van de naakte statistische gegevens, zonder beschrijving van deze gegevens of zonder toelichtende conclusies die hieruit moeten worden getrokken, zal inderdaad niet de meest consumentvriendelijke manier zijn om de eigenlijke risicoverschillen tussen mannen en vrouwen aan te tonen. Verbruikersverenigingen voeren eveneens aan dat de gepubliceerde gegevens nog altijd geen inzicht geven in de manier waarop gebruik wordt gemaakt van additionele informatie die enkel beschikbaar is bij de *individuele* verzekeraar.[1604] Het is echter niet moeilijk te begrijpen dat de verzekeringssector zich zal verzetten tegen iedere maatregel die hen verplicht dergelijke informatie (o.m. gebaseerd op de eigen schadestatistieken en die van hun herverzekeraar) publiek te stellen. Volgens het Britse *HM Treasury* zou een dergelijke verplichting onmiskenbaar schade kunnen toebrengen aan de mededingingspositie van iedere verzekeringsonderneming (hetgeen eveneens niet in het belang van de consument is). Bovendien, zo wordt geoordeeld, zou dergelijke informatie voor "*non-experts*" zeer moeilijk te interpreteren zijn.[1605] Men kan er van uitgaan dat de publicatie van de geglobaliseerde gegevens op basis van de verplichting van de

---

[1600] De dag dat de lidstaten volgens artikel 16 van de Genderrichtlijn alle beschikbare informatie over de toepassing van de richtlijn dienen mee te delen aan de Europese Commissie.

[1601] Zie *http://www.minefe.gouv.fr./directions_services/dgtpe/assurance/differences_hf.pdf* , waar een onderscheid wordt gemaakt tussen de gegevens voor motorrijtuigenverzekering, de ziektekostenverzekering en de formules die uitkeringen voorzien voor incapacité, invalidité en dépendance. De gegevens duiden telkens het verschil in risico aan tussen mannen en vrouwen. De gegevens voor motorrijtuigenverzekering hebben betrekking op 14 miljoen personenvoertuigen. In ziektekostenverzekering wordt gebruik gemaakt van de gegevens van 15 verschillende verzekeringsondernemingen. In verband met het risque d'incapacité wordt gebruik gemaakt van de gegevens met betrekking tot 6,7 miljoen verzekerden bij 9 verschillende maatschappijen. In verband met het risque d'invalidité gaat het om een dataset van 3,3 miljoen verzekerden bij 7 ondernemingen. In verband met het risque dépendance gaat het om 707.267 verzekerden verzekerd bij 5 maatschappijen die wel 70% van de markt uitmaken. De gegevens duiden telkens het verschil in risico aan tussen mannen en vrouwen.

[1602] Zie voor de publicatie van de gegevens in het Verenigd Koninkrijk, uitgesplitst voor levensverzekering en rentevoorzieningen, *http://www.actuaries.org.uk/__data/assets/pdf_file/0006/149838/EUGD_mortality_bulletin_April_2009.pdf*, voor ziektekostenverzekering, *http://www.actuaries.org.uk/__data/assets/pdf_file/0020/134381/Gender_CI.pdf*, en voor verzekering gewaarborgd inkomen, *http://www.actuaries.org.uk/__data/assets/pdf_file/0003/134382/Gender_IP.pdf*. Zie verder UK HM TREASURY, "Guidance on the publication of data associated with the use of gender in the assessment of insurance risks", *http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_insurance070308.pdf*. Deze informatie is ook beschikbaar via de website van de *Association of British Insurers* op *http://www.abi.org.uk/Facts_and_Figures/Data_by_Age_and_Gender.aspx*.

[1603] AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 7-8.

[1604] Ibidem.

[1605] Zie bv. UK HM TREASURY, "The publication of data associated with the use of gender in the assessment of insurance risks: Government response to consultation", *http://www.hm-treasury.gov.uk/media/7/2/consult_gender_insurance_response141107.pdf* november 2007, 3.

Richtlijn in ieder geval niet inhoudt dat individuele ondernemingen geen gebruik meer zouden kunnen maken van de *eigen schadestatistieken*.[1606]

(viii) Geen optie voor zwangerschap en moederschap

524. **Solidariteitsvisie van de wetgever.** De enige uitzondering op het optierecht van de lidstaten blijft dat het verbod rekening te houden met kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap onverkort geldt (artikel 5, lid 3 van de Genderrichtlijn). Dit betekent dat zelfs als het op basis van "*relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens*"[1607] vaststaat dat dit risico hogere kosten meebrengt en enkel vrouwen aan dit risico blootgesteld zijn, de premie voor een hospitalisatieverzekering voor mannen en vrouwen nochtans niet mag verschillen.[1608] De bedoeling van de Europese wetgever was hier uitdrukkelijk een solidariteit op te leggen tussen mannen en vrouwen vanuit een maatschappij-visie dat de kost van procreatie niet enkel door vrouwen maar door mannen en vrouwen samen moet worden gedragen.[1609] Het besluit van de Europese wetgever om geen verschillen in premies en uitkeringen tussen mannen en vrouwen toe te staan op grond van de kosten van zwangerschap en moederschap houdt in dat zwangere vrouwen, ondanks hun onvergelijkbare situatie ten opzichte van mannelijke verzekerden, in ieder geval mogen bogen op een gelijkwaardige behandeling.[1610] De bijzondere positie van zwangerschap en moederschap wordt erkend in de Belgi-

[1606] Volgens de verzekeringssector zou iedere verzekeraar anders dezelfde tariefverschillen voor mannen en vrouwen moeten gaan hanteren, hetgeen de tariefvrijheid van de verzekeringsondernemingen in het gedrang zou brengen. Zie in verband met deze tariferingsvrijheid van de verzekeringsondernemingen, *infra* nr. 762 e.v. Dit standpunt werd vertolkt door de Belgische verzekeringssector in het advies van de Belgische Commissie voor Verzekeringen met betrekking tot het lichten van de optie van artikel 5, lid 2 van de Gederrichtlijn; COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, "Advies van de Commissie over artikel 10 van het wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen", *www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2006_10.pdf*, 8. De vertegenwoordigers van de verbruikersverenigingen sloten zich niet aan bij dit standpunt. Zij waren van mening dat de verplichting om algemene statistische gegevens te gebruiken geen directe inbreuk vormt op het beginsel van tariefvrijheid.

[1607] Volgens de bewoordingen van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn.

[1608] Zie artikel, 5 lid 3 en overweging 20 van de Genderrichtlijn.

[1609] Zie overweging 20 van de Genderrichtlijn. Een dergelijk standpunt is niet vreemd en zeker niet uniek voor het gelijkheidsstreven binnen de Europese Unie. Een bijna identieke opvatting wordt bijvoorbeeld gedeeld door het Canadese Supreme Court in de zaak *Brooks* v. *Canada Safeway Limited.* Zie Supreme Court of Canada 4 mei 1989, *Brooks* v. *Canada Safeway Limited*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 1219. In deze zaak werd geoordeeld dat arbeidsongeschiktheidsverzekering die werd georganiseerd door een werkgever en waarbij geen uitkeringen werden voorzien die gerelateerd waren aan zwangerschap, discriminatoir was. Het Supreme Court motiveerde haar stelling eveneens met de argumentatie dat "*Everyone in society benefits from procreation but one of its major costs is placed, under this plan, on one group in society -- pregnant women.* […] *Pregnancy discrimination is a form of sex discrimination simply because of the basic biological fact that only women have the capacity to become pregnant.* […] *Appellants' disfavoured treatment under the plan flowed entirely from their state of pregnancy, a condition unique to women. Those who bear children and benefit society as a whole should not be economically or socially disadvantaged. It is thus unfair to impose all of the costs of pregnancy upon one half of the population.*" Zie voor een bijna identieke stellingname, AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 9.

[1610] Hieruit mag duidelijk de wil van de wetgever blijken om naast de factor handicap, minstens ook voor de factor zwangerschap een materieel gelijkheidsconcept na te streven. Zie *supra* nr. 407. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 149.

sche Genderwet. Kosten verband houdend met zwangerschap en moederschap mogen nooit leiden tot verschillen in verzekeringspremies-en prestaties.[1611]

(d) Geslachtsdiscriminatie in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid

525. **Principe: geen rechtvaardiging van directe discriminatie.** Voor wat betreft de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, wordt in de Genderrichtlijn arbeid (2006/54/EG) eveneens een verbod ingeschreven van directe en indirecte discriminatie. Dit verbod geldt voor alle aanvullende regelingen die bescherming bieden tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten en werkloosheid.[1612]

Hierbij is *indirecte* discriminatie steeds rechtvaardigbaar op grond van de open rechtvaardigingsformule.[1613] Dit principe wordt overgenomen in artikel 15 van de Belgische Genderwet.

Directe discriminatie is in principe niet rechtvaardigbaar.[1614] Onder artikel 5, waar het eigenlijke verbod op discriminatie in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid wordt ingeschreven, wordt bepaald dat het discriminatieverbod in het bijzonder gericht is tegen discriminatie in het bepalen van het toepassingsgebied van aanvullende regelingen en de voorwaarden van toelating tot deze regelingen (acceptatiebeleid), de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening en de berekening van prestaties, alsmede de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op prestaties.

Het principe dat direct geslachtsonderscheid in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid niet rechtvaardigbaar is, werd door de Belgische wetgever overgenomen in artikel 12, §1

[1611] Zie artikel 10, §2 van de Genderwet. België maakt wél geen gebruik van de door de Genderrichtlijn geboden mogelijkheid om de omzetting van artikel 5 lid 3 inzake de kosten van zwangerschap en moederschap uit te stellen tot 21 december 2009. Van deze mogelijkheid wou men met het oorspronkelijke wetsvoorstel tot wijziging van art. 10 van de Genderwet (ingediend door dhr. Tommelein) wel gebruik maken, zie *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 404/1, 13. Door het amendement van mevr. Partyka e.a. werd later van deze mogelijkheid afgezien, zie *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 404/2, 1. Dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot Luxemburg. Zie Art. 6 § 3 van de Luxemburgse Wet van 21 december 2007 "portant transposition de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services", *Journal Officiel du Grand Duchesse de Luxembourg* 21 december 2007, afl. 232, 3930, http://www.mega.public.lu/actualites/actu_min/2007/12/projetdeloi/memorial.pdf.

[1612] Zie artikel 7 van de Genderrichtlijn arbeid. In artikel 8 wordt wel een beperking van de personele werkingssfeer van het discriminatieverbod in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid opgelegd. Zo is het verbod niet toepasselijk op individuele overeenkomsten van zelfstandigen, regelingen voor zelfstandigen die slechts één lid tellen, verzekeringsovereenkomsten waarbij de werkgever geen partij is, de facultatieve bepalingen van aanvullende regelingen inzake aavullende prestaties en het tijdstip van aanvang van prestaties en de aanvullende regelingen waarin de prestaties op vrijwillige basis worden gefinancierd door de werknemers. Men kan ervan uitgaan dat deze regelingen onder het toepassingsgebied thuishoren van de Genderrichtlijn. In artikel 3, lid 4 van de Genderrichtlijn wordt weliswaar bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is op de aangelegenheden in verband met arbeid en beroep en ook niet op de aangelegenheden in verband met de arbeid als zelfstandige, maar wordt daaraan toegevoegd "*voor zover die aangelegenheden onder andere communautaire wetgevinsbesluiten vallen*." Zie hiervoor C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 146.

[1613] Zie artikel 2, lid 1, b) *juncto* artikel 5 van de Genderrichtlijn arbeid.

[1614] Zie artikel 2, lid 1, a) *juncto* artikel 5 van de Genderrichtlijn arbeid.

van de Genderwet.[1615] In artikel 12, §2, 1°lid van de Genderwet wordt echter bepaald dat in afwijking van §1, verschillen op grond van de respectieve levensverwachtingen zijn toegelaten. In de rechtsleer wordt echter aangenomen dat deze uitzondering te ruim is geformuleerd, daar er in de Genderrichtlijn arbeid en in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt uitgegaan van een gesloten rechtvaardigingssysteem, óók als het gaat om de verschillende levensverwachtingen voor mannen en vrouwen.[1616] Er worden op dit vlak in de Genderrichtlijn arbeid slechts enkele uitzonderingen toegestaan, die hieronder worden besproken. De Belgische wetgever neemt deze uitzonderingen gedeeltelijk over in artikel 12, §2, 2° en 3° lid van de Genderwet.

526. **Uitzonderingen: gesloten rechtvaardigingssysteem.** In artikel 9 van de Genderrichtlijn arbeid worden voorbeelden gegeven van hetgeen moet worden beschouwd als discriminatie. De gegeven opsomming is zeer ruim en bijna exhaustief. Interessant is dat in de omschrijving van deze voorbeelden ook enkele praktijken worden beschreven die *niet* als discriminatie kunnen worden aanzien.

> Zo is het in principe verboden om uiteenlopende niveaus voor de prestaties vast te stellen, *behoudens* voor zover nodig om rekening te houden met naar geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren in zogenaamde *defined contributions*-stelsels.[1617] Ook In *defined benefits*-stelsels kunnen bepaalde elementen ongelijk zijn voorzover het verschil tussen de bedragen het gevolg is van het gebruik van naar geslacht verschillende acturariële factoren bij de tenuitvoerlegging van de financiering van de regeling.[1618] Deze uitzonderingen werden overgenomen door de (te ruime) toelating in artikel 12, §2 van de Belgische Genderwet om verschillen op grond van de respectieve levensverwachtingen van mannen en vrouwen (algemeen) toe te laten. Alhoewel deze uitzonderingen voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Neath* waarbij werd bepaald dat de gekozen financieringsmodaliteiten in een *defined benefit*-stelsel, voor welbepaalde aspecten ervan *buiten het toepassingsgebied* blijven van artikel 141 E.G.-

---

[1615] Hier doet zich wel het hoger reeds toegelicht probleem voor dat het toepassingsgebied van artikel 12 (aanvullende regelingen van sociale zekerheid) ruimer is als het begrip ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid in toepassing van artikel 5 van de Genderrichtlijn arbeid. Bepaalde overeenkomsten zoals de individuele overeenkomsten van zelfstandigen, regelingen voor zelfstandigen die slechts één lid tellen, enz. ..worden van de werkingssfeer van Hoofdstuk 2 van Titel II van de Genderrichtlijn arbeid uitgesloten. Strikt genomen zou de Belgische rechter, met het oog op een richtlijnconforme interpretatie, deze regelingen niet onder het artikel 12 mogen rekenen indien het Belgisch toetsingskader soepeler zou blijken. Zie H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 638.

[1616] Zie L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 234-239. Zij verklaart dat de enige uitzonderingen momenteel zijn terug te vinden in de arresten *Neath* en *Coloroll* van het Hof van Justitie en in de uitzonderingsbepalingen van de Genderrichtlijn arbeid. Zie ook uitgebreid over de verhouding tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Richtlijn-uitzonderingen, P. CRAIG and G. DE BURCA, *o.c.*, 879 e.v.; L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, “Gelijkheid op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen”, *l.c.*, 272 e.v.; Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, 133 e.v.; A. EYLENBOSCH en K. VERRETH, *l.c.*, 150 e.v.; D. CURTIN, *l.c.*, 493 e.v.; J. M. BINON, "L' égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *l.c.*, 688 e.v..

[1617] Zie artikel 9, h) van de Genderrichtlijn arbeid.

[1618] *Ibidem*. Dit vloeit voor uit het arrest *Neath* van het Hof van Justitie. Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath/ Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 32. Het Hof heeft zich niet uitgesproken over het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële factoren in een pensioenplan van het type *defined contributions*. In de bijlage van de Genderrichtijn arbeid worden enkele voorbeelden opgesomd van elementen die ongelijk kunnen zijn en die zijn afgeleid uit het *Coloroll*-arrest. Zie ook H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 672; L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 237.

Verdrag[1619], kunnen deze uitzonderingen worden gezien als een *rechtvaardiging* voor naar mannen en vrouwen verschillende prestaties: indien kan worden aangetoond dat de verschillen in prestaties, voor wat betreft de opgesomde aspecten, gebaseerd zijn op actuariële gegevens, is er geen sprake van discriminatie.

Op het gebied van de bijdragen is een verschil tussen mannen en vrouwen volgens de Genderrichtlijn arbeid steeds verboden, indien het bijdragen betreft van *werknemers*, ook wanneer dergelijk onderscheid is gegrond op de respectieve levensverwachtingen van mannen en vrouwen. Dit werd reeds bevestigd in de rechtspraak van het Hof in *Neath*[1620], werd als dusdanig overgenomen in de Genderrichtlijn arbeid (zie artikel 9, i) en wordt tevens gevolgd door de Belgische wetgever (Zie artikel 12, §2, 2°lid van de Genderwet).

Voor wat betreft bijdragen van *werkgevers*, kunnen op grond van de Genderrichtlijn arbeid wel verschillen worden toegestaan in zogenaamde *defined benefits*-stelsels, indien zij bedoeld zijn om op de nodige financiële grondslag ter dekking van de uit deze uitkeringsniveaus voortvloeiende kosten aan te vullen.[1621] De uitzondering wordt overgenomen door de (te ruime) formulering van artikel 12, §2, 1° lid van de Genderwet. Deze bepaling spruit eveneens voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest *Neath.*[1622]

Het Hof van Justitie heeft zich echter nog niet uitgesproken over het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële factoren in een pensioenplan van het type *defined contributions.* De Europese wetgever heeft alvast bepaald dat in *defined contributions*-stelsels verschillen zijn toegestaan in de bijdragen voor werkgevers, wanneer zij bedoeld zijn om de hoogte van de op deze bijdragen gebaseerde pensioenprestaties voor beide geslachten gelijk te trekken of onderling aan te passen.[1623] DAEMS en GIESELINK werpen op dat het niet zeker is of deze bepaling bij een toetsing door het Hof van Justitie stand zal houden, daar zij niet de logica volgt die uit het *Neath*-arrest blijkt.[1624] De Belgische wetgever is in ieder geval niet ingegaan op deze laatste uitzondering in de Genderrichtlijn Arbeid. Op grond van artikel 12, §2, 3° van de Genderwet geldt de regel dat bij *defined contributions*-stelsels de werkgeversbijdragen gelijk moeten zijn.[1625]

3. Discriminatie op grond van godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid

527. **Overzicht.** Voor discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, zijn er ondanks een principiële onmogelijkheid van directe rechtvaardiging in de Kaderrichtlijn arbeid en het voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, toch enkele mogelijkheden op-

[1619] Zie voetnoot hierboven.

[1620] Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 21.

[1621] Zie artikel 9, j), *ii,* van de Genderrichtlijn arbeid.

[1622] Zie H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 672, met verwijzing naar H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 32;

[1623] Zie artikel 9, j), *i,* van de Genderrichtlijn arbeid.

[1624] H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 648-649.

[1625] *Ibidem*, 649.

genomen op grond waarvan de verzekeraar die een onderscheid of benadeling op grond van één van de beschermde kenmerken maakt zich kan verweren.

De in de Kaderrichtlijn arbeid geformuleerde uitzonderingen betreffen enerzijds de notie van de "wezenlijke en bepalende beroepsvereiste" en anderzijds een speciaal optierecht waarbij de lidstaten voor de beschermingsgrond leeftijd een aparte rechtvaardigingsvorm kunnen toestaan. Deze uitzonderingen worden besproken onder (*a*).

Een tweede reeks uitzonderingen wordt voorzien in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid. Het betreft aan de ene kant een uitzondering die voorzien is voor het beleid van de nationale wetgever en aan de andere kant een uitzondering waarbij aan de lidstaten opnieuw een optierecht wordt gegeven om op het terrein van de "*financiële diensten*", proportionele verschillen in behandeling toe te staan inzake het gebruik van de differentiatiefactoren leeftijd en handicap. Deze uitzonderingen worden besproken onder (*b*).

(a) Kaderrichtlijn arbeid

528. **Belang voor aanvullende sociale verzekering.** De Kaderrichtlijn arbeid is strikt genomen niet van toepassing op het leveren van goederen en diensten, maar zoals eerder reeds werd aangetoond is zij toch van belang voor aanvullende bedrijfsvoorzieningen die dekking verlenen van het ouderdomsrisico (aanvullende bedrijfspensioenen), overlijdensrisico en het invaliditeitsrisico alsook tegen ziekte (aanvullende ziekteverzekering en/of hospitalisatieverzekering aangeboden via de werkgever).[1626] In de Kaderrichtlijn arbeid, wordt in artikel 2, lid 2, a) dezelfde definitie toegepast voor directe en indirecte discriminatie als in de Rasrichtlijn. Dit wil zeggen dat enkel voor *indirecte discriminatie* een open rechtvaardigingsformule geldt waarbij de rechter kan oordelen over de legitimiteit van het doel van de ongelijke behandeling, de geschiktheid, alsook de noodzakelijkheid ervan.[1627] *Directe* discriminatie kan alleen worden gerechtvaardigd onder de hieronder beschreven voorwaarden.

(i) Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste

529. **Toespitsing open rechtvaardigingformule op arbeidsrelaties.** In artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid wordt, niettegenstaande de onmogelijkheid van een open rechtvaardigingsformule voor directe discriminatie, toch de mogelijkheid gelaten voor een specifieke rechtvaardigingsmogelijkheid voor verschil in behandeling op de in de richtlijn opgesomde discriminatiegronden. De lidstaten hebben namelijk kunnen bepalen dat een ongelijke behandeling geen discriminatie vormt indien het verboden kenmerk waarop deze behandeling is gebaseerd, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten een "*wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.*" België heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.[1628] De-

[1626] Zie reeds *supra* nr. 115.

[1627] Zie ook artikel 15 van de Belgische Algemene anti-discriminatiewet.

[1628] Zie artikel 8 van de Algemene Anti-discriminatiewet.

ze rechtvaardigingsmogelijkheid vormt (zoals ook in de Rasrichtlijn en de Genderrichtlijn arbeid[1629]) voornamelijk een toespitsing van de open rechtvaardigingsformule op de eigenheid van arbeidsrelaties. Zij is voornamelijk relevant voor beslissingen inzake aanwerving en ontslag maar is voor het overige van weinig belang voor verzekeringsrelaties.[1630]

(ii) Leeftijd – optierecht voor de lidstaten en belang voor verzekering

530. **Optierecht voor de lidstaten.** Een uitzondering op het beginsel dat er geen open geformuleerde rechtvaardigingsformule wordt ingesteld voor directe discriminatie op grond van de door de Kaderrichtlijn arbeid verboden discriminatiegronden, wordt expliciet wél gemaakt voor leeftijd. Niettegenstaande de vaststelling dat in artikel 2, lid 2 van de Kaderrichtlijn Arbeid geen rechtvaardigingsmogelijkheid is weggelegd voor directe discriminatie wordt in het geval van leeftijd een open geformuleerde rechtvaardiging toegestaan. De voorwaarde is dat de lidstaten hier specifiek voor opteren. Volgens artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn *kunnen* de lidstaten namelijk bepalen dat verschillen in behandeling geen discriminatie vormen indien zij "*in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.*"

> Sommigen zijn niet overtuigd van de meerwaarde van deze extra rechtvaardigingsmogelijkheid voor leeftijdsdiscriminatie, daar zij even goed en misschien zelfs beter onder de algemene uitzondering van wezenlijke beroepsvereisten had kunnen vallen.[1631] Anderen zien deze mogelijkheid voor de lidstaten om te kiezen voor een bijkomende rechtvaardigingsmogelijkheid eerder als de "kost" die moest worden betaald voor het opnemen van de discriminatiegrond leeftijd in de Kaderrichtlijn Arbeid. De opname van deze beschermingsgrond lag in bepaalde lidstaten inderdaad erg gevoelig.[1632]

531. **Relevantie voor beleid lidstaten en gedrag van particulieren.** De uitzondering voor verschillen in behandeling op grond van leeftijd staat toe dat de lidstaten zélf bepaalde leeftijdsgrenzen hanteren in hun beleid op het vlak van werkgelegenheid, arbeidsmarkt, beroepsopleiding e.d.m. De werking van artikel 6, lid 1 is echter niet beperkt tot het beleid van de lidstaten, maar heeft eveneens invloed op het gedrag van particulieren. Deze bepaling kan namelijk aanvullend worden begrepen in die zin dat de lidstaten, voor alle domeinen waarop de Kaderrichtlijn Arbeid van toepassing is (werkgelegenheid, arbeidsvoorwaarden, loon, …), in hun nationale wetgeving de mogelijkheid kunnen creëren om voor particulieren (werkgevers, pensioenfondsen, sociale verzekeraars,…) toch een open rechtvaardigingsformule te voorzien, ondanks het principieel verbod van directe discriminatie. Deze opvatting

---

[1629] Zie artikel 2, lid 2 van Richtlijn 76/207/EEG, zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG en nu opgenomen in artikel 14, lid 2 van de Genderrichtlijn arbeid.

[1630] Zie in dezelfde zin, H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 656-657; L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 168.

[1631] B. KOOPMAN, *l.c.*, 129.

[1632] H. MEENAN, "Age equality after the employment directive", *Maastricht Journal* 2003, afl. 1, 17.

werd in ieder geval gedeeld door de Belgische wetgever die deze leeftijdsspecifieke rechtvaardigingsmogelijkheid inschreef in artikel 12, §1 van de Algemene anti-discriminatiewet.

532. **Open of gesloten rechtvaardigingsmogelijkheid voor leeftijd?** Door de werking van artikel 6, lid 1 in deze zin te interpreteren blijkt het belang van deze bepaling voor particuliere verzekeringsondernemingen. De uitzondering houdt dan in dat de lidstaten op voorhand kunnen vastleggen wat de legitieme doelstellingen zijn op basis waarvan een rechtvaardiging mag plaatsvinden en in welke omstandigheden deze rechtvaardigingsmogelijkheid al dan niet kan worden ingeroepen. In dat geval kunnen lidstaten een gesloten rechtvaardigingssysteem installeren waar directe discriminatie in principe verboden is, tenzij expliciet toegelaten onder de in de wet bepaalde gevallen. De uitzondering kan echter net zo goed betekenen dat de lidstaten een open rechtvaardigingssysteem installeren. Hierbij wordt het particulieren toegestaan om onderscheiden op grond van leeftijd zélf te rechtvaardigen aan de hand van een door de nationale rechter te beoordelen rechtvaardiging, waarbij dient rekening te worden gehouden met de criteria van de legitimiteit van het doel (zoals bv. het in de zaak *Lindorfer* als legitiem erkend "gezond financieel beheer" van de verzekeringsportefeuille[1633]), de gepastheid en de noodzakelijkheid van de middelen.

Over de juiste draagwijdte van artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn Arbeid bestond al langere tijd discussie.[1634] BAYART wijst echter op een door de Europese Commissie verspreide publicatie waarin het standpunt zou zijn ingenomen voor de meest liberale strekking: aan de lidstaten zou het toegelaten zijn een open rechtvaardigingssysteem te voorzien. Zij zijn daarbij niet verplicht een concrete inventaris aan te geven van de omstandigheden en voorwaarden onder dewelke een concreet onderscheid op grond van leeftijd nog geoorloofd is.[1635] Het is in ieder geval in deze zin dat de Belgische omzetting van de Kaderrichtlijn is opgevat. Artikel 12, §1 van de Algemene anti-discriminatiewet van 10 mei 2007 bepaalt dat op het vlak van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie vormt wanneer het objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Als legitieme doelstelling kan beroep worden gedaan op de in de Kaderrichtlijn opgesomde doelstel-

[1633] Zie voor een bespreking van de legitimiteit van deze rechtvaardigingsgrond, *infra* nr. 856 e.v., met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Lindorfer*. Het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel van de Gemeenschappen werd door het Hof principieel aanvaard als legitieme doelstelling voor de beoordeling van het gerechtvaardigd karakter van het gebruik van naar het geslacht verschillende berekeningsfactoren voor de berekening van de extra pensioenjaren bij de overscrhijving van pensioenrechten die een ambtenaar voor zijn indiensttreding bij de Gemeenschappen heeft verkregen. Daarmee was nog niet gezegd dat gezond financieel beheer het gebruik van verschillende berekeningselementen *in casu* ook kon rechtvaardigen. Volgens het Hof was het gebruik van hogere actuariële waarden voor vrouwen immers niet noodzakelijk voor het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel. ZIe H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-57.

[1634] Zie reeds C. BAYART, *o.c.*, 299-302; zie ook E. BREMS, "Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie" *l.c.*, 64-66.

[1635] C. BAYART, "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 570-571, met verwijzing naar C. O'CINNEIDE, *Age discrimination and European law,* European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2005, 33. BAYART meent wel dat hiermee een kans is blijven liggen om een gemengd rechtvaardigingssysteem te voorzien, waarbij naast een open rechtvaardigingsformule ook bijkomende gevallen van onderscheid op grond van leeftijd geoorloofd hadden kunnen worden verklaard.

lingen, maar ook andere of vergelijkbare doelstellingen kunnen worden ingeroepen. Ook in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving wordt een dergelijke benadering gevolgd.[1636]

Het Hof van Justitie heeft ondertussen de gelegenheid gehad om zich in dit verband uit te spreken over de reikwijdte van artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid. Dit gebeurde in de zogenaamde zaak *Age Concern*.[1637]

In deze zaak stelde het Britse *High Court* de vraag aan het Hof of de Kaderrichtlijn arbeid de lidstaten verplicht "*in de vorm van een lijst*" de verschillende soorten behandeling te bepalen die kunnen worden gerechtvaardigd, en zich verzet tegen een wettelijke regeling die zich ertoe beperkt "*op algemene wijze*" te bepalen dat een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie is wanneer zij een evenredig middel is om een legitiem doel te bereiken. Volgens *Age Concern*, een liefdadigheidsorganisatie voor ouderen, zou de Kaderrichtlijn Arbeid de lidstaten effectief verplichten om in hun implementatie-instrumenten een specifieke lijst op te nemen van de verschillen in behandeling die door een legitiem doel kunnen worden gerechtvaardigd. Volgens de Britse regering vormt de opstelling van een dergelijke lijst geen verplichting voor de lidstaten. Het Hof van Justitie heeft de Britse regering hierin gevolgd.[1638]

Volgens het Hof kan artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn niet aldus worden uitgelegd, dat het de lidstaten verplicht in hun implementatiemaatregelen een specifieke lijst op te nemen van verschillen in behandeling die door een legitiem doel kunnen worden gerechtvaardigd. Het Hof herinnert er daarbij aan dat de uitvoering van een richtlijn niet altijd vereist dat de voorschriften ervan in een uitdrukkelijke en specifieke bepaling worden opgenomen.[1639]

533. **Doelstellingen van sociaal beleid v. individuele beweegredenen.** Het Hof van Justitie koppelt in de zaak *Age Concern* wel een belangrijke voorwaarde aan de eigenheid van de doelstellingen die in het kader van artikel 6, lid 1 als legitiem worden beschouwd. Het Hof verwijst naar de tekst van het artikel waarbij enkel doelstellingen van "sociaal beleid", zoals die in verband met het beleid op het gebied van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, kunnen worden aange-

[1636] Zie artikel 7, lid 1, c van de Wet van 17 december 2003 inzake de gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, *Stb.* 2004, nr. 30.

[1637] H.v.J. 5 maart 2009, *Age Concern England/ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569. Zie voor een commentaar K. LEMMENS en S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 99-100; C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de ras- en kaderrichtlijn", *l.c.*, 63-65: L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 188.

[1638] H.v.J. 5 maart 2009, Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, ov. 43.

[1639] "De uitvoering van een richtlijn" zo verklaart het Hof, kan "naargelang van de inhoud ervan, in een lidstaat […] geschieden door middel van algemene beginselen of een algemene juridische context, wanneer deze geschikt zijn om daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren en de uit deze algemene beginselen of deze algemene juridische context voortvloeiende rechtssituatie, ingeval de richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen, voldoende bepaald en duidelijk is en dat de begunstigden in staat zijn, kennis te krijgen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties.", H.v.J. 5 maart 2009, Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, ov. 42.

wend als rechtvaardigingsbasis.[1640] Volgens het Hof onderscheiden dergelijke doelstellingen zich door hun karakter van algemeen belang van zogenaamde "*louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen*".[1641] Dit impliceert dat ook het "*legitiem doel of elk ander vergelijkbaar doel*", waarnaar wordt verwezen in artikel 12, §1 van de Belgische anti-discriminatiewet, moet worden uitgelegd als een legitieme doelstelling van algemeen belang.[1642] De vraag rijst of deze uitspraak impliceert dat het de werkgever steeds verboden zou zijn om dergelijke "economische" overwegingen in de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie te betrekken. Onderscheid zou hier toch moeten kunnen worden gemaakt tussen puur commerciële overwegingen en overwegingen die gesteund zijn op het instandhouden van de bedrijfsactiviteit. Hoewel de grens tussen het instandhouden van de bedrijfsactiviteit enerzijds en kostenreductie en concurrentiedruk anderzijds niet eenvoudig te maken is, kan worden ingezien dat een stopzetting van de bedrijfsactiviteit iedere verdere vorm van sociaal beleid onmogelijk maakt. Wil de anti-discriminatiewetgeving haar doelstelling van sociale inclusie niet voorbijschieten, zouden economische overwegingen tot op zekere hoogte toch als rechtvaardigingsgrond moeten kunnen worden aangewend. Het Hof van Justitie sluit overigens niet uit dat een nationale regel, bij het nastreven van de legitieme (sociale) doelstellingen, "*de werkgever een zekere flexibiliteit toekent*".[1643] Een dergelijke "flexibiliteit" is zeker gewenst op het domein van aanvullende "sociale" verzekering. In dit domein houden de nagestreefde doelstellingen per definitie een sociaal aspect in en zouden belangen zoals het gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille moeten worden gezien als legitiem want onontbeerlijk voor het uitoefenen van de verzekeringsactiviteit.

534. **Optierecht: toetredingsleeftijd en gebruik van actuariële berekeningen in aanvullende regelingen van sociale zekerheid.** In artikel 6, lid 2 van de Kaderrichtlijn arbeid wordt nog een bijzondere, aanvullende rechtvaardigingsmogelijkheid geformuleerd, specifiek met betrekking tot bedrijfs- en sectoriële (lees: aanvullende) regelingen inzake sociale zekerheid. De lidstaten krijgen hier de *mogelijkheid* om te bepalen dat het vaststellen van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, alsook het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie uitmaakt. Opvallend bij deze uitzondering, is dat, indien de lidstaten ingaan op deze keuze, er van enige rechterlijke beoordelingsvrijheid inzake legitimiteit, geschiktheid of noodzakelijkheid zelfs geen sprake meer is.[1644] België *is* op deze uitzondering ingegaan, zo blijkt uit artikel 12, 1° t.e.m. 4° van de Algemene anti-discriminatiewet. Dat wil zeggen dat het leeftijdscriterium in aanvullende regelingen van sociale zekerheid zoals hospitalisatieverzekering en aanvullende

---

[1640] H.v.J. 5 maart 2009, *Age Concern England/ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, ov. 46. Zie ook H.v.J. 19 januari 2010, *Kükükdeveci/ Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000, ov. 33-36.

[1641] H.v.J. 5 maart 2009, Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, ov. 46.

[1642] Zie L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 190.

[1643] H.v.J. 5 maart 2009, Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, ov. 46.

[1644] Zie ook L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 194.

pensioenregelingen, zonder meer een belangrijke rol kan spelen in het acceptatiebeleid en bij het bepalen van premies en uitkeringen.[1645] Het belang van artikel 6, lid 2 van de Kaderrichtlijn arbeid voor aanvullende sociale verzekering mag dan ook niet worden onderschat.

(b) Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid

535. **Analogie met de Kaderrichtlijn.** Algemeen kan worden gesteld dat de Europese Commissie zich in haar Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid op het vlak van rechtvaardiging van discriminatie grotendeels op dezelfde lijn stelt als de regeling in de Kaderrichtlijn Arbeid. Ook in het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid, dat o.m. toepassing zal vinden op het leveren van goederen en diensten (waaronder verzekeringsdiensten), wordt uitgegaan van een principiële onmogelijkheid van rechtvaardiging van directe discriminatie voor de gronden godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De zogenaamde open rechtvaardigingsformule, waarbij een onderscheid of benadeling kan worden gesauveerd door het aantonen van een legitiem doel en de gepastheid en noodzakelijkheid van de middelen om dit doel te bereiken, wordt voorbehouden aan gevallen van indirecte discriminatie (zie artikel 2, lid b, i van de Kaderrichtlijn arbeid).

536. **Optierecht voor de lidstaten. Overzicht.** In het voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid worden eveneens enkele uitzonderingen geformuleerd in de vorm van een optierecht voor de lidstaten. In bepaalde gevallen kunnen de lidstaten besluiten toch een open rechtvaardigingsformule toe te staan (in geval van direct onderscheid).

Ten eerste is er een uitzondering voorzien die zich specifiek richt tot het beleid van de nationale wetgever en die kan worden teruggevonden onder artikel 2, lid 6 van het Voorstel. Deze uitzondering zal worden besproken onder (*i*)

Een tweede uitzondering vindt men terug onder artikel 2, lid 7 waarin aan de lidstaten opnieuw een optierecht wordt gegeven, deze keer voor het terrein van de "*financiële diensten"* en exclusief voor de gronden handicap en leeftijd. Deze uitzondering zal worden besproken onder (*ii*)

De rechtvaardigingsmogelijkheden die worden geboden door het Voorstel van de Commissie brengen geen feitelijke wijzigingen aan inzake de voor verzekeringsrelaties relevante rechtvaardigingsmogelijkheden in de *Kaderrichtlijn arbeid*. Alhoewel deze laatste richtlijn eveneens van toepassing is op aanvullende sociale verzekering en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid zich (o.m.) toe-

[1645] Let wel op dat op het niveau van de bijdragen, inclusief de persoonlijke bijdragen in de pensioentoezeggingen van het type vaste bijdragen en de brugpensioenen direct onderscheid op grond van leeftijd pas is toegestaan indien voldaan is aan de zogenaamde "trapjesregel", zoals bepaald onder artikel 12, §2, 5° van de Algemene antidiscriminatiewet. Zie voor een bespreking van de uitzonderingsgronden van artikel 12, §1, 1°-5° van de Algemene anti-discriminatiewet, L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 194-196; H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 682-683. Zie ook COMMISSIE VOOR AANVULLENDE PENSIOENEN, "advies nr. 30 antidiscriminatie", *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/apwn/pdf/advice30.pdf* 9 juni 2009, II.C.8-10.

spitst op het leveren van goederen en diensten, blijft het toepassingsgebied van het Voorstel beperkt tot de aangelegenheden "buiten arbeid en beroep".[1646]

(i) leeftijd in het beleid van de wetgever

537. **Formulering.** In artikel 2, lid 6 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt, net zoals in de Kaderrichtlijn arbeid[1647], aan de lidstaten de optie toegekend om specifiek op het vlak van leeftijdsdiscriminatie te bepalen dat verschillen in behandeling "*indien zij in het kader van de nationale wetgeving worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*", geen discriminatie vormen.

538. **Analogie met de Kaderrichtlijn arbeid?** Net zoals bij de omzetting van de Kaderrichtlijn arbeid, zou deze uitzondering ook hier ruim kunnen worden geïnterpreteerd in die zin dat de lidstaten particulieren in de mogelijkheid laten om directe discriminatie op grond van leeftijd te rechtvaardigen volgens de legitieme doelstelling die zij geschikt achten en dit minstens voor alle domeinen waar de Kaderrichtlijn buiten arbeid op van toepassing zal zijn. Voor verzekeringsmaatschappijen zou een dergelijke keuze impliceren dat aan de hand van doelstellingen, zoals het gezond financieel beheer van de verzekerinsportefeuille[1648], een rechtvaardiging kan worden gegeven voor het toepassen van directe premieverschillen op grond van leeftijd of het hanteren van leeftijdsplafonds voor de aanvaarding van risico's. Toch is het niet zeker of een dergelijke ruime interpretatie van deze bepaling onder het Voorstel van Kaderrichtlijn correct is. In de laatste zin van artikel 2, lid 6 wordt immers de voorwaarde toegevoegd dat "*deze richtlijn met name geen beletsel* [vormt] *voor het vaststellen van een bepaalde leeftijd voor de toegang tot uitkeringen, onderwijs en bepaalde goederen en diensten*". Op basis van deze laatste bepaling moet de ruime interpretatie dat particulieren voor de grond leeftijd een open rechtvaardigingsformule ter beschikking zou staan, wellicht worden afgewezen. Meer voor de hand liggend is dat artikel 2, lid 6 in die zin moet geïnterpreteerd worden dat enkel aan de lidstaten wordt toegestaan om bepaalde leeftijdsgrenzen te hanteren in het strikt omlijnde gebied van haar beleid inzake de toegang tot uitkeringen, onderwijs en bepaalde goederen en diensten. In een dergelijke interpretatie kan het artikel niet dienen als rechtsgrond voor de rechtvaardiging van onderscheiden op grond van leeftijd in verzekeringsrelaties. Deze opvatting strookt met de bijkomende bepaling in artikel 7, lid 2 van het Voorstel, waar het de lidstaten klaarblijkelijk enkel voor de verstrekking van *financiële diensten* is toegestaan om voor deze dienstverleners een bijzondere rechtvaardigsformule te voorzien. Deze rechtvaardigingsformule wordt hierna besproken.

[1646] Zie artikel 1 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[1647] Zie het hoger besproken artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid.

[1648] Zie nogmaals voor een bespreking van de legitimiteit van deze rechtvaardigingsgrond, *infra* nr. 856 e.v.

(ii) leeftijd en handicap in de "financiële" dienstverlening": optierecht voor de lidstaten

1/ Inhoud en betekenis van het optierecht

539. **Handicap en leeftijd als essentiële factoren in de risicobeoordeling.** Specifiek voor de verstrekking van financiële diensten, wordt in artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid aan de lidstaten de mogelijkheid gegeven om

> *"proportionele verschillen in behandeling toe [te] staan wanneer het gebruik van leeftijd of handicap voor het betrokken product een essentiële factor is in de risicobeoordeling op basis van relevante en accurate actuariële of statistische gegevens".*

Net zoals in de Genderrichtlijn het geval was voor de discriminatiegrond geslacht, voorziet dit nieuwe Voorstel een op verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten toegespitste rechtvaardigingsmogelijkheid geboden voor directe onderscheiden. Overweging 15 heeft het over "verzekerings-, bank- en andere financiële diensten waarbij gebruik wordt gemaakt van actuariële en risicofactoren in verband met handicap en leeftijd". Volgens dezelfde overweging houdt het gebruik van handicap en leeftijd geen discriminatie in wanneer deze gronden essentiële factoren zijn voor de "risicobeoordeling". Naast het gebruik van de factoren handicap en leeftijd in verzekeringsovereenkomsten, kan worden gedacht aan de toepassing ervan in het differentiatiebeleid binnen de hypotheekmarkt en het consumentenkrediet. In verzekeringsdiensten houdt de risicobeoordeling een evaluatie in op de kans dat er zich een schadegeval voordoet. In het kredietwezen behelst de risicobeoordeling een evaluatie van de kans op eventuele niet-terugbetaling.

2/ Motivering van het afwijkend regime voor verzekeringsdiensten.

540. **"Extra kosten".** Volgens de Europese Commissie zijn de factoren handicap en leeftijd essentiële elementen voor de risicobeoordeling van *bepaalde* verzekerings- en bankproducten en voor het bepalen van de prijs van deze producten.[1649] De Commissie geeft geen nadere toelichting over het soort producten waarvoor zij het optierecht van artikel 2, lid 7 relevant acht. Wel verklaart zij dat de "*extra kosten*" die voortspruiten uit een regeling waarbij verzekeraars geen rekening zouden mogen houden met leeftijd of handicap, "*volledig door de rest van de verzekerden worden gedragen*". Dit zou op zijn beurt leiden tot hogere algemene kosten én minder beschikbare dekking voor de consumenten.[1650]

541. **Onduidelijke motivering.** Het moet gezegd dat de motivering van de Commissie om bank- en verzekeringsproducten aan een apart rechtvaardigingsregime te onderwerpen, gekenmerkt is door weinig onderbouwing en nuancering. De Commissie maakt niet duidelijk wat zij precies voor ogen heeft indien zij het heeft over "extra kosten" die voortspruiten uit het verbod om handicap of leeftijd te gebruiken als differentiatiegrond.

[1649] Zie Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, 8. Wellicht achtte de Commissie het onwaarschijnlijk dat de gronden godsdienst, overtuiging en seksuele geraardheid überhaupt werden of zouden worden aangewend in de risicobeoordeling.

[1650] Ibidem.

Wellicht wordt bedoeld dat door een absoluut verbod de eventuele hogere schadelast voor personen van een bepaalde leeftijd of met een handicap zal moeten worden gedragen door de rest van de verzekerden. Hiermee zou de Commissie het (hierboven toegelichte)[1651] streven van de verzekeraar naar een zo beperkt mogelijke *subsidiërende solidariteit* kunnen erkennen.

Met de verwijzing naar extra kosten zou echter ook kunnen worden gedoeld op de administratieve last verbonden aan het herindelen van risico's, of op de kosten verbonden aan de bijkomende onzekerheid omtrent de toekomstige samenstelling van de portefeuille wanneer bepaalde vaak gebruikte differentiatiecriteria niet meer mogen worden aangewend. Indien het "extra kosten"-argument in deze laatste zin wordt begrepen, is het minder overtuigend. Verliezen en bijkomende administratieve last kunnen zeker en vast een gevolg zijn van de plotse invoering van nieuwe anti-discriminatieregels maar niet enkel in de financiële dienstverlening. De grootte van de verliezen en de mate van administratieve last zullen bovendien ook afhangen van de snelheid en efficiëntie waarmee de betrokken sectoren zich kunnen aanpassen aan nieuwe regelgeving en de termijn waarover deze verliezen kunnen worden gespreid.

542. **Toereikende motivering?** Voor een afwijking van het algemeen beginsel van gelijke behandeling die de gehele financiële dienstensector met één pennetrek aan een light-regime onderwerpt zal wellicht toch een diepgaander en meer genuanceerde motivering vereist zijn. Men mag hierbij immers niet vergeten dat de in secundaire communautaire wetgeving voorziene uitzonderingen op algemene beginselen van het recht van de Unie, steeds onderwerpbaar blijven aan controle door het Hof van Justitie.[1652] Hierbij kunnen de conclusies in herinnering worden gebracht die Advocaat-Generaal SHARPSTON leverde in de zaak *Lindorfer* voor het Hof van Justitie. SHARPSTON verduidelijkte aan de ene kant dat de kwalificatie van de gelijke behandelingsnorm als een beginsel van gemeenschapsrecht niet betekent dat de gemeenschapswetgever nooit mag voorzien in gerechtvaardigde uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling die het gebruik van gedifferentieerde actuariële tabellen mogelijk maken. Aan de andere kant concludeert zij echter dat dergelijke maatregelen kunnen worden aangevochten en dat het aan het Hof van Justitie is om te beoordelen of deze uitzonderingen gerechtvaardigd zijn. In het verleden stelde het Hof van Justitie zich op dat vlak relatief streng op tegenover het beleid van de lidstaten wanneer zij afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel motiveren op grond van zogenaamde budgettaire overwegingen.[1653] Zo kunnen budgettaire overwegingen volgens het Hof weliswaar

> *"aan de basis […] liggen van de sociale beleidskeuzen van een lidstaat en de aard of de omvang van de maatregelen van sociale bescherming die de lidstaat wenst vast te stellen,[…] be-*

[1651] Cf. *supra* nr. 263 e.v.

[1652] Zie reeds *supra* nr. 133, met verwijzing naar Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 46 en 136-139.

[1653] C. TOBLER, "Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht" in S. BURRI (ed.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2004, 126.

invloeden, [maar] op zichzelf [kunnen zij] niet een doelstelling van dat beleid vormen en dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten […] rechtvaardigen."[1654]

Niets wijst erop dat het Hof tegenover de communautaire wetgever niet dezelfde houding zou kunnen aannemen. Men kan hier argumenteren dat uitzonderingen op de regel van de gelijke behandeling van ouderen en jongeren of gehandicapten en niet gehandicapten, net zoals uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zouden moeten worden gemotiveerd op grond van "*very weighty reasons*".[1655] Indien de verwijzing van de Europese Commissie naar "extra kosten" in de motivering van het afwijkend rechtvaardigingsregime voor verzekeringsdiensten, enkel verwijst naar een bijkomende administratieve last of onzekerheid op korte termijn in verband met de samenstelling van de verzekeringsportefeuille zal deze motivering, als budgettaire overweging, moeilijk kunnen volstaan. Een meer gedegen motivering voor een afwijkend regime zou er eventueel in kunnen bestaan te verwijzen naar de noodzakelijkheid van het gebruik van handicap en leeftijd om in bepaalde verzekeringstakken het financieel evenwicht te kunnen bewaren en het voortbestaan van de verzekeringsactiviteit niet in het gedrang te brengen. Daarbij kan opnieuw worden verwezen naar de zaak *Lindorfer* waar het Hof van Justitie de noodzaak van het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel van de gemeenschappen op zich niet afwees als een na te streven legitieme doelstelling.[1656] (zie verder *infra* nrs. 557-558 en 857.)

3/ Lagere beschermingsgraad ten opzichte van het optierecht in de Genderrichtlijn

543. **Overzicht.** Het is verder interessant te wijzen op enkele opvallende verschilpunten ten opzichte van de hierboven reeds besproken optie zoals geformuleerd in de Genderrichtlijn. Ook in deze laatste Richtlijn werd aan de lidstaten de keuze gelaten om een rechtvaardigingsmogelijkheid toe te staan voor onderscheid in verzekeringsproducten. Nochtans lijkt het Voorstel van de Commissie op ten minste vier verschillende punten een verminderde bescherming in te houden ten opzichte van de factoren leeftijd en handicap. Minstens wordt op deze manier de schijn gewekt dat de factoren leeftijd en handicap minder beschermenswaardige categorieën vormen als de factor geslacht.

[1654] Zie H.v.J. 11 september 2003, *Erika Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit,* C-77/02, *Jur.* 2003, I-9027, ov. 66; H.v.J. 20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741, ov. 59; H.v.J. 24 februari 1994, *Roks/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, C-343/92, *Jur.* I-587, ov. 35.

[1655] Zie reeds *supra* nr. 231 voor een gelijkaardig argument vanwege consumentenverening Test-Aankoop in de procedure voor het Belgisch Grondwettelijk Hof. In deze procedure voerde zij als middel voor de ongrondwettigheid van de Gender-wijzigingswet aan dat de afwijking die door deze wet en eveneens door de Genderrichtlijn wordt toegestaan ten opzichte van het algemeen beginsel, niet voldeed aan een dwingende vereiste. (Zie Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.4.2.1 en A.14.3). De "*very weighty reasons*"-doctrine werd herhaaldelijk aangewend in de rechtspraak van het EHRM. Zie recent nog in EHRM 20 juni 2006, *Zarb Adami* v. *Malta*, nr.17209/02, §80, waar het Hof stelt dat "*seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe*". Zie daarvóór ook reeds EHRM 11 juni 2002, *Willis* v. *United Kingdom*, nr. 36042/97, ov. 39; EHRM 24 juni 1993, *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, nr. 14518/89, ov. 67; EHRM 21 februari 1997, *Van Raalte* v. *The Netherlands*, nr. 20060/92, ov.39; EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* v. *United Kingdom*, nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, ov. 78. Zie ook AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 5.

[1656] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-57.

De vier punten waar het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid een verminderde bescherming biedt ten opzichte van het optierecht in de Genderrichtlijn, betreffen (i) de termijn die aan het optierecht is gekoppeld, (ii) het feit dat het optierecht niet beperkt is tot premies en uitkeringen, (iii) het feit dat de beschermde criteria slechts een bepalende en geen essentiële factor dienen te zijn in de risicobeoordeling en (iv) het feit dat niet dezelfde garanties worden voorzien voor de betrouwbaarheid en transprarantie van de in de rechtvaardiging aan te wenden actuariële en statististische gegevens.

544. **(i) Geen vervaltermijn.** Ten eerste wordt er geen termijn gekoppeld aan het optierecht, hetgeen wel het geval was in de Genderrichtlijn.[1657] Hierdoor bestaat de kans dat in lidstaten die ná de omzettingstermijn van de nieuwe richtlijn nog besluiten tot het lichten van de optie enkel kunnen worden geconfronteerd met de sancties die zijn verbonden aan een te late omzetting van een Richtijn.[1658] Een buiten toepassing laten van de optiebeslissing zoals het geval was in de hypothese van het niet-respecteren van de vervaltermijn in de Genderrichtlijn, zal daarentegen niet tot de mogelijkheden behoren.[1659] Personen die slachtoffer worden van discriminatie op grond van handicap of leeftijd genieten daardoor een verminderde bescherming ten opzichte van personen die slachtoffer worden van discriminatie op grond van geslacht.

545. **(ii) Optierecht niet beperkt tot premies en uitkeringen.** Een tweede verschilpunt ten opzichte van de optie zoals zij is geformuleerd onder de Genderrichtlijn ligt in het feit dat de uitzondering in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid niet wordt beperkt tot premies en uitkeringen. Aan de verzekeraar wordt dus de mogelijkheid geboden om niet alleen een rechtvaardiging te geven voor een verschillende tariefzetting en een verschillend uitkeringsbeleid (inclusief vrijstellingen en franchises) op grond van handicap of leeftijd. Ook voor andere contractsvoorwaarden, zoals clausules van verval en uitsluiting van dekking staat een rechtvaardiging open.[1660] Zelfs een op de factoren handicap en leeftijd geënt *acceptatiebeleid* zou kunnen worden gerechtvaardigd.[1661]

546. **(iii) Beschermde criteria als essentiële i.p.v. bepalende factor in de risicobeoordeling.** Een derde verschilpunt ten opzichte van de in de Genderrichtlijn geformuleerde optie betreft het feit dat de beschermde criteria in het Voorstel van de Commissie geen "*bepalende factor*" dienen te zijn voor de beoordeling van het risico maar een "*essentiële factor*". Als gevolg van deze formulering kan men opnieuw spreken van een verminderde bescherming van de kenmerken handicap en leeftijd. Indien men, zoals in de Genderrichtlijn, de verzekeraar wil verplichten om aan te tonen dat de beschermde

---

[1657] In de Genderrichtlijn werd de einddatum waarvoor de lidstaten de bertreffende optie dienden te lichten vastgesteld op de dag vóór de omzettingsdatum van de richtlijn, zijnde 21 december 2007. Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn.

[1658] Hetgeen in hoofdzaak tot niet meer zal leiden dan een op basis van de *Francovich* –rechtspraak opeisbare schadevergoeding van de betrokken lidstaat. Zie H.v.J. 19 november 1991, *Francovich e.a./Italië*, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, I-5357, ov. 39-41. Zie ook H.v.J. 14 juli 1994, *Faccini Dori/Recreb*, C-91/92, *Jur.* 1994, I-3325, ov. 27.

[1659] Zie in verband met deze mogelijkheid met betrekking tot de vervaltermijn in de Genderrichtlijn, *supra* nr. 515.

[1660] Voor een vergelijking met de Genderrichtlijn, *supra* nr. 494.

[1661] Cf. s*upra* nr. 493.

eigenschap een "bepalende factor" is voor de risicobeoordeling, verplicht men hem te bewijzen dat deze eigenschap wel degelijk een impact heeft op het risico.[1662] Een dergelijke impact kan bijvoorbeeld worden aangetoond aan de hand van een sterk correlatief verband tussen het beschermde kenmerk en het risico.[1663] Door het weglaten van het begrip "bepalende factor" en het te vervangen door het begrip essentiële factor ("*key factor*") lijkt het alsof bewijs van een dergelijke impact voor de rechtvaardiging van onderscheid op grond van leeftijd of geslacht niet meer nodig is. Op basis van het vereiste van "essentialiteit" alleen is er geen rechterlijke controle op de verhouding tussen de gebruikte differentiatiegrond en het te verzekeren risico. Het is dan ook niet vreemd dat het Europees parlement, tijdens de bespreking van het Voorstel van de Commissie, een wijzigingsvoorstel heeft ingediend dat vraagt dat de term "essentieel" wordt vervangen door de term "bepalend".[1664]

547. **(iv) Minder garanties inzake betrouwbaarheid en transparantie van actuariële en statistische gegevens.** Anders dan het geval is in de Genderrichtlijn, legt het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid geen randverplichtingen op die de betrouwbaarheid en transparantie moeten waarborgen van de actuariële en statistische gegevens die worden gebruikt bij de beoordeling van het risico.[1665] Lidstaten die gebruik willen maken van de optie in artikel 2, lid 7, dienen geen nauwkeurige gegevens te verzamelen, bekend te maken of te actualiseren die relevant zijn voor het gebruik van handicap en leeftijd als een bepalende actuariële factor.[1666] Volgens een advies van Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) zou door het gebrek aan transparantie voor een groot stuk het concurrentieel effect kunnen verdwijnen dat ertoe leidt dat verzekeraars ertoe aangespoord worden om billijker prijzen aan te rekenen.[1667] Het EESC beveelt aan dat de vereisten inzake transparantie, beoordeling en toezicht door de lidstaat die nu voor geslacht gelden, van toepassing worden verklaard op de gronden leeftijd en handicap.[1668] Verschillen in behandeling op grond van leeftijd en handicap zijn volgens het EESC enkel toegelaten als de verstrekkers van financiële diensten geactualiseerde actuariële of statistische gegevens bekendmaken die relevant zijn voor de „risicoactiviteit" in kwestie.[1669] Ook in

---

[1662] Cf. *supra* nr. 518. Zie voor een verdere toelichting van het vereiste van de impact van de beschermde discriminatiegrond op het te verzekeren risico, *infra* nrs. 868 e.v.

[1663] Cf. *supra* nr. 313 en *infra* nrs. 870-872.

[1664] Zie Amendementen 87 en 44 bij de wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 2 april 2009 over het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, nr. P6_TA(2009)0211, *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0211+0+DOC+PDF+V0//NL*, 22.

[1665] Zie EUROPEAN DISABILITY FORUM, "EDF position on the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation", *http://www.edf-feph.org/Page.asp?docid=19407* 2008, 3-5.

[1666] Zie voor een kritiek op de niet-overeenstemming met de Genderrichtlijn, K. LEMMENS en S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 102.

[1667] Zie Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM (2008) 426 *final (vervolgadvies),* 2009/C 182/04, *Pb.* C 4 augustus 2009, afl.182, 19, 3.1.3.2.-3.1.2.3.

[1668] *Ibidem*, 3.1.3.5. Volgens het EESC zouden de lidstaten na een vaste periode eveneens verplicht moeten zijn om het materiaal dat een verschil in behandeling rechtvaardigt opnieuw te bekijken om op basis daarvan een "*geleidelijke risicodeling en gelijkmaking van de premies*" te overwegen.

[1669] *Ibidem*, 3.1.3.5.

het Europees parlement was men van oordeel dat accurate, recente en relevante gegevens op toegankelijke wijze ter beschikking moeten worden gesteld.[1670] Een amendement in die zin werd toegevoegd.[1671] Of de lidstaten verenigd in de Raad tot een met de Genderrichtlijn vergelijkbaar compromis kunnen komen, valt af te wachten. Met het oog op het vermijden van een hiërarchie tussen de verschillende discriminatiegronden, is een met geslacht vergelijkbaar beschermingsniveau voor de gronden leeftijd en handicap in ieder geval gewenst.

4. Discriminatie op basis van andere gronden

548. **Open rechtvaardigingsformule voor directe en indirecte discriminatie.** Voor wat betreft de discriminatiegronden die niet zijn opgesomd in de tot nu toe uitgevaardigde artikel 19-Richtliijnen wordt geenszins uitgesloten dat nationale wetgevers die bescherming bieden tegen discriminatie op andere gronden, toch een rechtvaardigingsmogelijkheid toestaan. Zoals hoger reeds toegelicht houdt de Belgische Algemene anti-discriminatiewet (van 10 mei 2007) vast aan het open systeem van rechtvaardiging dat op het vlak van het leveren van goederen en diensten reeds bestond in de Anti-discriminatiewet van 2003. Direct onderscheid in het leveren van goederen en diensten dat gebaseerd is op leeftijd, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst kan altijd worden gerechtvaardigd op basis van de open rechtvaardigingsformule, ongeacht het direct of indirect karakter van het onderscheid.[1672]

549. **Toekomstige invloed van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.** In de veronderstelling dat het optierecht van de lidstaten in de finale tekst van de richtlijn behouden blijft, zou de Belgische wetgever de rechtvaardigingsmogelijkheid in verzekeringsrelaties kunnen behouden voor de gronden leeftijd en handicap, mits daarbij aan de voorwaarden van het optierecht voldaan wordt.[1673] Daarentegen zou voor de gronden geloof of levensbeschouwing (godsdienst en overtuiging in het Voorstel van Richtlijn) en de grond seksuele geaardheid niet meer kunnen worden vastgehouden aan de rechtvaardigingsmogelijkheid zoals die vandaag geldt in de Belgische anti-discriminatiewetgeving.

[1670] Zie opnieuw Amendementen 87 en 44 bij de wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 2 april 2009 over het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, nr. P6_TA(2009)0211, *l.c.*, 22.

[1671] *Ibidem.* Verder voegt het Parlement nog enkele belangrijke inhoudelijke voorwaarden toe waaraan de gebruikte actuariële en risicofactoren dienen te voldoen. Zo dienen zij een afspiegeling te vormen "*van de positieve veranderingen in levensverwachting en de actieve levensstijl van ouderen, alsook de toegenomen mobiliteit en toegankelijkheid voor mensen met een handicap.*" De gegevens dienen verder van die aard te zijn dat zij de dienstverlener in staat stellen om "*objectief significant hogere risico's* […] *te kunnen aantonen en* [te] *garanderen dat de verschillen in behandeling objectief en redelijk verantwoord zijn door een legitiem doel en dat de middelen om dat doel te bereiken evenredig, noodzakelijk en doelmatig zijn.*" Het parlement introduceert hiermee zelfs enkele voorwaarden uit de open rechtvaardigingsformule als inhoudelijk criterium waaraan de gegevens dienen te voldoen.

[1672] Zie artikel 7 en 9 van de Algemene anti-discriminatiewet.

[1673] Zo dienen leeftijd en handicap *essentiële factoren* zijn in de *risicobeoordeling* op basis van *accurate actuariële of statistische gegevens.* Voor een bespreking, zie *supra* nrs. 539 en 546-547.

B. Rechtvaardiging van indirecte discriminatie

550. **Formulering.** Nadat er een vermoeden van indirecte discriminatie is gevestigd in de zin van de artikel 19-Richtlijnen, beschikt de verweerder over de mogelijkheid om het gewekte vermoeden van discriminatie te weerleggen aan de hand van een in de Richtlijnen vastgelegde rechtvaardigingsformule. Zowel in de Rasrichtlijn, de Genderrichtlijn als in de Kaderrichtlijn arbeid (alsmede in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten Arbeid) wordt bepaald dat een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze waarvan vaststaat dat zij leidt tot een bijzondere benadeling van de beschermde groepen, kan worden gerechtvaardigd

> *"door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn".*[1674]

De Belgische anti-discriminatiewetgeving neemt dit rechtvaardigingsmodel, dat bestaat uit drie opeenvolgende stappen. Zoals hierboven reeds beschreven, behoudt de Belgische anti-discriminatiewetgeving een open rechtvaardigingsformule tevens voor directe discriminatie, voor alle domeinen die buiten het toepassingsgebied vallen van de artikel 19-Richtlijnen.[1675]

551. **Oorsprong.** Deze zogenaamde "open rechtvaardigingsformule" met haar 3-stapsbeoordeling van de legitimiteit van het doel, de geschiktheid van de middelen om dit doel te bereiken en de noodzakelijkheid van deze middelen, is geïnspireerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie in het hoger besproken *Bilka*-arrest.[1676] Ondanks het feit dat het een toepassing betrof van [oud-]artikel 119 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 157 van het Werkingsverdrag), ontwikkelde de in dit arrest geformuleerde rechtvaardigingstoets zich tot het referentiepunt voor de formulering van de algemene rechtvaardigingstoets voor indirecte discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen, de Bewijslastrichtlijn (97/80/EG), Richtlijn 2002/73/EG en de Genderrichtlijn arbeid (2006/54/EG).

> Het weze hierbij opgemerkt dat het Hof van Justitie in haar rechtspraak op grond van artikel 141 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 157 Werkingsverdrag) met betrekking tot indirecte geslachtsdiscriminatie in arbeidsrelaties, de uiteindelijke beoordeling ten gronde van de door de verweerder gegeven rechtvaardiging meestal terug in handen heeft gegeven van de nationale rechter, die uiteindelijk zelf diende te oordelen of

---

[1674] Zie artikel 2, lid 2, sub b) van de Rasrichtlijn, artikel 2, lid 2, sub b), i) van de Kaderrichtlijn, artikel 2, sub b) van de Genderrichtlijn en artikel 2, sub b) van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten Arbeid.

[1675] Een "gesloten" systeem van rechtvaardiging werd in de Belgische wetgeving ingeschreven telkens wanneer, en voor zover de Europese Richtlijnen dit vereisen. Voor de andere discriminatiegronden (de zogenaamde "restgronden"), blijft het principe van een "open" systeem van rechtvaardiging behouden. Cf. *supra* nr. 202, met verwijzing naar S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", *l.c.*, 235; C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", 183; Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, afl. 8, 751 and 762; J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 587; D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.* 15-16.

[1676] In de zaak *Bilka* diende het Hof van Justitie, te oordelen over een vermoeden van indirecte discriminatie op grond van geslacht. Het betrof een geval waarbij een onderneming deeltijdwerknemers had uitgesloten van een bedrijfspensioenregeling en hierdoor voornamelijk de vrouwelijke werknemers benadeelde. Zie H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber Von Hartz,* 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36. Zie B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 143; C. BAYART, *o.c.*, 206-207. Zie reeds *supra* nr. 368.

een maatregel *in concreto* geschikt en noodzakelijk was.[1677] In de literatuur wordt er op gewezen dat er in deze rechtspraak een verschil bestaat in "*toetsingsintensiteit*", naargelang het Hof moet oordelen in de relatie tussen particulieren (werkgever-werknemer)[1678] of moet oordelen over de rechtvaardiging van geslachtsonderscheiden in de arbeidswetgeving[1679] of socialezekerheidswetgeving[1680]. Bij een strengere toetsing (zoals die voorkomt in horizontale relaties[1681]) zal het Hof bijvoorbeeld sneller aan de nationale rechter meegeven dat hij dient over te gaan tot een beoordeling van eventuele beschikbare alternatieven.[1682] De minder strenge toetsing in verticale relaties wordt vooral verklaard door het feit dat de geschillen waarin in deze verticale relaties toepassing wordt gemaakt van artikel 141 E.G.-Verdrag (nieuw artikel 157 Werkingsverdrag), zich situeren in domeinen waarin de lidstaten voor een groot deel hun soevereiniteit hebben behouden en waarbij aan hen een ruime appreciatiemarge wordt gelaten.[1683] Een ander verschil in de formulering van de rechtvaardigingstoets door het Hof van Justitie, ligt in de formulering van de legitieme doelstelling die aan het betreffende geslachtsonderscheid ten grondslag ligt. In verticale relaties dient er een "legitieme" doelstelling van sociaal beleid van de lidstaat" voorhanden te zijn.[1684] In horizontale relaties dient het onderscheid te beantwoorden aan de "werkelijke behoefte van de onderneming".[1685]

552. **Overzicht.** Onder deze paragraaf zal een nadere omschrijving worden gegeven van de verschillende toetsingsonderdelen van de in de artikel 19-Richtlijnen vastgestelde rechtvaardigingsformule. Achtereenvolgens worden besproken, de legitimiteit van het doel (1), het geschiktheidsvereiste (2) en het noodzakelijkheidsvereiste (3).

[1677] Zie bv. H.v.J. 11 juli 1987, *Teuling/Bestuur van de bedrijfsvereniging voor de chemische* industrie, 30/85, *Jur.* 1987, I-2497, ov. 18; H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn/Spezial-Gebaüdereinigung*, 171/88, *Jur.* 1989, 2757, ov. 15. zie ook S. PRECHAL, "Combatting indirect discrimination in Community law context", *Legal issues of Economic Integration* 1993, 87-88; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 144; K. VAN HAVERE, *l.c.*, 474-475; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 101; C. BAYART, *o.c.*, 225-226.

[1678] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 31 en 37.

[1679] De zogenaamde Seymour-Smith test. Zie H.v.J. 9 februari 1999, Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 69. Zie ook C. BARNARD, EC Employment Law o.c., 368.

[1680] De zogenaamde *Nolte*-test. Zie H.v.J. 14 december 1995, *Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, *Jur.* 1995, I-4625, ov. 36. Zie ook C. BARNARD, *EC Employment Law, o.c.*, 368; J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 312; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 144.

[1680] B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 143; S. BURRI, *Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Utrecht, Kluwer, 2000, 345; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 101 en 172.

[1681] C. BAYART, "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *Journal des Tribunaux du Travail* 2002, afl. 833, 314; C. BARNARD, *EC Employment Law*, *o.c.*, 368; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 102 en 170; J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 170-171.

[1682] Ibidem.

[1683] J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c.*, 312; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 246.

[1684] Zie bv. H.v.J. 9 februari 1999, Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, ov. 71; H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 38.

[1685] Zie bv. H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36; H.v.J. 1 juli 1986, *Rummler/Dato-Druck*, 237/85, *Jur.* 1986, 2101, ov. 24; H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 67.

1. Legitimiteit van het doel en economische en budgettaire overwegingen

553. **Legitiem doel en "werkelijke behoefte van de onderneming".** In de huidige formulering van de artikel 19-Richtlijnen dient de verweerder die een vermoeden van indirecte discriminatie wil rechtvaardigen, in de eerste plaats aan te tonen dat met de bestreden handeling een *legitiem doel* wordt nagestreefd. De beschrijving van de doeltoets in de artikel 19-Richtlijnen is iets ruimer dan de formulering in het oorspronkelijke *Bilka*-arrest. In de oorspronkelijke Bilka-test wordt vereist dat indirect (geslachts-)onderscheid moet voldoen aan de zogenaamde "*werkelijke behoefte van de onderneming*".[1686] De meer algemene verwijzing naar een "legitiem doel" in de artikel 19-Richtlijnen laat toe dat de rechtvaardigingtoets kan worden toegepast op horizontale relaties in het algemeen, dus ook buiten het zogenaamde "ondernemings"-kader. In de context van verzekeringsrelaties, die toch typisch ontstaan binnen een ondernemingskader, en waarbij in de bedrijfsvoering van de verzekeringsonderneming aan bepaalde "ondernemingsbehoeftes" moet worden voldaan, kan natuurlijk wel nog steeds nuttig gebruik worden gemaakt van de oorspronkelijke *Bilka*-formulering. Een rechtvaardigingsformule die het Hof van Justitie op het gebied van geslachtsdiscriminatie geschikt achtte om het discriminatoir karakter te bepalen van een vermeend discriminatoir werkgeversbeleid, kan even geschikt zijn om het differentiatiebeleid van de verzekeringsonderneming mee te helpen beoordelen.

554. **Budgettaire en economische overwegingen.** Het Hof van Justitie heeft doorheen haar rechtspraak een belangrijke grens getrokken aan de reikwijdte van het legitiem doel en de werkelijke behoefte van de onderneming als rechtvaardigingsbasis voor gevallen van indirecte discriminatie. Hetgeen doorgaans wordt geweerd als rechtvaardigingsgrond zijn zogenaamde "*budgettaire*" overwegingen. Zo oordeelde het Hof in *Hill and Stapleton* dat

> *"wat de rechtvaardiging op economische gronden betreft, eraan [moet] worden herinnerd, dat een werkgever discriminatie […] niet kan rechtvaardigen op de enkele grond dat het vermijden van die discriminatie hogere kosten voor hem zou meebrengen."1687*

Hoger werd er reeds op gewezen dat het Hof ook in haar rechtspraak in verticale relaties heeft verklaard dat budgettaire overwegingen geen discriminatie (op grond van geslacht) kunnen rechtvaardigen.[1688] De rechtspraak inzake nationaliteitsdiscriminatie volgt eveneens als algemene regel dat zo-

---

[1686] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36. Merk op dat de verwijzing naar een "werkelijke" behoefte, reeds aangeeft dat indien wordt aangetoond dat de door de verweerder naar voor geschoven legitieme doelstelling slechts een fictieve doelstelling is en dat met de bestreden handeling geheel andere (minder lovenswaardige) doelstellingen worden nagestreefd, er geen sprake kan zijn van rechtvaardiging *tout court*. Hierdoor zou men kunnen zeggen dat eventuele gevallen van "intentionele" indirecte discriminatie per definitie niet kunnen slagen in de rechtvaardigingstoets op grond van de open rechtvaardigingsformule. Zie *infra* nrs. 576, 616, 621 en 624 voor een vergelijkbare houding in de Canadese rechtspraak.

[1687] H.v.J. 17 juni 1998, *Hill en Stapleton/The Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998, I-3739, ov. 40. Het Hof herbevestigt deze rechtspraak in H.v.J. 20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741, ov. 61: "*De stad Hamburg kan noch als overheid noch als werkgever de uit een stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers voortvloeiende discriminatie rechtvaardigen op de enkele grond dat het vermijden van die discriminatie hogere kosten zou meebrengen.*"

[1688] Cf. *supra* nr. 542, met verwijzing naar H.v.J. 11 september 2003, *Erika Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit,* C-77/02, *Jur.* 2003, I-9027, ov. 66; H.v.J. 20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-

genaamde “economische overwegingen” niet in staat zijn om een onderscheid op basis van nationaliteit te rechtvaardigen.[1689] De terughoudendheid om economische of budgettaire overwegingen mee in aanmerking te nemen als rechtvaardigingsgrond, wordt door het Hof verklaard door de wens om de strekking van zodanig fundamentele gemeenschapsrechtelijke beginselen (zoals de gelijke behandeling van mannen en vrouwen) *niet in de tijd en in de ruimte te laten variëren* “*al naargelang de toestand van de openbare financiën van de lidstaten*”.[1690]

555. **Financieel evenwicht van wettelijke pensioenstelsels en socialezekerheidsstelsels.** De weigerachtigheid tegenover budgettaire en economische overwegingen als rechtvaardigingsgrond kent haar grenzen. Zo werd in de rechtspraak van het Hof van Justitie reeds herhaaldelijk verwezen naar het zogenaamde financieel evenwicht van de pensioenstelsels en sociale zekerheidsstelsels als rechtvaardigingsgrond voor discriminatie op grond van geslacht.

> Zo achtte het Hof de vaststelling van een voor mannen en vrouwen wettelijke pensioengerechtigde leeftijd gerechtvaardigd op grond van het behoud van het “*financieel evenwicht van de pensioenstelsels*”.[1691] In de zaak *Nolte* hield het Hof, in de beoordeling van een nationale regeling die deeltijdwerkers uitsloot van het wettelijk stelsel van pensioenverzekering, rekening met het argument dat “*een evenwicht moet worden bewaard tussen de door de verzekerden en de werkgevers betaalde premies en de betaling van uitkeringen wanneer een van de door dit stelsel gedekte risico's zich voordoet.*”[1692] Ook in de rechtspraak met betrekking tot het vrije dienstenverkeer werd aanvaard dat “*een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang vormen, waardoor een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn.*”[1693]

556. **De noodzaak van een sociaal doel?** Nu is het wel zo dat in de zaken waarbij het behoud van het financieel evenwicht werd erkend als legiteme doelstelling, de naar voor geschoven overwegingen niet zuiver financieel van aard waren. Zij dienden eveneens een sociaal doel, met name het veilig

---

187/00, *Jur.* 2003, I-2741, ov. 59; H.v.J. 24 februari 1994, *Roks/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, C-343/92, *Jur.* I-587, ov. 35.

[1689] H.v.J. 4 juni 2002, *Commissie/Portugal,* C-367/98, *Jur*. 2002, I-473, ov. 52. Zie ook H.v.J. 9 december 1997, *Commissie/Frankrijk*, C-265/95, *Jur.* 1995, I-6959, ov. 62 (vrij verkeer van goederen); H.v.J. 5 juni 1997, *SETTG/Ypourgos Ergasias*, C-398/95, *Jur*. 1993, I-3091, ov. 23 (vrij verrichten van diensten). In het kader van het vrij verkeer van diensten en personen kent deze regel ook een wettelijke neerslag in artikel 2 van Richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, *Pb.* 4 april 1964, afl. 56, 850. Zie ook C. TOBLER, "Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht", *l.c.*, 129; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 140; D. SCHIEK, “Indirect discrimination”, *l.c.*, 452-453.

[1690] H.v.J. 24 februari 1994, Roks/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen, C-343/92, *Jur.* I-587, ov. 36; H.v.J. 6 april 2000, Jørgensen/Foreningen af Speciallæger, C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447, ov. 39.

[1691] H.v.J. 7 juli 1992, *The Queen/Secretary of State for Social Security, ex parte equal opportunities Commission*, C-9/91, *Jur.* 1992, I-4297, ov. 15; H.v.J. 30 maart 1993, *Secretary of State for Social Security/Evelyn Thomas e.a.*, C-328/91, *Jur.* 1993, I-1247, ov. 9.

[1692] H.v.J. 14 december 1995, *Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, *Jur.* 1995, I-4625, ov. 29-34, in het bijzonder ov. 30.

[1693] Zie H.v.J. 16 december 1999, *Kohll/Union des Caisses de Maladie*, C-158/96, *Jur.* 1998, I-1931, ov. 41.

stellen van de sociale zekerheid. Sommige rechtsleer stelt daarom dat zonder de aanwezigheid van een gelijkaardig sociaal doel, het Hof van Justitie niet snel zal overgaan tot rechtvaardiging van (geslachts)onderscheid.[1694] De ruime beoordelingsmarge die het Hof toekent aan de lidstaten in het kader van hun sociaal beleid wordt bv. sterk ingekrompen in de beoordeling van rechtvaardigingsgronden in de relaties tussen particulieren.[1695] Nochtans dient er op te worden gewezen dat rechtvaardigingsgronden "met financiële aspecten" in de rechtspraak van het Hof ook zonder een bijkomende sociale doelstelling werden geaccepteerd.[1696] In verticale relaties is deze tendens soms zichtbaar in fiscale zaken.[1697] Dit was bijvoorbeeld het geval met betrekking tot belemmeringen van het vrij verkeer in het kader van nationale belastingstelsels.[1698] TOBLER verklaart de toelaatbaarheid van economische overwegingen in deze gevallen aan de hand van de vaststelling dat nationale belastingstelsels per definitie van financieel-economische aard zijn.[1699]

557. **De noodzaak van financieel evenwicht in verzekeringsrelaties.** Ondanks de afwezigheid van een geëxpliciteerd sociaal doel, kan toch worden geargumenteerd dat het behoud van het financieel evenwicht ook in verzekeringsrelaties als een legitieme doelstelling zou moeten worden aanvaard. Een particuliere organisatie zoals een verzekeringsmaatschappij kan moeilijk worden verweten dat zij haar financiële belangen wil veilig stellen, zeker wanneer daarvan het instandhouden van haar bedrijfsactiviteit afhangt.[1700] Van een dergelijk belang kan moeilijk worden gesteld dat het zoals een

---

[1694] B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 140; E. ELLIS, *EU anti-discrimination law*, *o.c.*, 174.

[1695] Dat in horizontale relaties een striktere beoordelingsvrijheid geldt, werd duidelijk in de zaak *Krüger*, waar het Hof van Justitie stelde dat het in casu door de werkgever toegepaste indirect geslachtsonderscheid niet kon worden vergeleken met maatregelen die "*door de nationale wetgever in het kader van zijn beoordelingsvrijheid [worden] genomen*" waarop het prompt besloot dat "*de uitsluiting van personen met een beperkt dienstverband*" een geval van het door [oud-]artikel 119 verboden indirecte discriminatie uitmaakte. Zie bv. H.v.J. 9 september 1999, *Andrea Krüger/Kreiskrankenhaus Ebersberg*, C-281/97, *Jur.* 1999, I-5127, ov. 28-30.

[1696] C. TOBLER, "Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht", *l.c.*, 129.

[1697] Ibidem.

[1698] H.v.J. 28 januari 1992, *Bachmann/België*, C-204/90, *Jur.* 1992, I-249, ov. 28 (n*oodzaak* om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven). Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in fiscale zaken een doorgedreven en strenge toetsing uitvoert van de door de lidstaten aangehaalde "economische" rechtvaardigingsgronden. Zo werden de door de Zweedse regering in de zaak *Skandia* (in verband met aftrekbaarheid van pensioenverzekeringspremies) aangevoerde rechtvaardigingen op grond van de samenhang van het fiscaal systeem en de doeltreffendheid van de fiscale controles niet aanvaard (H.v.J. 26 juni 2003, *Skandia/Riksskatteverket*, C-422/01, *Jur.* 2003, I-6817, ov. 33, resp. 42-45). Van de noodzaak om lagere belastinginkomsten te voorkomen en de noodzaak van de zgn. neutraliteit van de mededinging werd het karakter van dwingende reden van algemeen belang als rechtvaardiging voor mogelijke belemmeringen aan het vrij verkeer zelfs niet aanvaard. (H.v.J. 3 oktober 2002, *Danner*, C-136/00, *Jur.* 2002, I-8147, ov. 56; H.v.J. 26 juni 2003, *Skandia/Riksskatteverket*, C-422/01, *Jur.* 2003, I-6817, ov. 53 resp. 58.)

[1699] C. TOBLER, "Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht", *l.c.*, 130.

[1700] Dit wordt krachtig voorgesteld door J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, die (in het kader van verzekeringsrelaties) stellen dat "*L'objectif de l'action particulière ne cesse pas d'être légitime par cela seul qu'elle est egoïste ou vise à satisfaire des intérêts propres*." Zie J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 88. Zie ook VELAERS die eveneens in het kader van verzekeringsrelaties schrijft dat het "*uiteraard mogelijk* [*is*] *dat louter private belangen worden nagestreefd. Ook het louter eigenbelang komt daarbij in aanmerking*." Zie J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 91.

puur budgettaire overweging "*in tijd en ruimte varieert*".[1701] Hierbij past het te verwijzen naar de visie van DUBUISSON, die schrijft dat

> *"Les mesures et pratiques utilisées par un assureur en vue de garantir la rentabilité financière de ses activités ne sont donc pas condamnables pour le seul motif qu'elles ne permettraient pas de satisfaire l'intérêt général."*[1702]

Overigens kan niet worden ontkend dat private verzekering (zoals aanvullende sociale verzekering, hospitalisatieverzekering, arbeidsongeschiktheidsverzekering) in zekere zin ook een sociaal doel dient. Het behoud van het financieel evenwicht is in dergelijke vormen van verzekering omzeggens even precair als in het geval van wettelijke sociale zekerheid.

558. **Erkenning in *Lindorfer*? Nadruk op geschiktheid en noodzakelijkheid.** Zoals hierboven reeds werd toegelicht lijkt het Hof van Justitie in recente rechtspraak toch een opening te maken om het behoud van het financieel evenwicht te aanvaarden als rechtvaardigingsgrond voor het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren in bedrijfspensioenen. In de zaak *Lindorfer* werd de noodzaak van het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel van de gemeenschappen op zich niet afgewezen als een na te streven legitieme doelstelling.[1703] Uit dezelfde zaak *Lindorfer* blijkt nu wel dat het Hof strenger omgaat met de andere toetsingscriteria van de rechtvaardigingsformule: het geschiktheids- en vooral het noodzakelijkheidsvereiste.[1704] Het gezond financieel evenwicht binnen de verzekeringsportefeuille mag in sommige gevallen misschien aanvaard zijn als een legitieme doelstelling maar daarom zijn de middelen om die doelstelling te bereiken niet automatisch van die aard dat het door het segmentatiebeleid gedicteerde onderscheid op basis van door het anti-discriminatierecht beschermde discriminatiegronden, strookt met het gelijkheidsbeginsel. Over de beoordeling van deze geschiktheid en noodzakelijkheid wordt hieronder uitgeweid.

2. Geschiktheid van de middelen

559. **Gegarandeerde verwezenlijking van het legitieme doel.** Naast het voorhanden zijn van een legitiem doel voor het voeren van indirecte onderscheiden op grond van een beschermd kenmerk, moet worden bewezen dat de litigieuze maatregel passend of geschikt is om de nagestreefde doelstelling

---

[1701] Zie de motivering die het Hof van Justitie in de zaken *Roks* en *Jørgensen* leidde tot een principiële verwerping van een rechtvaardiging op grond van budgettaire overwegingen, *supra* nr. 554, met verwijzing naar H.v.J. 24 februari 1994, *Roks/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, C-343/92, *Jur.* I-587, ov. 36; H.v.J. 6 april 2000, *Jørgensen/Foreningen af Speciallæger,* C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447, ov. 39.

[1702] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248.

[1703] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-57. Zie voor een commentaar, L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 238-239, voetnoot 324; H. DAEMS en G. GIESELINK, *l.c.*, 675-676.

[1704] Zie *infra* nrs. 562 en 883.

te bereiken. Als men niet kan aantonen dat de maatregel leidt tot de gegarandeerde verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling, wordt de maatregel beschouwd als discriminatoir.[1705]

560. **Horizontale relaties. *Strict standard of scrutiny*.** Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen slechts weinig duidelijke criteria worden afgeleid aan de hand waarvan de geschiktheidstest moet ingevuld worden.[1706] De zaken waarbij het Hof toepassing heeft gemaakt van de zogenaamde *Bilka*-formule betroffen meestal prejudiciële procedures. Het Hof is in de meeste gevallen dan ook niet zelf overgegaan tot de beoordeling van de geschiktheid van de maatregel om het doel te bereiken, maar liet deze beoordeling vooral in handen van de nationale rechter.[1707] In de gevallen waarin het Hof wel een beoordeling uitvoerde van de vraag of de maatregel kan leiden tot het vooropgestelde doel (meestal arresten met betrekking tot sociaal beleid, meerbepaald sociale zekerheid en dus in een verticale relatie) heeft het zich doorgaans terughoudend opgesteld en zonder veel motivering aangenomen dat aan het geschiktheidsvereiste was voldaan.[1708] Het toepassen van een dergelijke "*loose standard of scrutiny*" ten opzichte van de lidstaten gebeurt veelal op basis van het argument dat het sociaal beleid eigen is aan de souvereiniteit van de lidstaten.[1709] Een dergelijk sociaal beleid is echter niet de eerste doelstelling van de werkgever (en ook niet van de verzekeraar). In het verleden heeft het Hof zich dan ook veel strenger opgesteld in de de beoordeling van de doelstellingen die worden vooropgesteld in horizontale relaties. ("*strict standard of scrutiny*")[1710]. Er kan worden aangenomen dat ook in de toepassing van de artikel 19-Richtlijnen een dergelijke strenge houding aan de dag zal worden gelegd.

3. Noodzakelijkheid van de middelen

561. **Noodzakelijkheid of onmisbaarheid.** Een laatste stap die in de rechtvaardiging van indirecte discriminatie dient te worden gezet is de zogenaamde noodzakelijkheidstoets. Hierbij wordt nage-

---

[1705] H.v.J. 23 oktober 2003, *Schönheit* (C-4/02) en *Becker* (C-5/02), gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02*, Jur.* 2003, I-12575, ov. 95-96.

[1706] Zie voor een verklaring *supra* nr. 551.

[1707] J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het* gelijkheidsbeginsel, o*.c.*, 286, met verwijzing naar H.v.J. 11 juli 1987, *Teuling/Bestuur van de bedrijfsvereniging voor de chemische* industrie, 30/85, *Jur.* 1987*,* I-2497, ov. 18; H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 38; H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29.

[1708] H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, ov. 63; H.v.J. 16 oktober 2007, *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, ov. 68; H.v.J. 5 maart 2009, *Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569, ov. 51; H.v.J. 26 september 2000, *Kachelmann/Bankhaus Hermann Lampe*, C-328/98, *Jur.,* I-7505, ov. 30-35; H.v.J. 1 februari 1996, *Posthuma en Oztürk*, C-280/94, *Jur.* 1996, I-179, ov. 27; H.v.J. 14 december 1995, *Ursula Megner en Hildegard Scheffel/Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, C-444/93, *Jur.* 1995, I-4741, ov. 29; H.v.J. 14 december 1995, *Noltel/Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, *Jur.* 1995, I-4625, ov. 33. H.v.J. 8 februari 1996, *C. B. Laperrel/Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland*, C-8/94, *Jur.* 1996, I-273, ov. 18. Zie ook J. GERARDS, *o.c.*, 286-287.

[1709] C. BARNARD, *EC Employment Law*, *o.c.*, 371; E. ELLIS, EU anti-discrimination law, *o.c.*, 175; C. BAYART en C. DEITEREN, "rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de ras- en kaderrichtlijn, *l.c.*, 68.

[1710] D. SCHIEK, "Indirect discrimination" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 446-447.

gaan of de litigieuze maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreede doel.[1711] De noodzakelijkheidstoets wordt ook omschreven als een zogenaamd "onmisbaarheidsvereiste": men vraagt zich af of het vooropgestelde doel ook zonder de litigieuze maatregel kon worden beschermd, of dat dit doel ook met minder belemmerende maatregelen had kunnen worden bereikt.[1712] Indien dit het geval is, is er geen rechtvaardiging en aldus sprake van een discriminatoire maatregel.

562. **Toepassing in verzekeringsrelaties. Minder belemmerende maatregel.** Het Hof van Justitie heeft zich in de beoordeling van de noodzakelijkheid van de gebruikte middelen over het algemeen terughoudend opgesteld en meestal zonder veel motivering besloten dat aan het criterium was voldaan.[1713] Het is pas indien de nationale rechter zelf naar een invulling van het noodzakelijkheidscriterium vroeg dat het Hof diepgaander motiveerde waarom de bestreden handeling al dan niet noodzakelijk was.[1714] In het zeldzame geval dat het Hof buiten de prejudiciële procedures dient te oordelen omtrent de rechtvaardiging van het onderscheid, durft het zich wel eens wagen aan een concrete beoordeling van de inhoud van alternatieve maatregelen. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Lindorfer* dat de noodzaak van gezond financieel beheer niet kon volstaan als rechtvaardiging voor het verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen (gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in het pensioenstelsel van de Gemeenschappen) daar een dergelijk beheer *ook* had kunnen worden bereikt met gelijke actuariële waarden voor mannen en vrouwen.[1715] Het door het Hof belichte alternatief bestond er dus in gelijke actuariële waarden te gebruiken voor mannen en vrouwen. Dat het gebruik van gelijke actuariële waarden niet onmogelijk was, zag het Hof bevestigd door de vaststelling dat de instellingen na de feiten van de zaak *Lindorfer* reeds besloten hadden om dergelijke waarden toe te passen in het pensioenstelsel van de Gemeenschappen.[1716]

[1711] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 37.

[1712] H.v.J. 19 november 1992, *Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-226/91, *Jur.* 1992, I-5943, ov. 17 en 19; H.v.J. 30 mei 1989, *Alluè/Università degli studi di Venezia*, 33/88, *Jur.* 1989, 1591, ov. 15 en 16; H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello/België,* C-148/02, *Jur.* 2003, I-1613, ov. 42; H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29; H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 38; H.v.J. 10 maart 2005, *Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados*, C-196/02, *Jur.* 2005, I-1789, ov. 48. Zie in deze zin ook J. H. GERARDS, "Gelijke behandeling en het EVRM", *NJCM-Bulletin* 2004, afl. 2, 176-199, die het noodzakelijkheidsvereiste vertaalt naar het onmisbaarheidsvereiste naar aanleiding van een uitspraak van het EHRM in *Karner*. EHRM 24 juli 2003, *Karner/Austria*, nr. 40016/98, §41. Ook in het mededingingsrecht blijken de begrippen onmisbaarheid en noodzakelijkheid dicht bij elkaar te liggen. Zie bv. H.v.J. 13 juli 1966, *Etablissements Consten en Grundig/Commissie*, 56/84, *Jur.* 1966, 450.

[1713] H.v.J. 1 februari 1996, *Posthuma en Oztürk*, C-280/94, *Jur.* 1996, I-179, ov. 27; H.v.J. 14 december 1995, *Ursula Megner en Hildegard Scheffel/Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, C-444/93, *Jur.* 1995, I-4741, ov. 29; H.v.J. 14 december 1995, *Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, *Jur.* 1995, I-4625, ov. 33. H.v.J. 8 februari 1996, *C. B. Laperre/Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland*, C-8/94, *Jur.* 1996, I-273, ov. 18. Zie ook J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c.*, 286-287; C. BAYART, *o.c.*, 224-225.

[1714] H.v.J. 19 november 1992, *Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-226/91, *Jur.* 1992, I-5943, ov. 9, 18 en 19.

[1715] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 58.

[1716] Ibidem.

563. ***True proportionality.*** In de rechtsleer wordt verdedigd dat wanneer het Hof effectief overgaat tot de beoordeling van de noodzakelijkheid, zij in feite een proportionaliteitstoets uitvoert waarbij de belangen die met de maatregel worden gediend worden afgewogen tegen de belangen die met de maatregel worden geschonden.[1717] Meer concreet wordt dit in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot nationaliteitsdiscriminatie beschreven als het vereiste dat een "*evenwicht tot stand moet worden gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van het aldus beoogde doel*".[1718] Dit zogenaamde onderzoek naar "*true proportionality*" of "proportionaliteit in enge zin" is evenwel een aspect dat op andere terreinen vaak ontbreekt in de rechtspraak van het Hof.[1719] Wél wordt er gewezen op rechtspraak waarbij het Hof van Justitie aan de nationale rechter elementen meegeeft ter beoordeling van de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets die er eigelijk op neerkomen dat de nationale rechter in zijn finale beoordeling rekening moet houden met door het Hof zwaarwegend bevonden belangen. In *Freers en Speckmann* mocht de nationale rechter in zijn beoordeling van de mogelijkheid om het sociaal beleid ook met andere middelen te verwezenlijken, bijvoorbeeld niet uit het oog verliezen dat de litigieuze maatregel vrouwen ontmoedigde om de functie van lid van de personeelsraad te vervullen.[1720] *Freers en Speckmann* betrof een beoordeling van een wettelijke regeling en dus van een ongelijke behandeling in de verticale relatie overheid-burger. Ook in horizontale relaties, in *concreto* de relatie werkgever-werknemer is rechtspraak bekend waar het Hof aan de nationale rechter elementen meegeeft die een proportionaliteitsoordeel in enge zin suggereren. Zo diende de nationale rechter in *Enderby* te oordelen of de "*factor marktsituatie*" voldoende gewicht in de schaal kon leggen om het litigieuze verschil in behandeling te rechtvaardigen.[1721]

C. Besluit: overzicht van het gedifferentieerd rechtvaardigingssyteem

564. **Bepalend onderscheid directe en indirecte discriminatie.** Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminiatie blijft in het recht van de Europese Unie bijzonder relevant voor de vraag of een vermoeden van discriminatie al dan niet kan worden gerechtvaardigd. De artikel 19-Richtlijnen (alsook de Genderrichtlijn arbeid) bieden een gesloten systeem van rechtvaardiging voor directe discriminatie en een open systeem voor gevallen van indirecte discriminatie.

[1717] C. BAYART, *o.c.*, 223.

[1718] H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Jur.* 2002, I-2891, ov. 39; H.v.J. 26 oktober 1999, *Angela Maria Sirdar/Secretary of State for Defence*, C-273/97, *Jur.* 1999, I-7403, ov. 26; H.v.J. 11 januari 2000, *Tanja Kreil/Bondsrepubliek Duitsland*, C-285/98, *Jur.* 2000, I-69, ov. 23.

[1719] Zie ook J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het* gelijkheids*beginsel*, *o.c.*, 288-289 en 304; S. SOTTIAUX, *l.c.*, 240; S. SOTTIAUX, *l.c.*, 240; C. BAYART, *o.c.*, 225-226.

[1720] H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29-30. Zie ook H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 37, beide met verwijzing naar H.v.J. 4 juni 1992, *Arbeiterwohlfart der Stadt Berlin/Bötel*, C-260/90, *Jur.* 1992, I-3589, ov. 25.

[1721] H.v.J. 27 oktober 1993, Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 28.

565. **Ras en etnische afstamming.** Directe discriminatie op grond van ras en etnische afstamming is (buiten de uitzondering van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten) niet rechtvaardigbaar. Indirecte discriminatie wel.[1722]

566. **Geslacht, zwangerschap en moederschap.** Directe discriminatie op grond van geslacht, zwangerschap en moederschap is in principe niet rechtvaardigbaar. Indirecte discriminatie wel. Dit is zowel het geval voor verzekeringsdiensten buiten de beroepssfeer, als voor ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.

Voor ondernemings-en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid worden in de Genderrichtlijn arbeid wel enkele specifieke rechtvaardigingsmogelijkheden voorzien met betrekking tot het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren in aanvullende pensioenen (*defined benefits* en *defined contributions*-stelsels).[1723]

In de Genderrichtlijn wordt voor verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten buiten de arbeidsbetrekkingen aan de lidstaten de optie gelaten om te kiezen of zij verschillen in premies en uitkeringen toestaan in de gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is bij de boordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.[1724] De meeste lidstaten gingen onverkort in op dit optierecht, in die zin dat verschillen in premies en uitkeringen tussen mannen en vrouwen in alle verzekeringstakken zijn toegelaten, onder de strikte voorwaarden die door de Genderrichtlijn zijn bepaald. Deze voorwaarden bieden ondermeer garanties op de betrouwbaarheid en accuraatheid van de actuariële en statistische gegevens die door de verzekeraar verplicht moeten worden aangewend. Sommige landen zoals met name België en Nederland, hebben hun optierecht beperkt tot levensverzekeringsovereenkomsten.[1725]

Met het toekennen van een dergelijk optierecht creëert de Europese wetgever de ondoorzichtige situatie waarbij naast de betrokken discriminatiegrond en het concrete toepassingsgebied waarin een ongelijke behandeling zich voordoet (binnen of buiten arbeidsrelaties) ook het op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke recht bepalend is voor de vraag of de bestreden handeling al dan niet rechtvaardigbaar is.[1726]

567. **Godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele geaardheid.** Voor wat betreft de gronden godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid bestaat er voor het toepassingsgebied van het leveren van goederen en diensten buiten arbeidsrelaties voorlopig enkel een Voorstel van Kaderrichtlijn. Binnen arbeidsrelaties wordt verwezen naar de Kaderrichtlijn arbeid. Deze Richtlijnen houden eveneens een open rechtvaardigingsformule in voor indirecte discriminatie. Voor directe

[1722] Zie *supra* nr. 480.

[1723] Zie artikel 9, h) en j) van de Genderrichtlijn arbeid. Zie *supra* nr. 526.

[1724] Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Zie *supra* nr. 487 e.v.

[1725] Zie *supra* nrs. 497-498.

[1726] Zie *supra* nr. 501 e.v.

discriminatie wordt principieel geen rechtvaardigingsmogelijkheid toegestaan. Uitzondering vormt ook hier weer een optierecht voor de lidstaten. Ten eerste is er het (voor verzekeringsrelaties minder belangrijke) optierecht om te voorzien in een rechtvaardiging op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.[1727] Ten tweede is er het voorstel waarbij de lidstaten voor wat betreft de verstrekking van financiële diensten, proportionele verschillen in behandeling zullen kunnen toestaan wanneer het gebruik van leeftijd of handicap voor het betrokken product een essentiële factor is in de risicobeoordeling.[1728] Het in het Voorstel van Kaderrichtlijn opgenomen optierecht dat voor de gronden handicap en leeftijd wordt toegekend, is ruimer dan hetgeen voorzien is in de Genderrichtlijn. Zo wordt niet alleen toegestaan dat handicap en leeftijd een bepalende factor kunnen zijn in de berekening van premies en uitkeringen. Deze factoren mogen eveneens bepalend zijn voor de risico-acceptatie en het vaststellen van niet-tarifaire contractvoorwaarden. In vergelijking met de Genderrichtlijn biedt het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid verder niet dezelfde garanties van transparantie, beoordeling en toezicht inzake de statistische en actuariële gegevens op grond waarvan onderscheiden op grond van handicap en leeftijd kunnen worden gerechtvaardigd. Ten opzichte van het beschermingsregime in de Genderrichtlijn, biedt het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid dan ook een lagere beschermingsgraad.[1729]

Ook in het domein van de ondernemings-en sectoriële regelingen van sociale zekerheid werden aan de lidstaten optiemogelijkheden toegekend om in bepaalde gevallen onderscheiden op grond van leeftijd toe te staan. Hierbij krijgen de lidstaten naast een open rechtvaardiginsformule voor directe leeftijdsdiscriminatie[1730], ook een gesloten rechtvaardiginssysteem toegekend voor het gebruik van leeftijd in de actuariële berekeningen.[1731]

568. **Andere gronden.** Voor de gronden en toepassingsdomeinen die niet of nog niet worden geregeld door de artikel 19-Richtlijnen, behouden de lidstaten de vrijheid om een open rechtvaardigingsformule toe te staan voor zowel direct als indirect onderscheid.[1732]

569. **Open en uniforme rechtvaardigingsformule voor indirecte discriminatie.** De open rechtvaardigingsformule die is verbonden aan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen is een codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake geslachtsdiscriminatie. De zogenaamde 3-stapstest, die bestaat uit een legitimiteitstoets, een geschiktheidstoets en een noodzakelijkheidstoets en heeft het voordeel te bestaan uit ruime begrippen, die in een veelheid van situaties kunnen worden toegepast.[1733] Het nadeel is echter dat de rechtspraak van het Hof waarin

---

[1727] Zie artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid. Zie *supra* nr. 529.

[1728] Zie artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten Arbeid. Zie *supra* nr. 539 e.v.

[1729] Zie *supra* nr. 543 e.v.

[1730] Zie artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn Arbeid. Zie *supra* nrs. 530-533.

[1731] Zie artikel 6, lid 2 van de Kaderrichtijn Arbeid. Zie *supra* nrs. 534.

[1732] Zie *supra* nrs. 548-549.

[1733] Zie *supra* nr. 550 e.v.

deze 3-stapstest is aangewend, meestal is gewezen in zaken waarbij het Hof de concrete invulling van de beoordelingscriteria terug in handen heeft gegeven van de nationale rechter, zodat er vooralsnog weinig concrete richtsnoeren ter beschikking zijn voor de interpretatie van deze criteria. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is wel een tendens zichtbaar om de rechtvaardiging door particulieren (voornamelijk werkgevers) strenger te benaderen dan de rechtvaardiging die wordt gevoerd door de lidstaten. Dit is echter voornamelijk het gevolg van het feit dat het Hof in gevallen van geslachtsdiscriminatie telkens grote nadruk heeft gelegd op de ruime sociale beleidsmarge van de lidstaten. Het is echter niet omdat het voeren van een sociaal beleid niet eigen is aan de door de verzekeraar nagestreefde doelstellingen, dat discriminatie in verzekeringsrelaties niet zou kunnen worden beoordeeld of gerechtvaardigd op grond van rechtvaardigingsgronden zoals het financieel evenwicht van de verzekeringsportefeuille. Het gezond financieel beheer is voor de verzekeraar cruciaal voor het voortbestaan van zijn activiteit en moet door de beoordelaar van het geschil in de belangenafweging kunnen worden betrokken. Voorlopig is een dergelijke belangenafweging via de rechtvaardigingstoets binnen het systeem van de artikel 19-Richtlijnen enkel mogelijk in gevallen van indirecte discriminatie.[1734]

570. **Een lappendeken van rechtvaardigingsmogelijkheden.** Voor indirecte discriminatie geldt in het Europees beschermingssysteem een uniforme invullingswijze van de beoordeling van rechtvaardiging van de bestreden handeling. Voor directe discriminatie heeft de Europese wetgever de voor verzekeringsrelaties noodzakelijke belangenafweging, ofwel beperkt of onmogelijk gemaakt, ofwel in handen gelegd van de nationale wetgever die kan beslissen of hij de door de richtlijnen geboden opties licht. Doordat deze opties het resultaat zijn van politieke besluitvoering in de Raad en het al dan niet lichten ervan afhankelijk is van de wil van de nationale wetgever, ontstaat er een lappendeken van rechtvaardigingsmogelijkheden. Verzekeraar en verzekeringnemer dienen voor de cruciale vraag of een rechtvaardiging mogelijk is of niet, rekening te houden met het recht dat toepasselijk is op de verzekeringsovereenkomst, het domein waarop de vermeende discriminatie zich voordoet (aanvullende sociale zekerheid of verzekeringsovereenkomsten buiten de arbeidsrelatie), de betreffende discriminatiegrond en zelfs de verzekeringstak waarbinnen zich vermeende gevallen van discriminatie voordoen. Van een eenvormig en transparant systeem kan moeilijk worden gesproken. Dit lappendeken van rechtvaardigingsmogelijkheden is echter voornamelijk de prijs die wordt betaald voor het vasthouden aan het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie en de overtuiging dat directe discriminatie principieel niet rechtvaardigbaar hoort te zijn.

571. **Alternatief: eenvormig rechtvaardigingssysteem.** Zoals hierboven reeds werd toegelicht is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in andere rechtsstelsels reeds lang verlaten. Het onmiddellijk gevolg daarvan is een eenvormig rechtvaardigingssysteem voor directe en indirecte discriminatie. Deze eenvormige rechtvaardigingssystemen vormen het voorwerp van de volgende para-

[1734] Tenzij dan voor wat betreft verzekeringsrelaties binnen het toepassingsgebied van de arbeidsbetrekkingen, waar ook voor directe discriminatie, door de lidstaten kan worden gekozen voor een open rechtvaardigingssysteem voor leeftijd. Zie artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn Arbeid.

graaf. Net zoals de open rechtvaardigingsformule die wordt geleverd door de Europese *Bilka*-toets, wordt ook in de onderzochte rechtsstelsels gewerkt met open en op een veelheid van situaties toepasbare toetsingsbegrippen. Interessant is natuurlijk te weten op welke manier deze begrippen zijn aangewend in de rechtvaardigingsbeoordeling van discriminatie in verzekeringsrelaties. In de analyse van de hieronder beschreven rechtvaardigingssystemen wordt in het bijzonder ingezoomd op de bestaande toepassingen in verzekeringsrelaties.

§ 3. Alternatief: eenvormig rechtvaardigingssysteem

572. **Eenvormigheid.** Het gedifferentieerde systeem van rechtvaardigingsmogelijkheden zoals dat is uitgewerkt op grond van de artikel 19-Richtlijnen, onderscheidt zich van de rechtvaardigingssystematiek zoals die in voege is Canada en Zuid-Afrika. In deze landen wordt een eenvormig rechtvaardigingssysteem toegepast waarbij de toepasselijke rechtvaardigingsmethode niet in de eerste plaats afhankelijk is van de vraag of men te doen heeft met directe of indirecte vormen van discriminatie. Zowel directe als indirecte vormen van discriminatie zijn rechtvaardigbaar en dit onder dezelfde voorwaarden. De eenvormigheid van de rechtvaardigingssystemen in deze rechtsstelsels blijkt verder uit het feit dat de mogelijkheid tot en de vorm van rechtvaardiging in principe niet afhankelijk is van de discriminatiegrond op grond waarvan gediscrimineerd wordt. Ook heerst een grote eenvormigheid tussen de verschillende gebieden die het discriminatieverbod bestrijkt (arbeidsrelaties of het leveren van goederen en diensten).

573. **Canada en Zuid-Afrika.** Onder deze paragraaf wordt kort ingegaan op de eenvormige rechtvaardigingssystemen zoals die gangbaar zijn in de genoemde landen.

Zoals hierboven reeds werd beschreven, vormt het rechtvaardigingssysteem zoals dat in Canada wordt toegepast in horizontale relaties een door het Canadese Supreme Court bereikte harmonisering van de rechtvaardigingssystemen voor directe en indirecte discriminatie. Het betreft meestal een beoordeling van de vraag of het onderscheid of de benadeling in kwestie gebaseerd is op "*reasonable and bona fide grounds*". In enkele van de *Provincial Human Rights Codes* is een op verzekering toegespitste formulering opgenomen van deze rechtvaardigingsmogelijkheid. Het Canadese rechtvaardigingssysteem wordt besproken onder (A).

Het rechtvaardigingssyteem dat in Zuid-Afrika wordt toegepast in horizontale relaties en is neergelegd in horizontaal toepasselijke wetgeving, vormt grotendeels een codificatie van de rechtspraak die werd gewezen door het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof. Het Zuid-Afrikaanse rechtvaardigingssysteem wordt besproken onder (B).

A. Canada: van bifurcated test naar Unified approach

574. **Overzicht.** Zoals hierboven reeds werd toegelicht, is er in de rechtspraak van het Canadese Supreme Court lange tijd sprake geweest van een zogenaamde *bifurcated test* die een verschillend rechtvaardigingsregime en een verschillende sanctie koppelde aan gevallen van directe en indirecte

discriminatie.[1735] Deze tweepolige test werd in de eerste plaats ontwikkeld in horizontale arbeidsrelaties, maar vond later eveneens haar weg naar niet-arbeidsgebonden relaties.

In deze paragraaf zal worden vertrokken van een korte bespreking van de oorspronkelijke rechtvaardigingstoets voor directe discriminatie zoals die voor het eerst werd ontwikkeld in arbeidsrelaties. Men spreekt over de zogenaamde *Bona Fide Occupational Requirement*-test of *BFOR*-test. Zie hiervoor punt 1.

Daarna wordt onderzocht op welke manier de elementen van deze *BFOR*-test een plaats hebben gekregen in de rechtvaardigingstoets voor directe discriminatie in verzekering. Dit zal gebeuren aan de hand van een kort onderzoek naar de formulering van de rechtvaardigingstoets zoals zij, toegepast op verzekering, wordt teruggevonden in de *Provincial Human Rights Codes* en eveneens aan de hand van de interpretatie van deze rechtvaardigingstoets in de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in de zaak *Bates* v. *Zurich Insurance Company.* Zie hiervoor punt 2.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de manier waarop de Canadese rechtspraak oorspronkelijk is omgegaan met de rechtvaardiging van indirecte discriminatie en hoe zij in deze test heeft gebruik gemaakt van de zogenaamde *duty to accommodate.* Zie daarvoor punt 3.

Tenslotte wordt dan toegelicht op welke manier de Canadese rechtspraak zich uiteindelijk heeft losgewrikt van haar *bifurcated approach* en hoe zij er in geslaagd is de toetsingsmethoden voor directe en indirecte discriminatie te laten samenvloeien in een *unified approach* en dit zowel in arbeidsrelaties als op het terrein van het leveren van goederen en diensten. Zie daarvoor punt 4.

1. De Bona Fide Occupational Requirement –test voor directe discriminatie

575. **Oorspronkelijke rechtvaardigingstoets voor directe discriminatie.** In de rechtspraak van het Canadese *Supreme Court* is vanaf het begin van de jaren ’80 een rechtvaardigingstoets ontwikkeld voor de beoordeling van discriminatie in arbeidsrelaties. Het gaat om de zogenaamde *BFOR*-test (*Bona Fide Occupational Requirement*) die in de oorspronkelijk rechtspraak van het Supreme Court is aangewend om gevallen van *directe discriminatie* te beoordelen.[1736] De *BFOR*-test komt er op neer dat een werkgever het gebruik van een welbepaald “discriminatoir” arbeidsvereiste kan rechtvaardigen aan de hand van het bewijs dat dit arbeidsvereiste voldoet aan een *subjectief* en een *objectief* element.[1737]

[1735] Cf. *supra* nr. 383.

[1736] Zie Supreme Court of Canada 9 februari 1982, Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, Supreme Court Reports 1982, afl. 1, 202; Supreme Court of Canada 17 december 1995, Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpson-Sears, Supreme Court Reports, afl. 2, 536; Supreme Court of Canada 17 december 1985, Bhinder v. CN, Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 561; Supreme Court of Canada 13 september 1990, Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1990, afl. 2, 489.

[1737] Zie voor een goede uiteenzetting van het subjectief en objectief element bv. Supreme Court of Canada 21 december 1989, *Saskatchewan Human Rights Commission* v. *Saskatoon (City)*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 2, 1297. (onder de titel “*Reasonable Occupational Qualification and Requirement*”).

576. **Subjectief element.** Het subjectief element van de *BFOR*-test houdt in dat de werkgever aantoont dat het betwiste arbeidsvereiste door hem "*honestly, in good faith"* is opgelegd en niet is gecreëerd om de doelstellingen van de anti-discriminatiewetgeving te ondermijnen. Dit rechtvaardigingsvereiste beoordeelt eigenlijk de vraag of het arbeidsvereiste mogelijk zou zijn opgelegd vanuit discriminatoire motieven.[1738] In feite houdt de toepassing van dit criterium een soort filter in waarbij het, in het geval er een "intentie" tot discriminatie wordt vastgesteld, niet meer mogelijk is om te verklaren dat er wat voor rechtvaardiging dan ook voorhanden is. In de Canadese rechtspraak zijn er echter weinig voorbeelden bekend waarop een discriminatoire handeling reeds is gestrand op het subjectieve criterium. De afwezigheid van een discriminatoir motief wordt meestal bewezen verklaard en aangetoond aan de hand van de vaststelling dat de werkgever eerlijk geloofde dat het opgelegde arbeidsvereiste noodzakelijk was voor het veilig en/of efficiënt uitvoeren van het werk.[1739] In enkele *dissenting opinions,* met name die van L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACLIN in de zaak *Large v. Stratford city* is bovendien gesuggereerd dat het subjectief element reeds bewezen zou moeten zijn wanneer een arbeidsvereiste blind wordt toegepast, zonder daarbij rekening te houden met de *individuele* rechten van mogelijke benadeelden. "*Human rights legislation*", zo wordt verklaard, "*will not tolerate unquestioned generalizations and assumptions*".[1740]

577. **Objectief element.** Het objectieve element komt er voor de wetgever op neer aan te tonen dat een objectieve link bestaat tussen het arbeidsvereiste en het uitvoeren van de job: het arbeidsvereiste moet "*reasonably necessary*" zijn voor het veilig en efficiënt uitvoeren van het werk en daarbij geen onredelijke last leggen op degene op wie het vereiste van toepassing is. Een arbeidsvereiste wordt beschouwd als "*reasonably necessary*" indien het "*rational*" en "*proportional*" is.[1741]

Het rationaliteitsargument verwijst naar het feit dat het arbeidsvereiste direct gerelateerd is aan een "geaccepteerde doelstelling".[1742] Dit rationaliteitsargument komt sterk overeen met het hierboven be-

---

[1738] Zoals SOPINKA J. verklaart in Large v. Stratford (City): "The purpose of the subjective element is to ensure that a discriminatory rule was adopted for a valid reason, as an occupational requirement, and not for a prohibited discriminatory reason. It ensures that the employer is not attempting to defeat the purposes of the Code, in short, that the employer does not have a discriminatory motive. Usually this goal will be realized." Zie Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, Large v. Stratford (City), Supreme Court Reports 1995, afl. 3, 733, ov. 21.

[1739] Zie Supreme Court of Canada 9 februari 1982, Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, *Supreme Court Reports* 1982, afl. 1, 208; voor een kritiek op deze benadering wegens het grotendeels overbodig karakter ervan, *Justice* SOPINKA in Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, *Large* v. *Stratford (City)*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 3, 733, ov. 22.

[1740] Zie *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ en *Justice* MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, *Large* v. *Stratford (City)*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 3, 733, ov. 48.

[1741] T. LEMMENS, ""What about your genes?" Ethical, legal and policy dimensions of genetics in the workplace", *Politics and Life Sciences* 1997, afl. 1, 16; T. LEMMENS, *o.c.,* 260, telkens met verwijzing naar D. PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 29-91.

[1742] Zie T. LEMMENS, *o.c.*, 260. Zie bv. Supreme Court of Canada 10 november 1988, *Brossard* v. *Québec*, *Supreme Court Reports* 1988, afl. 2, 279, ov. 70-72.

schreven geschiktheidsoordeel dat in de artikel 19-Richtlijnen in combinatie met het legitimiteitsvereiste wordt voorgeschreven voor de rechtvaardiging van discriminatie.[1743]

De proportionaliteit van een opgelegd arbeidsvereiste dient te worden bepaald aan de hand van de afwezigheid van redelijke en niet-discriminatoire alternatieven.[1744] In die zin komt dit laatste criterium inhoudelijk eveneens sterk overeen met het noodzakelijkheidsvereiste dat wordt voorgeschreven in de rechtvaardigingsformule voor indirecte discriminatie in de artikel 19-Richtlijnen.[1745] In de Canadese rechtspraak omtrent discriminatie op de werkplaats wordt dit proportionaliteitscriterium in die zin toegepast dat het de werkgever kan verplichten aan te tonen waarom hij in een bepaald geval geen individuele (aangepaste) behandeling kon voorzien voor bepaalde categorieën werkers. Zo verklaart het Supreme Court in de zaak *Saskatchewan (Human Rights Commisson)* v. *Saskatoon* (*City*):

> *"While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, inter alia, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it.* [1746]

In de beoordeling van een meer geïndividualiseerde behandeling als alternatief voor een opgelegd arbeidsvereiste wordt wel benadrukt dat van de werkgever niet het onredelijke kan worden gevraagd. Uit de rechtspraak van het *Supreme Court* blijkt onder meer dat in deze beoordeling rekening kan worden gehouden met het aantal personen dat in dienst is en de administratieve structuur waarbinnen deze personen zijn tewerkgesteld.[1747]

2. Reasonable en bona fide grounds -test in verzekering

578. **Provincial Human Rights Codes.** In de meeste provinciale Canadese *Human Rights Codes* die bepalingen bevatten ter bestrijding van (o.m.) discriminatie, wordt een uitzondering opgenomen die het verzekeraars toelaat om te "discrimineren" op bepaalde discriminatiegronden wanneer zij kunnen aantonen dat het gemaakte onderscheid berust op "*reasonable and bona fide grounds*". Het betreft

---

[1743] Cf. *supra* nr. 559.

[1744] Zie bv. Supreme Court of Canada 10 november 1988, *Brossard* v. *Québec*, *Supreme Court Reports* 1988, afl. 2, 279 , ov. 79; zie ook Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489, 518 (zie onderaan titel "*5. Analysis*".)

[1745] Cf. *supra* nrs. 561-562.

[1746] Zie Supreme Court of Canada 21 december 1989, *Saskatchewan Human Rights Commission* v. *Saskatoon (City)*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 2, 1297. (onder de titel *Individualized Testing*). Zie ook T. LEMMENS, ""What about your genes?" Ethical, legal and policy dimensions of genetics in the workplace", *l.c.*, 16; T. LEMMENS, *o.c.*, 260.

[1747] Supreme Court of Canada 10 november 1988, *Brossard* v. *Québec*, *Supreme Court Reports* 1988, afl. 2, 279, ov. 83. Zie ook Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489, 518 (onder "*6. Application to the Case at Bar*").

hier een rechtvaardigingsgrond die, net zoals het geval is in de artikel 19-Richtlijnen, door de verzekeraar kan worden gebruikt om *prima facie* bewijs van discriminatie te weerleggen. Onder punt (*a*) volgt een korte bespreking van de wettelijk geformuleerde uitzonderingsmogelijkheden onder enkele van de provinciale *Human Rights Codes.*

579. **De *Zurich*-case.** Het is in de zogenaamde *Zurich*-case dat het Canadese Supreme Court de gelegenheid heeft gehad om de rechtvaardigingsgrond van de *reasonable and bona fide grounds* zoals zij met name was geformuleerd in *section* 21 van de *Ontario Human Rights Code* (huidig *section* 22), toe te passen op een geschil tussen een verzekerde en een verzekeraar. Het betrof een geschil inzake het gebruik van leeftijd en geslacht in het bepalen van de premie in motorrijtuigenverzekering. Het Canadese Supreme Court heeft van de gelegenheid kunnen gebruik maken om de reeds ontwikkelde *BFOR*-test in arbeidsrelaties te herformuleren naar het domein van verzekeringsrelaties.

(a) Formulering van de rechtvaardigingstoets in de Provincial Codes

580. ***Bona fide* en *reasonable.*** In de Canadese *Provincial Human Rights Codes* vindt men zoals gezegd bepalingen terug die het discriminatieverbod op meer bijzondere wijze formuleren naar de toepassing op verzekeringsrelaties. Het betreft de formulering van een rechtvaardigingsgrond die qua elementen nauw verwant is met de hierboven besproken *BFOR*-test. In de op verzekeringsrelaties toepasselijke test vindt men opnieuw de elementen terug van de *bona fide*-houding van de vermeende discriminator, evenals de *reasonableness* van het onderscheid. In het algemeen kan dan ook worden verwezen naar de *reasonable and bona fide grounds*-test zoals die in de *Codes* is opgenomen ter beoordeling van rechtvaardiging in verzekering.[1748]

581. ***Ontario Human Rights Code*.** Zo bepaalt section 22 van de Ontario Human Rights Code dat

> *"The right under section 1 and 3 to equal treatment with respect to services and to contract on equal terms, without discrimination because of age, sex, marital status, family status or handicap, is not infringed where a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance or a contract of group insurance between an insurer and an association or person other than an employer, or life annuity, differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on reasonable and bona fide grounds because of age, sex, marital status, family status or handicap."*[1749]

582. ***Sakskatchewan Human Rights Code.*** Section 15 (1.2) van de Saskatchewan Human Rights Code bepaalt dat

> *The right [not to be discriminated against on the basis of a prohibited ground] is not infringed where*

[1748] Zie ook T. LEMMENS, *o.c.,* 240 en 249.

[1749] *Revised Statutes of Ontario* 1990, c. H-19, geconsolideerd na 15 september 2009, *o.c.*

(a) a contract of automobile, life, accident or sickness or disability insurance

(b) a contract of group insurance between an insurer and an association or person

(c) a life annuity

(d) a pension contract; or

(e) any contract other than one mentioned in clauses (a) to (d)

is prescribed in the regulations as a contract […] that differentiates or makes a distinction, exclusion or preference on reasonable and bona fide grounds because of disability, age or family status.[1750]

583. ***Québec Charter of Rights and Freedoms.*** Andere Human Rigts Codes zoals de Québec Charter of Rights and freedoms zijn iets specifieker in terminologie. In section 20.1 van het laatstgenoemde Charter wordt verklaard:

"In an insurance or pension contract, a social benefits plan, a retirement, pension or insurance plan, or a public pension or public insurance plan, a distinction, exclusion or preference based on age, sex or civil status is deemed non-discriminatory where the use thereof is warranted and the basis therefore is a risk determination factor based on actuarial data."[1751]

584. ***Alberta Human Rights Act*** **en** ***British Columbia Human Rights Code.*** Nog andere Codes zoals de *Alberta Human Rights Act* en de *British Columbia Human Rights Code* bevatten enkel een algemeen geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid. Zo bepaalt *section* 11 van de *Alberta Human Rights Act* dat

"*A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.*"[1752]

Section 8(1) van de British Columbia Human Rights Code bepaalt dat:

"(1) A person must not, without a bona fide and reasonable justification,

(a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or

---

[1750] *Statutes of Saskatchewan* 1979, c. S-24.1, geconsolideerd na 2007, *o.c.*

[1751] Revised Statutes of Québec, c. C-12, geconsolideerd na 1 december 2009, http://www.cdpdj.qc.ca/en/commun/docs/charter.pdf.

[1752] *Revised Statutes of Alberta*, c.A-25.5, geconsolideerd na 1 oktober 2009, *o.c.* De *Alberta Human Rights Act* bevat wel een paragraaf specifiek gericht op aanvullende (arbeidsgerelateerde) verzekering. Zie s. 7, (2), *Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.*

(b) discriminate against a person or class of persons regarding any accommodation, service or facility customarily available to the public

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or class of persons.[1753]

De *British Columbia Human Rights Code* bevat daarbovenop ook nog een bepaling waarbij wordt verklaard dat discriminatie op grond van een beperkt aantal discriminatiegronden met betrekking tot een beperkt aantal verzekeringsovereenkomsten *section* 8 niet schendt, in het specifieke geval van het bepalen van premies en prestaties.

"(2) A person does not contravene this section by discriminating

(a) on the basis of sex, if the discrimination relates to the […] determination of premiums or benefits under contracts of life or health insurance, or

(b) on the basis of physical or mental disability or age, if the discrimination relates to the determination of premiums or benefits under contracts of life or health insurance."

Deze laatste bepaling, waarbij een uitzonderingsstatus wordt geformuleerd voor ziekteverzekeringsovereenkomsten en levensverzekeringsovereenkomten met betrekking tot de discriminatiegronden geslacht, leeftijd en handicap, in die zin dat er zelfs geen rechtvaardiging meer nodig zou zijn, blijft evenwel zeer uitzonderlijk in de Canadese wetgeving.

585. **Evaluatie.** Hoewel de formulering van de rechtvaardigingsformule voor verzekeringsrelaties in de verschillende *Provinces* niet volledig overeenstemt, moet toch worden gewezen op een belangrijk gemeenschappelijk kenmerk: er is geen aparte toets voor gevallen van directe en indirecte discriminatie. Daarbij komt nog dat de rechtspraak van het Supreme Court een vorm van harmonisatie creeert in de bindende lezing en interpretatie van de *Provincial Statutes*. De bepalingen uit de *Statutes* moeten steeds in het licht van de rechtspraak van het hoogste Hof worden gelezen.[1754]

[1753] *Revised Statutes of British Columbia* 1996, c.210, geconsolideerd na 14 april 2010, *o.c.*

[1754] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 260. Dat van de rechtspraak van het Supreme Court een harmoniserende werking uitgaat blijkt ook uit het feit dat het Hof ernaar streeft om zowel in arbeidsrelaties als voor het domein van het leveren van goederen en diensten dezelfde toetsingsmethodiek toe te passen. Zie bv. L'HEUREUX-DUBÉ in de *Zurich*-Case (in toepassing van de *Ontario Human Rights Code*), met verwijzing naar de Alberta Human Rights Commission: "*Moreover, the protection of individual rights is equally important in employment and insurance contexts. As the Alberta Human Rights Commission submitted: "The Code, on its face prohibits discrimination in public services, contract, and employment with equal vigour. Nothing in the statute or its history, nor that of other Canadian human rights statutes, suggests a diminished standard of interpretation for defence sections outside of the employment area.*" Zie Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321. (onder titel "*Analysis*"). Zie ook *infra* nr. 596.

(b) Interpretatie van de rechtvaardigingstoets in de Zurich-case: herformulering van de BFOR-test naar verzekeringsrelaties

586. **Hoge premie voor jonge, ongetrouwde, mannelijke chauffeur.** In de zogenaamde *Zurich*-case voor het Canadese Supreme Court, diende het Hooggerechtshof zich uit te spreken over het discriminatoir karakter van een motorrijtuigenverzekeringspolis die jonge, ongetrouwde, mannelijke chauffeurs een hogere premie toekende als jonge, ongetrouwde vrouwelijke chauffeurs en ongetrouwde mannelijke chauffeurs ouder dan 25.[1755] Het Hof diende meerbepaald te oordelen of een dergelijk segmentatiebeleid in overeenstemming was met de bepalingen van de *Ontario Human Rights Code.* Zo verbiedt *section* 3 van de *Code* dat eenieder het recht heeft om te contracteren op grond van gelijke voorwaarden, zonder discriminatie. In *section* 1 wordt bepaald dat eenieder het recht heeft op een gelijke behandeling op het vlak van "*services, goods and facilities*".

587. ***Reasonable and bona fide grounds*?** De verzekeringsmaatschappij verdedigde zich op grond van het hierboven geciteerde [oud-]*section* 21 (nieuw *section* 22) door te argumenteren dat het onderscheid op grond van geslacht, leeftijd en burgerlijke staat gebaseerd was op "*reasonable and bona fide grounds*" en dus niet strijdig was met de *Ontario Human Rights Code.* Het was nu aan de rechter om een interpretatie te geven van het concept r*easonable and bona fide grounds* en op grond daarvan te besluiten of *in casu* sprake was van een schending van het discriminatieverbod.

(i) De uitspraken in de lagere rechtbanken

588. **Ontario Board of Inquiry. "*Very essence of its business*".** In eerste aanleg gaf het *Board of Inquiry* (een onafhankelijk en met rechtsmacht bekleed orgaan dat zich in eerste instantie mag uitspreken over de toepassing van de *Ontario Human Rights Code*) een relatief verregaande definitie aan het begrip "*reasonable and bona fide grounds*". Hierbij ging het Board of Inquiry uit van de rechtvaardigingstoets zoals die tot dan toe ontwikkeld was in de rechtspraak met betrekking tot discriminatie in arbeidsrelaties en die was opgebouwd rond het hierboven toegelichte subjectief en objectief element.

Wat betreft het subjectief element kwam de rechtbank zonder veel problemen tot de conclusie dat het gemaakte onderscheid te goeder trouw (*in good faith*) was opgelegd.

Voor het objectief element deed het Board of Inquiry beroep op het "*reasonable necessity*"-criterium uit de *BFOR*-test in arbeidsrelaties. De rechtbank besloot dat de verzekeraar onvoldoende aantoonde dat het segmentatiebeleid in kwestie "*reasonably necessary*" was. Volgens het *Board of Inquiry* vereiste het "*reasonable necessity*"-criterium, zoals toegepast in de context van verzekeringsrelaties, dat de verzekeraar moet aantonen dat

[1755] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321.

"the very essence of its business would be undermined if it could not longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system."[1756]

Deze uitlegging van het criterium van "*reasonable necessity*" komt inhoudelijk overeen met het in de *BFOR*-test toegepaste criterium van redelijkheid (*rationality*) waarmee kon worden aangetoond dat het opleggen van een arbeidsvereiste direct gerelateerd is aan een "geaccepteerde doelstelling". In dit geval moest de verzekeraar bewijzen dat het gebruikte classificatiesysteem bijdraagt aan de instandhouding van zijn activiteit. Tezelfdertijd appelleert de gebruikte formulering aan het criterium van proportionaliteit (*proportionality*), waarbij de verweerder moet aantonen dat er geen redelijke en niet-discriminatoire alternatieven bestaan voor het bereiken van de genoemde doelstelling. *Zurich* diende volgens de *Board of Inquiry* inderdaad aan te tonen dat "*it would be impractical or impossible to operate the automobile insurance system with the use of non-discriminatory criteria for rate classification*".[1757] Omdat de verzekeraar niet kon aantonen dat "*the very essence of its business would be undermined*" indien hij niet langer zou kunnen gebruik maken van de risicofactoren geslacht, burgerlijke staat en leeftijd, werd hij door het *Board of Inquiry* in het ongelijk gesteld. Andere reden waarom niet aan het criterium van reasonable necessity was voldaan, was dat geen wetenschappelijk bewijs was bijgebracht dat er een direct causaal verband zou bestaan tussen de gebruikte risico-factoren en het te verzekeren risico.[1758]

589. **Divisional Court en Court of Appeal.** De rechtbanken in hoger beroep (de zgn. *Divisional Court* en het *Court of Appeal*) gingen in tegen de uitspraak van het *Board of Inquiry*. Volgens deze rechtbanken kon aan de term "*reasonable and bona fide grounds"* niet dezelfde betekenis worden gehecht als de *BFOR*-test die wordt gebruikt in arbeidsrelaties. Volgens deze rechtbanken volstaat het dat de litigieuze maatregel "*reasonable*" is, zonder dat daarbij ook nog eens moet worden aangetoond dat zij "*necessary*" is. "Redelijk" houdt volgens deze rechtbanken in dat de groep die het hoogste risico vertegenwoordigt ook de hoogste premie betaalt.[1759] Tegen de uitspraak van het Court of Appeal werd beroep aangetekend bij het Canadese Supreme Court door de *Ontario Human Rights Commission*.

(ii) De meerderheidsuitspraak van het Supreme Court

590. ***Distinguishing* ten opzichte van arbeidsrelaties.** Het Canadese *Supreme Court* kreeg uiteindelijk het eindoordeel in de *Zurich*-case. Hoewel het Hof hieromtrent geen unaniem oordeel bereikte, was

---

[1756] Ontario Board of Inquiry 1985, *Bates* v. *Zurich*, *Canadian Human Rights Reporter* 1985, afl. 6, D/2965. Deze formule is afkomstig uit de Amerikaanse rechtspraak die een *strict scrutiny*-test aanhoudt bij het beoordelen van discriminatie op grond van geslacht in arbeidsrelaties. Zie United States Court of Appeals fifth Circuit 6 april 1971, *Diaz* v. *Pan American World Airways*, 442 F2d 385, http://openjurist.org/442/f2d/385/diaz-v-pan-american-world-ariways-inc, dat verklaarde dat "*discrimination based on sex is valid only when the essence of the business would be undermined by not hiring members of one sex exclusively*."

[1757] Ontario Board of Inquiry 1985, *Bates* v. *Zurich*, *Canadian Human Rights Reporter* 1985, afl. 6, D/2964.

[1758] Zie met betrekking tot deze causaliteit, *supra* nrs. 311-317.

[1759] Divisional Court 1987, Re Zurich Insurance Co. and Ontario Human Rights Commission et al., 58 Ontario Reports 1987, afl. 2, 325, 331; Court of Appeal 1989, Re Zurich Insurance Co. and Ontario Human Rights Commission et al., 70 Ontario Reports 1989, afl. 2, 639.

de meerderheid van de zetelende rechters het oordeel toegedaan dat het gewraakte segmentatiebeleid geen schending uitmaakte van de *Ontario Human Rights Code.* Net zoals het *Divisional Court* en het *Court of Appeal* benadrukt ook het *Supreme Court* dat de concrete invulling van de rechtvaardigingstoets zoals die is ontwikkeld in arbeidsrelaties, niet volledig kan worden doorgetrokken naar verzekeringsrelaties.

In plaats daarvan legt het Hof zelf een speciaal op verzekeringsrelaties toegeschreven schema vast aan de hand waarvan de rechtvaardiging van (directe) discriminatie kan worden beoordeeld. Het Hof geeft volgende uitleg aan de concepten "*reasonable*" en *"bona fide"* uit het op verzekeringsrelaties toegeschreven [oud-] *section* 21 van de *Ontario Human Rights Code*.

591. **Interpretatie van het begrip *reasonable*.** Voor het *Supreme Court* is een discriminatoire praktijk "*reasonable*" in de zin van *section* 21 indien zij aan twee voorwaarden voldoet.

Ten eerste dient de maatregel gebaseerd te zijn op een zgn. "sound and accepted insurance practice". Een maatregel voldoet aan dit criterium wanneer zij wenselijk is "to adopt for the purpose of achieving the legitimate business objective of charging premiums that are commensurate with risk." [1760] Dit deel van de test komt inhoudelijk voor een groot stuk overeen met het zgn. rationaliteitscriterium in de BFOR-test.

Ten tweede mag er geen "practical alternative" bestaan voor de bestreden maatregel. Het hof erkent dat het onderzoek naar "the availability of a practical alternative is a question of fact to be determined having regard to all of the facts of the case". Dit deel van de test komt inhoudelijk grotendeels overeen met het evenredigheidscriterium in de BFOR-test, omdat het ook daar noodzakelijk is om aan te tonen dat er geen andere redelijke en niet-discriminatoire alternatieven bestaan voor het bereiken van de genoemde doelstelling.[1761]

592. **Interpretatie van het begrip bona fide.** Voor het Supreme Court is een discriminatoire praktijk verder "bona fide" in de zin van section 21 indien zij "was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code".[1762]

593. ***BFOR*-test toegespitst op verzekeringsrelaties.** Op basis van de manier waarop deze aan verzekeringsrelaties aangepaste rechtvaardigingstoets is opgesteld, kan makkelijk worden ingezien dat het basispatroon wordt gevolgd dat ook reeds werd aangenomen in de *BFOR*-analyse. Er is sprake van een "subjectief element", waarbij men nagaat of de maatregel is genomen in het *bona fide*-geloof dat zij er effectief toe leidt dat aan het vooropgestelde doel wordt tegemoet gekomen. Er is eveneens

[1760] Zie *Justice* SOPINKA, voor de meerderheid in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*").

[1761] Ibidem.

[1762] Ibidem.

sprake van een "objectief element", waarbij men nagaat of de bestreden maatregel in staat is om een legitieme doelstelling na te streven en of er daarenboven geen andere maatregelen ter beschikking stonden om dit doel te bereiken. Er mag dan ook worden geconcludeerd dat de uitspraak van het Hof in *Zurich* kan doorgaan als een nadere toespitsing van de *BFOR*-analyse uit arbeidsrelaties op het toepassingsgebied van verzekering. De inhoudelijke toespitsing van de test op verzekeringsrelaties bestaat er dan in dat expliciet erkend wordt dat "*charging premiums that are commensurate with risk*" een nastreefbare en legitieme doelstelling vormt.[1763] Een toevoeging ten opzichte van de *BFOR*-test is wel dat een segmentatiebeleid enkel kan worden gerechtvaardigd indien het de vorm heeft van een "deugdelijke en aanvaarde" ("*sound and accepted*") verzekeringspraktijk.

594. **Toepassing op de feiten.** Omdat de klasse van bestuurders waartoe de eiser in de Zurich-case viel een aanmerkelijk hoger risico uitmaakte dan iedere andere vergelijkbare klasse van bestuurders én omdat er een statistische basis was voor het hogere premiebedrag dat aan de leden van deze klasse werd toegekend, gaf het *Supreme Court* de verzekeraar uiteindelijk gelijk. De meerderheid van de rechters verwierp daarbij het door het *Board of Inquiry* gestelde vereiste dat om aan te tonen dat er geen alternatieven voorhanden waren, de verzekeraar zou moeten bewijzen dat "*the very essence of its business would be undermined*" indien hij niet langer gebruik kon maken van de factoren geslacht, leeftijd en burgerlijke staat.[1764] Het *Supreme Court* aanvaardde op dit punt een veel lichtere bewijslast voor de verzekeraar. Het volstaat namelijk dat de verzekeraar aantoont dat een alternatief "*impractical*" is. Volgens het Hof kan een alternatief "*impractical*" zijn ook al heeft het *niet* tot gevolg heeft dat "*the very essence of a business would be undermined*".

In verband met praktische alternatieven die hadden kunnen gevolgd worden door de verzekeraar, duidde het Supreme Court aan dat zij op het moment dat de feiten zich voordeden, nog niet haalbaar waren als gevolg van een gebrek aan statistische gegevens en de hoge mate van competitiviteit die op dat moment werd bereikt in de autoverzekeringssector.[1765] Men kan stellen dat het Hof op het niveau van verzekeringsrelaties een erg soepele benadering heeft toegepast van het *proportionality*-criterium, die veel minder streng is dan de bewijslast waarmee werkgevers tot dan toe waren geconfronteerd in arbeidsrelaties. Zo wordt bijvoorbeeld niet gevraagd dat de verzekeraar aantoont waarom hij geen maatregelen had kunnen nemen die in staat waren om voor bepaalde risico's een individuele (aangepaste) behandeling te voorzien.[1766] Men kan dan ook spreken van een ingeperkte bescher-

---

[1763] Merk op dat de als legitiem aanvaarde doelstelling van "*premiums that are commensurate with risk*", inhoudelijk overeenstemt met het concept van actuariële fairness (zoals hoger reeds toegelicht. Zie *supra* nr. 272). Met het nastreven van acturariële fairness is de verzekeraar erop gericht verzekeringsvoorwaarden toe te passen die overeenstemmen met het te verzekeren risico (gelijke verzekeringsvoorwaarden voor vergelijkbare risico's).

[1764] Zie Justice SOPINKA voor de meerderheid in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 347. (onder titel "Application of Principles to the Facts".)

[1765] Ibidem.

[1766] Zie Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 347, (onder de titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*"). Het Supreme Court verklaart haar houding ten opzichte van individuele risico-beoordeling in verzekering als volgt: "*Although not all persons in the class share the same characteristics, no one would suggest that each insured be assessed indi-*

mingsruimte van verzekerden en kandidaat-verzekerden ten opzichte van de bescherming die geldt in arbeidsrelaties.[1767]

(iii) De dissenting opinions en hun belang: naar een uniforme, niet-sectorgebonden beoordeling

595. **Kritiek. Te lichte bewijslast voor de verzekeraar.** Het moet gezegd worden dat de speciaal op verzekering gerichte en relatief lichte bewijsstandaard voor rechtvaardiging zoals die door het Canadese Supreme Court werd geformuleerd in de *Zurich*-case, streng bekritiseerd is in de bijgaande *dissenting opinions* van rechters L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN. Het is van belang om kort even in te gaan op deze kritieken, gezien het feit dat precies deze twee rechters in de meer recente Canadese rechtspraak met betrekking tot discriminatie, de pen hebben vastgehouden in unanieme beslissingen van een nieuw-samengesteld Canadees Supreme Court.[1768]

1/ *Dissenting Opinion* van L'HEUREUX-DUBÉ

596. **Geen verschil met arbeidsrelaties.** Rechter L'HEUREUX-DUBÉ hekelt in haar *dissenting opinion* vooral het feit dat de meerderheidsuitspraak van het Supreme Court in de *Zurich*-case een minder stringente interpretatiestandaard handhaaft dan degene die zij gewoonlijk in arbeidsrelaties toepast. Voor haar is de bescherming van individuele rechten in verzekeringsrelaties even belangrijk als in arbeidsrelaties.

> *"Moreover, the protection of individual rights is equally important in employment and insurance contexts. As the Alberta Human Rights Commission submitted: Nothing in the statute or its history, nor that of other Canadian human rights statutes, suggests a diminished standard of interpretation for defence sections outside the employment area."*[1769]

Als antwoord op deze kritiek reikt L'HEUREUX-DUBÉ een alternatieve formulering aan voor de test die in de meerderheidsbeslissing werd aangehouden ter beoordeling van rechtvaardiging van discriminatie in verzekering. Deze alternatieve formulering is eveneens opgebouwd rond een objectief en een subjectief element.

597. **Subjectief element.** Het subjectieve component komt grotendeels overeen met de eerder geformuleerde variant in de meerderheidsbeslissing van het Supreme Court. Volgens L'HEUREUX-DUBÉ moet het bestreden segmentatiebeleid

---

vidually. That would be wholly impractical". Dit in tegenstelling tot haar houding in arbeidsrelaties. Cf. *supra* nr. 577, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 21 december 1989, *Saskatchewan Human Rights Commission* v. *Saskatoon (City)*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 2, 1297. (onder de titel "*Individualized Testing*").

[1767] Zie hiervoor T. LEMMENS, *o.c.*, 254.

[1768] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 268.

[1769] Zie L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*").

"be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such distinction accurately reflects the cost of the risk insured, rather than for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code".[1770]

598. **Objectief element.** Voor het objectieve component van de test gebruikt L'HEUREUX-DUBÉ eveneens een rationaliteits- en proportionaliteitsaspect, maar daaraan geeft zij een strengere invulling voor de verzekeraar.

L'HEUREUX-DUBÉ herformuleert de door de verzekeraar nagestreefde doelstelling van "*premiums that are commensurate with risk*" naar de doelstelling van een "*proper allocation of risk among insured groups*". Met betrekking tot het rationaliteits-aspect van de test geeft zij vervolgens aan dat het segmentatiebeleid

"[is] rationally connected to the insured risk [.] This rational connection must be something more than a statisical correlation: a causal connection between the distinction and the insured risk must be established. Proof of a rational connection must also consist of more than a simple reliance on traditional or accepted insurance practices which may be nontheless needlessly discriminatory."[1771]

Vervolgens beschrijft L'HEUREUX-DUBÉ het zgn. proportionaliteits-aspect van de test. Men dient zich volgens haar af te vragen of het segmentatiebeleid

"is […] a reasonable means of identifying and classifying similar risks. Under this section of the test, the availability of alternative means of ascertaining the risk can be measured." Hier voegt zij aan toe dat "while individual testing may be both feasible and desirable in the employment context, it is not possible in the insurance context where […] rates are based on characteristics shared by members of an identifiable group. However, the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test, particularly in the evaluation of available alternatives and the proportionality of the discriminatory classification."[1772]

599. **Onderscheid met de test in de meerderheidsbeslissing.** In de test zoals voorgesteld door L'HEUREUX-DUBÉ is er sprake van tenminste twee aspecten waarop deze test zich onderscheidt van de beschreven rechtvaardigingsformule in de meerderheidsbeslissing.

Ten eerste gaat L'HEUREUX-DUBÉ ervan uit dat een verzekeraar niet kan volstaan met een rechtvaardiging waarbij bewijs wordt voorgelegd dat "*premiums are commensurate with risk*". Om een onderscheid te rechtvaardigen dient de verzekeraar aan te tonen dat zijn segmentatiebeleid noodzake-

[1770] Ibidem.

[1771] Ibidem.

[1772] Ibidem.

lijk is om risico's goed te kunnen spreiden over verschillende risico-groepen, weliswaar met dien verstande dat dit gebeurt op basis van een methode die meer doet dan blind uit te gaan van statistische correlatie tussen een risico-bepalende factor en het eigenlijke risico. Één of andere vorm van causaliteit is volgens L'HEUREUX-DUBÉ vereist. Wellicht bedoelt zij hier *niet* dat het moet gaan om een werkelijke causale correlatie. Hoger werd reeds verduidelijkt dat een dergelijke vorm van correlatie binnen de statistiek slechts zelden kan worden aangetoond.[1773] Hetgeen L'HEUREUX-DUBÉ wel bedoelt kan worden afgeleid uit het tweede aspect waarop de door haar voorgestelde test verschilt van die van de meerderheidsbeslissing.

In het proportionaliteitsaspect van de door haar beschreven test geeft zij aan dat risico-groepen zo weinig als mogelijk '*over-inclusive'* dienen te zijn.[1774] Het dient zo veel mogelijk te worden vermeden dat personen die binnen een bepaalde risicogroep niet thuishoren, omdat hun persoonlijke risicoprofiel niet overeenstemt met het gemiddelde risicoprofiel binnen de groep, toch binnen deze risicogroep blijven ingedeeld en een premie betalen die overeenstemt met dit gemiddelde risico. Met deze verbijzondering van de rechtvaardigingstoets geeft zij aan dat de verzekeraar in staat zou moeten zijn om te beargumenteren waarom het hem onmogelijk was om op basis van bijkomende of alternatieve risico-meters beter samengestelde risicogroepen te gebruiken in zijn segmentatiebeleid. Als alternatief stelt L'HEUREUX-DUBÉ een verhoogd gebruik voor van factoren zoals "*mileage*" (aantal gereden kilometers over een bepaalde periode) of "*accident records*". Het gebruik van dergelijke factoren zou het de verzekeraar moeten toelaten om minder "*over-inclusive groups*" te identificeren en op die manier minder individuele risico's te bestraffen die benadeeld worden doordat zij in een groep worden opgenomen die bestaat uit chauffeurs met een hoger gemiddeld risico dan hetgeen zij zelf lopen.

2/ Dissenting Opinion van MCLACHLIN

600. **Nadruk op praktische alternatieven.** Naast L'HEUREUX-DUBÉ kwam ook *Justice* MCLACHLIN tot een *dissenting opinion* ten opzichte van de meerderheidsopvatting van het Supreme Court in de *Zurich*-case. Veel meer dan het geval was in de meerderheidsopvatting, legt MCLACHLIN de nadruk op het vereiste dat de verzekeraar die gebruik maakt van leeftijd, het geslacht of de burgerlijke staat als de basis voor haar premiezetting, in staat moet zijn om op gedegen wijze aan te tonen dat er geen andere redelijke of praktische basis bestond voor het bepalen van de verzekeringspremie.

601. **Afwezigheid van *bewijs* van een alternatief.** Anders dan de meerderheid van de rechters kan MCLACHLIN zich niet vinden in de stelling dat de verzekeraar voldoende had aangetoond dat een "*practical alternative*" voorhanden was. Zij keert zich vooral tegen de argumentatie van de verzekeraar die beweerde dat een "practical alternative" in 1983, het jaar dat de feiten van de zaak zich voor-

[1773] Cf. *supra* nr. 313.

[1774] Zie Justice L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321 (onder titel "Analysis"): "the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test, particularly in the evaluation of available alternatives and the proportionality of the discriminatory classification."

deden, niet bestond omdat zij op dat moment niet over statistieken beschikte die waren gebaseerd op niet-discriminatoire gronden. MCLACHLIN wijst erop dat de reden waarom de verzekeraar in kwestie (en met haar ook andere verzekeraars in de sector) niet over dergelijke statistieken beschikten, was dat zij dergelijke statistieken nooit hadden verzameld. Volgens MCLACHLIN verwart het Hof de afwezigheid van een redelijk alternatief met de afwezigheid van het *bewijs* van een redelijk alternatief.

> *"An absence of statistics based on grounds other than age, sex and marital status" zo verklaart MCLACHLIN does not establish that there are no risk factors other than age, sex and marital status which would achieve the objective of charging premiums that are commensurate with risk. All it establishes is that we do not know whether viable alternative bases of risk evaluation exist. […]The bottom line in this case is that the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists, and, through its own failure to collect the required data, it has failed to meet this burden.*[1775]

Om de onaanvaarbaarheid in de verf te zetten van een argumentatie waarbij de verzekeraar aantoont dat er geen bewijs is van een redelijk alternatief, duidt zij aan wat het gevolg van een dergelijke benadering zou zijn in arbeidsrelaties. De werkgever zou op basis van een dergelijke redenering kunnen ontsnappen aan iedere discriminatie-claim met de eenvoudige bewering dat er "geen bewijs" is dat haar activiteiten zouden kunnen worden verdergezet zoals zij dat wil indien zij praktische alternatieven voor de werknemer in kwestie had voorzien.[1776] MCLACHLIN pleit op dit punt voor een uniforme standaard ter beoordeling van de rechtvaardiging van discriminatie, die dezelfde is voor iedere sector, of men nu werkgever is of verzekeraar. Zij countert hierbij op voorhand reeds de kritiek dat de verzekeringssector toch een typische *statistic-driven industry* is, die zonder dat er statistische gegevens voorhanden zijn, geen segmentatiebeleid zou kúnnen voeren.[1777] Volgens haar zijn er wel meerdere sectoren waarin zwaar vertrouwd wordt op ervaringsstatistiek in het maken van beslissingen. MCLACHLIN vreest ervoor dat indien voor één sector de deur wordt opengezet om een gebrek aan statistische informatie of ervaring te gebruiken als bewijs voor de afwezigheid van een praktisch alternatief, er geen reden is om de deur ook open te zetten naar de andere sectoren. Hieruit blijkt duidelijk dat MCLACHLIN zich op dezelfde lijn zet als L'HEUREUX-DUBÉ: de bescherming van mensenrechten is in alle sectoren even belangrijk en bijgevolg dient de beoordeling van potentiële schendingen - inclusief de rechtvaardiging van *prima facie* gevallen van discriminatie – te gebeuren aan de hand van een uniforme beoordeling. De rechtvaardigingstoets die werd ontwikkeld in arbeidsrelaties dient op dezelfde manier te worden toegepast in verzekeringsrelaties.

[1775] Zie MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 390.

[1776] MCLACHLIN neemt hier reeds de term *accommodation* in de mond als synoniem voor het voorzien van praktische alternatieven, hetgeen reeds aangeeft dat zij weinig verschil ziet tussen de rechtvaardigingstoets voor directe discriminatie en die voor indirecte discriminatie, waar de zogenaamde "*duty to accommodate to the point of undue hardship"* als criterium dat tot dan toe werd gebruikt als deel van de bewijslast van de werkgever om een *prima facie* bewijs van indirecte discriminatie te weerleggen.

[1777] MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 390.

602. ***Small player*-argument?** Verder verklaart MCLACHLIN dat zelfs indien het bewezen was dat het voor de verzekeraar onpraktisch of onmogelijk zou zijn om op basis van eigen statistieken, alternatieve actuariële modellen uit te werken voor het bepalen van de premies, in ieder geval niet kan worden aanvaard dat de verzekeraar het argument gebruikt dat hij "te klein" zou zijn om de geschikte statistische informatie te kunnen verzamelen. Een dergelijk argument toelaten betekent dat men in feite twee standaarden creëert omtrent de naleving van mensenrechten: "*one for small businesses, another for large businesess.*"[1778] Een dergelijke aanpassing van de interpretatie van de rechtvaardiging van vermeend discriminatoir onderscheid aan de grootte van de onderneming of het marktaandeel van die onderneming in de sector is volgens MCLACHLIN niet toelaatbaar.

> *"If Zurich chooses to do any amount of business in Ontario, large or small," zo verklaart zij, "it must be prepared to adhere to the laws of the province, including the Code."*[1779]

603. **Nadeel voor de goede risico's?** Tenslotte verzet MCLACHLIN zich tegen het idee dat de verzekeraar de onmogelijkheid van een "*practical alternative*" zou kunnen aantonen met de bewering dat andere personen op die manier bestraft zouden worden met een hogere premie. Op zich erkent zij dat een risicobeoordeling waarbij geen rekening meer mag worden gehouden met geslacht, leeftijd of burgerlijke stand in eerste instantie kan leiden tot hogere premies voor personen die voorheen werden beschouwd als lage risico's.[1780] Volgens MCLACHLIN blijft het in een dergelijk geval nochtans toch de verantwoordelijkheid van de verzekeraar om alternatieven te voorzien die leiden tot een premiezetting waarbij personen die effectief een laag risicoprofiel vertonen, ook een lagere premie betalen.

> *"Any adverse effect on drivers in other categories arises from Zurich's failure to shoulder the burden which the law imposes of conforming to the Code or demonstrating the absence of reasonable alternatives."*

Het nadeel dat bepaalde verzekerden zouden lopen doordat de verzekeraar zich conformeert aan de gelijkebehandelingswetgeving kan volgens MCLACHLIN dan ook geen bepalende factor zijn om deze gelijkebehandelingswetgeving minder strikt toe te passen.

3/ Nood aan een uniforme beoordeling en belang van alternatieve segmentatiemethodes

604. **Rode draad.** Duidelijke rode draad doorheen de *dissenting opinions* van rechters L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN in de *Zurich-case* is de nood aan een uniforme beoordeling van de rechtvaardigingstoets in arbeids- en niet-arbeidsgerelateerde zaken en het belang dat beiden hechten aan de

---

[1778] Ibidem.

[1779] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 389-390.

[1780] Dit is een gevolg van het feit dat door het wegvallen van bepaalde segmentatiefactoren, de hoge risico's in de pool met de voorheen als lage risico's gekwalificeerde personen zullen terechtkomen.

alternatieve segmentatiemethoden die minder belemmerend zouden werken ten opzichte van verzekerden die drager zijn van een beschermde discriminatiegrond.

Hoger werd er ook reeds op gewezen dat de door MCLACHLIN en L'HEUREUX-DUBÉ verdedigde visies een belangrijke invloed hebben gehad op de latere ontwikkeling van een uniforme rechtvaardigingstoets voor directe en indirecte discriminatie.[1781] Deze latere ontwikkeling heeft er vooral in bestaan om de zogenaamde *duty to accommodate* die in de rechtspraak met betrekking tot *adverse effect discrimination* (indirecte discriminatie) was voorzien als een sanctie voor de verweerder, als een beoordelingsfactor te integreren in een rechtvaardigingsbeoordeling voor gevallen van directe en indirecte discriminatie. Vooraleer in te gaan op deze relatief recente *shift* in de Canadese rechtspraak naar een uniforme benadering van de rechtvaardigingstoets voor gevallen van directe en indirecte discriminatie, in arbeidsrelaties en daarbuiten, wordt in de volgende paragraaf eerst de nadere betekenis toegelicht van het *reasonable accommodation*-criterium.

3. Introductie van het "*reasonable accommodation*"-criterium in de rechtvaardigingstoets voor indirecte discriminatie

605. **Onderscheid met de *BFOR*-test voor directe discriminatie.** Zoals hierboven reeds toegelicht, is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie lange tijd van belang geweest in de Canadese rechtspraak. Reeds in de zaak *O'Malley*, waar het Hof voor het eerst een geval van indirecte discriminatie vaststelde, verbond het aan deze discriminatievorm een aparte beoordelingswijze die verschilde van de zogenaamde *BFOR*-test die was ontwikkeld voor gevallen van directe discriminatie in arbeidsrelaties.

De toets die het Canadese Supreme Court formuleerde voor gevallen van indirecte discriminatie, hield in dat de persoon die indirecte discriminatie probeert aan te tonen eerst en vooral dient te bewijzen dat het betwiste arbeidsvereiste een discriminatoir effect heeft op een werknemer. Daarna verschuift de bewijslast naar de werkgever die dient aan te tonen dat er een "*rational connection*" bestaat tussen het arbeidsvereiste en de uitvoering van het werk.[1782] De hoger beschreven *BFOR*-analyse is niet van toepassing en er is ook geen echte beoordeling van het gerechtvaardigd karakter van de maatregel. In de plaats daarvan dient de werkgever te bewijzen dat er geen mogelijkheid is "*to accommodate the employee, short of undue hardship*."[1783]

[1781] Cf. *supra* nr. 384-385, met verwijzing naar de *dissenting opinion* van L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, *Large* v. *Stratford (City)*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 3, 733, ov. 55-56.

[1782] T. LEMMENS, *o.c.*, 261. Zie Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpsons-Sears Ltd.*, *Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 536, ov. 23.

[1783] Zie Supreme Court of Canada 17 december 1985, Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 536, ov. 23; Supreme Court of Canada 13 september 1990, Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1990, afl. 2, 489, 518, 520-521. "[…] where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship."

606. **Een vorm van compensatie.** De opname van het "*reasonable accommodation*"-criterium zoals het oorspronkelijk werd toegepast in arbeidsrelaties, hield in dat de werkgever moest aantonen dat het hem in de organisatie van de arbeidsactiviteiten redelijkerwijze niet mogelijk was om rekening te houden met de individuele (merendeels religieuze) behoeften van welbepaalde werknemers. Het *reasonable accomodation*-criterium werd voor het eerst omschreven in de *O'Malley*-case, dat (inderdaad) een zaak van *indirecte* discriminatie betrof (op grond van geloof). Het Hof verklaarde dat de werkgever in het geval van *adverse effect discrimination,* de plicht draagt "*to take reasonable steps to accommodate the complainant short of undue hardship*."[1784] Het criterium werd in *O'Malley* en in de daaropvolgende zaken voor het Supreme Court echter niet letterlijk beschouwd als een deel van de eigenlijke rechtvaardigingstoets, maar wel als een vorm van compensatie die diende te worden genomen éénmaal indirecte discriminatie werd vastgesteld. Een dergelijke houding werd door het *Supreme Court* verklaard door de veronderstelling dat het discriminatoir effect van *adverse effect discrimination* in principe beperkt blijft tot één persoon of een groep van personen. Het is het effect van de betwiste maatregel op deze groep, eerder dan het effect op de gehele groep van werkenden dat in overweging dient te worden genomen.[1785] "*In such case there is no question of justification raised*", zo stelt *Justice* MCINTYRE namens het Supreme Court, "*because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation*."[1786]

607. ***"Bifurcated test".*** De door de Canadese rechtspraak gehanteerde opsplitsing van de rechtvaardigingstoets voor directe en indirecte discriminatie (*bifurated test*) kwam dus neer op de volgende dubbele beoordelingswijze:

Voor gevallen van *adverse effect discrimination* leidt de effectieve vaststelling van een dergelijke vorm van discriminatie tot een verplichting om de negatieve effecten van de maatregel te temperen voor de benadeelde groepering, voor zover de moeilijkheden die de werkgever daarbij ondervindt niet het niveau van *undue hardsip* bereiken. In de eigenlijke rechtvaardigingstoets kon de rechter daarbij reeds rekening houden met de vraag in welke mate de werkgever in het concrete geval reeds de mogelijkheid tot het nemen van redelijke aanpassingen had gehad. De vaststelling van een geval van indirecte discriminatie had geen verdere gevolgen voor de legitimiteitsbeoordeling van soortgelijke maatregel in andere te behandelen zaken.[1787]

Voor directe discriminatie werd geen gebruik gemaakt van een *reasonable accommodation*-criterium en bestond er voor de werkgever in een dergelijk geval ook geen *duty to accommodate*. De vaststel-

---

[1784] Supreme Court of Canada 17 december 1985, Re Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 536, ov. 23. Supreme Court of Canada 13 september 1990, Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1990, afl. 2, 489, 518, 520-521. "[…] where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship."

[1785] Ibidem.

[1786] Ibidem.

[1787] T. LEMMENS, *o.c.*, 262; Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *o.c.*, 273.

ling van maatregelen van directe discriminatie leidde echter wel tot een verplichting voor de werkgever om de betwiste maatregelen op te heffen. Een verplichting tot "accomodatie" of aanpassingen voor individuele werknemers bestond vooralsnog niet in het geval van directe discriminatie.[1788] Het is dan ook niet vreemd dat na *O'Malley* verschillende wetgevende initiatieven hebben geleid tot een uitdrukkelijke (en afzonderlijke) opname van de *duty to accommodate* in provinciale *Human Rights Codes*.[1789]

608. **"*Undue hardship*".** In de zaak *Central Alberta Dairy Pool* beschreef het Supreme Court het *reasonable accommodation*-criterium verder in detail. Om de (on)redelijkheid (undue hardship) van de te nemen aanpassingen te beoordelen kunnen volgens *Justice* WILSON o.m. volgende factoren in rekening worden gebracht:

> *"financial cost and attached to this, the size of the employers operation,*
>
> *disruption of a collective agreement,*
>
> *problems of morale of other employees,*
>
> *interchangeability of work force and facilities,*
>
> *magnitude of the risk and the identity of those who bear it where safety is at issue,*
>
> *the size of the employer's operation*
>
> *the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances."*[1790]

Vergelijkbare beoordelingsfactoren werden eveneens opgenomen in de *Ontario Human Rights Code*. In de beoordeling van *undue hardship* moet volgens *section* 17(2) [oud-*section* 11(2)] van de *Ontario Human Rights Code* rekening worden gehouden met "*the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements."*[1791]

De vaststelling van *undue hardship* is volgens het Hof een kwestie van afweging van belangen en dient *case-by-case* te worden beoordeeld.[1792] Dit wil zeggen dat de impact van de te nemen aanpas-

---

[1788] Zie T. LEMMENS, o.c., 260, met op 264 verwijzing naar het Supreme Court in Bhinder, waar het stelt dat een occupational requirement overeenstemt met een "requirement for the occupation, not a requirement limited to an individual […] It is, by its nature, not susceptible to individual application". Zie Supreme Court of Canada 17 december 1985, Bhinder v. CN, Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 561, ov. 43.

[1789] Zie T. LEMMENS, *o.c.*, 262, met verwijzing naar o.m. *section* 11(2) [huidig *section* 17(2)] van de *Ontario Human Rights Code*, *o.c.*; *section* 9 van de *Manitoba Human Rights Code*, *Revised Statutes of Manitoba* 1987, c. H-170, geconsolideerd na 12 mei 2010, http://web2.gov..mb.ca/laws/statutes/ccsm/h175e.php en [oud-]*section* 137 van het *Québec Charter of Human Rights and Freedoms*, *o.c.* Zie ook T. COHEN, "Justifiable discrimination: time to set the parameters", *South African Mercantile Law Journal* 2000, 266.

[1790] Zie *Justice* WILSON (voor de meerderheid) in Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489, 520-521 (onder titel "*Application to the Case at Bar*"); Supreme Court of Canada 24 september 1992, *Central Okanagan School District No.23* v. *Renaud*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 984.

[1791] Zie Ontario Human Rights Code, o.c.

[1792] Zie *Justice* WILSON (voor de meerderheid) in Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489 (onder titel "*Applica-*

singen *(accommodation)* op de belangen van de werkgever telkens dient te worden afgewogen tegen de belangen van de persoon die "geaccommodeerd" zou moeten worden.[1793] De werkgever dient in ieder geval "*more than minor inconvenience*" voor hemzelf aan te tonen.[1794] Indien hij bovendien wil aantonen dat aangepaste maatregelen voor bepaalde werknemers zouden kunnen leiden tot *benadeling van andere werknemers*, kan een dergelijk argument enkel worden weerhouden indien het gaat om een *substantiële* benadeling.[1795]

609. **Inhoudelijke overeenstemming met "*reasonable necessity*"-beoordeling uit *BFOR*-test.** De beoordeling van de vraag of er in het geval van *adverse effect discrimination* mogelijkheid bestaat voor de werkgever om te voorzien in "*reasonable accommodation*" van de benadeelde, komt inhoudelijk sterk overeen met de hoger besproken evaluatie van het *reasonable necessity*-criterium[1796] als beoordelingselement voor rechtvaardiging van directe discriminatie.[1797] In het geval van directe discriminatie moet de werkgever aantonen dat er geen redelijke alternatieven (*practical alternatives*) bestaan voor de bestreden maatregel. In het geval van indirecte discriminatie wordt de zogenaamde neutrale regel niet aangetast, maar moet de werkgever aantonen dat hij het slachtoffer op geen enkele andere manier kon voorzien van redelijke aanpassingen. "*In both cases*", zo verklaart het Canadian Human Rights Tribunal in de zaak *Twaithes v. Canada (Armed forces)*, "*the inquiry is essentially the same: the employer must show that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual.*"[1798] In hun *dissenting opinion* in de zaak *Large* v. *Stratford (City)* hadden L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN er dan ook reeds op gewezen dat de deur openstond om de beoordeling van de mogelijkheid tot redelijke aanpassingen op te nemen in de beoordeling van "*reasonable necessity*".[1799] Het zou uiteindelijk niet meer lang duren vooraleer het *Su-*

---

tion to the Case at Bar") over de lijst van factoren die kan worden aangewend ter beoordeling van *undue hardship*: "*This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case*." Ook geciteerd in Supreme Court of Canada 24 september 1992, *Central Okanagan School District No.23* v. *Renaud*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 970 (onder titel "Nature and Extent of the Duty to Accommodate").

[1793] T. LEMMENS, *o.c.*, 262.

[1794] Supreme Court of Canada 24 september 1992, *Central Okanagan School District No.23* v. *Renaud*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 970 (onder titel "Nature and Extent of the Duty to Accommodate").

[1795] Ibidem. "The employer must establish that actual interference with the rights of other employees, which is not trivial but substantial, will result from the adoption of the accommodating measures."

[1796] Cf. *supra* nr. 577.

[1797] Zie hierover MCLACHLIN J. in Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.* (*Meiorin*), *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 38, met verrwijzing naar Canadian Human Rights Tribunal 1993, *Thwaites* v. *Canada* (*Armed Forces*), *Canadian Human Rights Reporter* 1993, D/259. Zie ook *http://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/1993/1993canlii342/1993canlii342.html*.

[1798] Canadian Human Rights Tribunal 7 juni 1993, Thwaites v. Canada (Armed Forces), Canadian Human Rights Reporter 1993, D/259, D/282 (onder titel "Distinction Between Direct Discrimination and Adverse Effect Discrimination"). Het was Justice MCLACHLIN die naar deze zaak verwees in de latere Meioin-case om aan te duiden dat er inhoudelijk bijna geen verschil bestond tussen de beoordelingswijzen voor directe en indirecte discriminatie. Zie Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U. (Meiorin), Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 38. (cf. infra nr. 613)

[1799] Zie de dissenting opinion van L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, Large v. Stratford (City), Supreme Court Reports 1995, afl. 3, 733, ov. 55-56. "Consequently, the appellants argue that the Board erred in law in considering the possibility of accommodation. While I believe such an argu-

preme Court zou overgaan tot het formuleren van een uniforme beoordelingswijze voor directe en indirecte discriminatie.

4. De Unified approach: Meiorin en Grismer-doctrine

(a) Afstand van de "bifurcated approach"

610. **Samensmelten van de beoordeling van directe en indirecte discriminatie.** Zoals hierboven reeds werd benadrukt, werd de verschillende test voor directe en indirecte discriminatie zowel in de literatuur[1800], als in enkele *dissenting opinions*[1801] voor het Canadese *Supreme Court* ernstig op de korrel genomen. Voornaamste kritiek was de vaststelling dat het onderscheid tussen de concepten van directe en indirecte discriminatie zodanig artificieel was dat een onderscheiden rechtvaardigingstoets niet kon worden volgehouden.[1802] Hoger werd inderdaad aangetoond dat het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in de meeste gevallen moeilijk te maken valt en dat een bepaalde maatregel, afhankelijk van de eraan verbonden "remedie", "sanctie" of vorm van rechtvaardiging, bewust kan worden worden geconstrueerd als een vorm van directe dan wel indirecte discriminatie.[1803] In Canada heeft men er om die reden sterk voor gepleit om de onderscheiden beoordeling van directe en indirecte discriminatie af te schaffen en de "*duty to accommodate*" te incorporeren in de reeds bestaande BFOR-analyse.[1804] Men was van oordeel dat de remedie of sanctie verbonden aan de vastgestelde discriminatie niet mocht afhangen van de vraag of er directe dan wel indirecte discriminatie wordt vastgesteld, maar wel van de werkelijke omstandigheden waarbinnen de discriminatie plaatsvond.[1805]

---

ment can be made on a narrow reading of Alberta Dairy Pool, I also believe that Alberta Dairy Pool can be read as permitting consideration of the possibility of accommodation in determining whether a restriction is reasonably necessary and thus qualifies as a BFOR. […] In my view, this effectively opens the door to the consideration of the possibility of accommodation in deciding whether a restriction constitutes a BFOR."

[1800] Zie reeds *supra* nr. 384, met verwijzing naar S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *l.c.*, 433-473 en A. MOLLOY, "Disability and the duty to accommodate", *l.c.*, 23-45.

[1801] Zie *supra* de onder nr. 384 en 604 reeds geciteerde *Dissenting Opinion* van L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 19 oktober 1995, *Large* v. *Stratford (City)*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 3, 733, ov. 55-56. Ook *Justice* DICKSON pleit in een *dissenting opinion* bij de zaak *Bhinder* voor een opname van de *duty to accommodate* in de BFOR-test: "*the Tribunal did not err in law in holding the bona fide occupational requirement 1) must be assessed in respect of the particular circumstances surrounding the individual complainant and (2) includes a duty to accommodate on the part of the employer.*" Zie Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Bhinder v. CN, Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 561, ov. 16.

[1802] Hierbij wordt eraan herinnerd dat het vage onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie ook werd bekritiseerd door Advocaat-Generaal VAN GERVEN in zijn conclusie in de zaak *Birds Eye Wall* voor het Hof van Justitie. Omdat het onderscheid in heel wat gevallen zo moeilijk te maken is vond VAN GERVEN het arbitrair om de mogelijkheid tot rechtvaardiging zoals die in het Europees geslachtsdiscriminatierecht was voorbehouden voor gevallen van directe discriminatie, afhankelijk te stellen van het direct of indirect karakter van het onderscheid. Zie reeds *supra* nr. 380 met verwijzing naar Advocaat-Generaal VAN GERVEN, Conclusie van 15 juli 1993 voor H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/ Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 13.

[1803] Cf. *supra* nr. 386 o.m. met verwijzing naar S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *l.c.*, 457. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak van de Nederlandse CGB, *supra* nr. 377, met verwijzing naar CGB Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*.

[1804] S. DAY en G. BRODSKY, "The Duty to accomodate: who will benefit?", *l.c.*, 460.

[1805] Ibidem.

Het debat omtrent de verschillende standaard ter beoordeling van directe en indirecte discriminatie in Canada heeft voortgeduurd tot de uitspraak van het Canadese *Supreme Court* in de zaak *Meiroin* in 1999.[1806] Het betrof een uitspraak omtrent een geval van indirecte geslachtsdiscriminatie in arbeidsverhoudingen waar het Hof het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie expliciet verliet. Dit gebeurde door de met directe en indirecte discriminatie overeenstemmende vormen van rechtvaardiging te integreren in één unieke test. Precies zoals het was gesuggereerd in de vroegere literatuur en *dissenting opinions*, koos het *Supreme Court* ervoor om de "*reasonable accommodation*"-beoordeling te verweven met de tot dan toe bestaande BFOR-analyse voor directe discriminatie.[1807]

(b) Meiorin: formulering van een nieuwe "unified approach"

(i) De aanloop: opheffen van het onderscheid directe en indirecte discriminatie

611. **Labour Abritration Board. Indirecte discriminatie.** De zaak *Meiorin* betrof meerbepaald een betwisting omtrent het ontslag van een vrouwelijke brandbestrijdster (Tawney Meiorin). Zij werd ontslaan nadat ze niet was geslaagd op een nieuw-geïntroduceerde fitheidstest die door de overheid, als werkgever, omwille van veiligheidsredenen werd opgelegd aan brandweerlui. De vraag rees of het opleggen van een dergelijke test er niet toe leidde dat vrouwen op onrechtmatige manier werden uitgesloten van het beroep van brandbestrijder. De *arbitrator* van het Labour Arbitration Board, die in zich in eerste aanleg over deze zaak kon uitspreken, besloot dat de opgelegde fitheidstest een disproportioneel effect had op de groep van vrouwen. Omdat de werkgever, in dit geval de overheid, niet kon bewijzen dat mevrouw Meiorin, door niet te slagen op de bewuste test, een daadwerkelijk gevaar betekende voor haarzelf, haar collega's en het publiek, was de *arbitrator* van mening dat de werkgever mevrouw *Meiorin* niet had "geaccommodeerd" *to the point of undue hardship*. De werkgever maakte zich dan ook schuldig aan indirecte discriminatie.[1808]

612. **Court of Appeal. Toepassing van de *BFOR*-test. Geen discriminatie.** De zaak belandde daarna voor het *Court of Appeal,* alwaar het oordeel van de *aribtrator* werd tegengesproken.[1809] Volgens het Court of Appeal was de fitheidstest *niet* discriminatoir, gezien zij door de werkgever werd ingevoerd met het oog op de veilige en efficiënte uitvoering van het werk en daarbovenop eveneens berustte op het individueel testen van de kandidaten op grond van de genoemde standaard. Het Court of Appeal verwierp daarbij impliciet het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie doordat zij in feite toepassing maakte van de *BFOR*-analyse op een duidelijk geval van indirecte discriminatie. Het Court of Appeal voegde aan haar uitspraak nog toe dat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg

[1806] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3.

[1807] Dit mag niet al te zeer verwonderen, nu de unanieme beslissing in de *Meiorin*-case werd geschreven door *Justice* MCLACHLIN. Hierbij wordt eraan herinnerd dat het ook MCLACHLIN was die in de zaak *Large v. Stratford (City)* instemde met L'HEUREUX-DUBÉ over een dergelijke samensmelting van de beoordeling van directe en indirecte discriminatie. Zie T. LEMMENS, *o.c.*, 265.

[1808] Labour Arbitration Board 1996, 58 *Labour Arbitration Cases* 1996*,* afl. 4, 159.

[1809] British Columbia Court of Appeal 1997, 37 *British Columbia Law Reports* 1997, afl. 3, 317.

eigenlijk leidde tot zgn. "*reverse discrimination*" doordat van vrouwen op die manier een lager niveau van fitheid zou worden gevraagd voor één en dezelfde functie.[1810]

613. ***Overruling* door het Supreme Court: een nieuwe test.** Na de uitspraak van het Court of Appeal, stelde de vakbond waarbij Mevrouw Meiorin was aangesloten, een vordering in bij het Supreme Court. Het arrest van het Court of Appeal werd uiteindelijk door het Supreme Court *overruled*. Desondanks volgde het *Supreme Court* wel de impliciete afwijzing van het verschil tussen directe en indirecte discriminatie die uit het arrest van het Court of appeal kon worden afgeleid. Volgens het *Supreme Court* was het weliswaar niet onmogelijk de zaak op te lossen aan de hand van de conventionele "*bifurcated analysis*" die tot dan toe gangbaar was. Toch voelde het Hof zich door de partijen uitgenodigd een *nieuwe* benadering te volgen die de "*threshold distinction*" tussen directe en indirecte discriminatie zou vermijden en het concept van *accommodation* zou integreren in de BFOR-test.[1811]

Net zoals daarvoor reeds was aangegeven in de literatuur en enkele belangrijke *dissenting opinions,* gaf het *Supreme Court* aan dat de conventionele "*bifurcated approach*" van rechtvaardiging te ingewikkeld en te artificeel was.[1812] In eerste instantie werd erkend dat er weinig gevallen zijn "*that can be so neathly characterized*" als een vorm van directe of indirecte discriminatie. De situatie waarbij een maatregel al dan niet bewust kan worden ingekleed als een vorm van directe of indirecte discriminatie, afhankelijk van het juridisch gevolg dat eraan is verbonden ("*in a way that fits the remedy*"[1813]), leidt ertoe dat "*form triumphs over substance and the broad purpose of the human rights statutes is unfulfilled*".[1814] Volgens het Hof zal de manier waarop een discriminatoire maatregel tot uiting komt, niets veranderen aan het effect van de maatregel, en is er dus ook geen reden om afhankelijk van de vorm een meer of minder verregaande bescherming te voorzien.[1815] In haar pleidooi voor de opname van de *duty to accommodate* in een uniforme BFOR-test, verwijst het Hof verder naar de hierboven reeds toegelichte opmerking dat er weinig verschil bestaat tussen de verplichting van de verweerder om in het geval van vermeende directe discriminatie, de mogelijkheid van "*reasonable alternatives*" na te gaan enerzijds en anderzijds de verplichting om in het geval van vermeende indirecte discrimi-

---

[1810] Het *Supreme Court* wees dit laatste standpunt met betrekking tot "reverse discrimination" in ieder geval reeds van de hand op grond van de redenering dat een alternatieve fitheidstest die ervoor kan zorgen dat vrouwen kunnen worden geïndentificeerd die in staat zijn om het werk in kwestie veilig en efficiënt te kunnen uitvoeren, niet noodzakelijk een discriminatie inhoudt van mannelijke kandidaten. Van "*reverse discrimination*" zou enkel sprake zijn indien een fitheidstest die minimumwaardes toepast voor alle brandweerlui niet toepasselijk zou zijn op mannelijke brandweerlui, louter en alleen omdat deze brandweerlui deel uitmaken van het mannelijk geslacht. Zie Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 81.

[1811] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 24. Zie ook T. LEMMENS, o.c., 266.

[1812] Zie voor een goed overzicht van de redenen die het *Supreme Court* leidde tot het opheffen van de *bifurcated approach,* J.A. SEINER, *l.c.*, 122-123.

[1813] Zie reeds *supra* nr. 386 , met verwijzing naar het *Meiorin*-arrest.

[1814] *Ibidem*, ov. 27-28.

[1815] *Ibidem*, ov. 31, met verwijzing naar o.m. M.C. CRANE, "Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the duty to accommodate, semantics or substance", *Canadian Labour and Employment Law Journal* 1996, afl. 4, 226-229.

natie "*individual accommodation*" te voorzien.[1816] Het onderzoek komt er in beide gevallen op neer dat de verweerder moet aantonen dat hij in geen enkele vorm van redelijke of praktische maatregelen had kunnen voorzien die de negatieve impact van de genomen maatregelen op het individu had kunnen verminderen.[1817]

(ii) De fomulering van een eenvormige toets voor directe en indirecte discriminatie

614. **Objectieven van het Hof.** Voor het Supreme Court was het, na de problemen te hebben vastgesteld die aan de tot dan toe gebruikte *bifurcated approach* waren verbonden, noodzakelijk om te streven naar een *unified approach* die geen onderscheid meer maakt in de rechtvaardigingstoets voor directe en indirecte discriminatie. Een dergelijke rechtvaardigingstoets houdt in de ogen van het Supreme Court aan de ene kant een verplichting in om, in de mate van het redelijk mogelijke in aanpassingen te voorzien met betrekking tot de karakteristieken van de individuele benadeelden. Een alternatieve rechtvaardigingsformule moet er aan de andere kant voor zorgen dat er op het discriminatieverbod enkel uitzonderingen worden toegestaan in de mate dat zij redelijk noodzakelijk zijn voor het bereiken van legitieme doelstellingen, eigen aan de sector waarbinnen de maatregelen worden genomen.[1818]

Om tegemoet te kunnen komen aan de hierbij genoemde doelstellingen formuleert het Supreme Court vervolgens de volgende toets voor alle vormen van discriminatie, directe of indirect. Het gaat om een drie-stapstest van inhoudelijke criteria die door de "werkgever" dienen te worden aangetoond, éénmaal de "werknemer" een *prima facie* geval van discriminatie heeft helpen vaststellen.[1819]

615. **Eerste stap: doelstelling.** In een eerste stap dient een "werkgever" (de *Meiorin*-case was inderdaad een zaak met betrekking tot arbeidsrelaties) aan te tonen dat de betwiste maatregel genomen werd met een doelstelling die redelijkerwijze verbonden is met de uitvoering van het werk. In deze fase van de test, dient de focus volgens het Hof te liggen op de "*general purpose*" van de litigieuze maatregel eerder dan op de geldigheid van de maatregel zelf. Indien de werkgever er niet in slaagt om een redelijk verband aan te tonen met de uitvoering van het werk, is er immers geen reden om de geldigheid van de standaard verder te onderzoeken. Indien de werkgever met andere woorden faalt op de eerste stap van de rechtvaardigingstoets, is er geen reden meer om de verdere stappen van de rechtvaardigingstoets uit te voeren.[1820]

[1816] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 37-38.

[1817] Zie de verwijzing van het Supreme Court naar de uitspraak van het Canadian Human Rights Tribunal in *Thwaites* v. *Canada.* Zie Canadian Human Rights Tribunal 7 juni 1993, *Thwaites v. Canada (Armed Forces)*, *Canadian Human Rights Reporter,* D/259, D/282. Cf. *supra* nr. 609. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 266.

[1818] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 50.

[1819] *Ibidem*, ov. 54-55.

[1820] *Ibidem*, ov. 57-59.

616. **Tweede stap: subjectieve toets.** In een tweede stap van de toets die het Supreme Court formuleerde in de *Meiorin*-case, moet worden nagegaan of de werkgever de betwiste maatregel heeft genomen "*in an honest and good faith belief*" dat de maatregel noodzakelijk was voor het nastreven van het legitieme werk-gerelateerde doel, zonder dat daarbij de intentie bestaat om te discrimineren tegen de persoon die werd benadeeld.[1821] Op dit punt verschuift de focus van de algemene doelstelling van de maatregel voor het eerst naar de geldigheid van de maatregel zelf. In deze stap van de rechtvaardigingstoets wordt de zogenaamde subjectieve component onderzocht die reeds aanwezig was in de *BFOR*-toets. Daarbij wordt nagegaan of de werkgever mogelijk discriminatoire intenties had met het invoeren van de maatregel, of met zijn maatregel minstens andere bedoelingen had dan redenen die zouden gerelateerd zijn aan de organisatie van het werk. Hieruit blijkt een ruime interpretatie van het begrip intentie. Niet alleen mag er geen sprake zijn van een wil om de vermeend gediscrimineerde partij te benadelen. Het moet eveneens blijken dat de werkgever daadwerkelijk geloofde dat de maatregel noodzakelijk was voor het te bereiken doel.

617. **Derde stap: noodzakelijkheid en *duty to accommodate*.** In een derde stap moet worden nagegaan of de maatregel redelijk noodzakelijk is om de genoemde legitieme doelstelling te bereiken. Om dit te kunnen aantonen moet de werkgever bewijzen dat het onmogelijk is om individuele werknemers met dezelfde karakteristieken als de eisende partij te "accommoderen" zonder daarbij voor de werkgever "*undue hardship*" te veroorzaken. De individuele "*skills, capabilities and potential contributions*" van de benadeelden dienen zo veel als mogelijk te worden gerespecteerd[1822] en dit in het kader van de "*unique capabilities and inherent worth and dignity*" van ieder individu.[1823] Relevante factoren die kunnen overwogen worden om na te gaan of "*undue hardship"* is aangetoond door de werkgever, zijn o.m. de financiële kost van de mogelijke accomodatiemethode en het vooruitzicht van substantiële inmenging in de rechten van andere "werknemers".[1824]

(iii) Evaluatie

618. **BFOR-test-"plus".** De in *Meiorin* ontwikkelde toets komt erop neer dat de werkgever de elementen dient aan te tonen die voordien eveneens deel uitmaakten van de BFOR-test (het zogenaamde subjectieve en objectieve element) en aanvullend hierbij aannemelijk dient te maken dat hij alles in het werk gesteld heeft om rekening te houden met de specifieke behoeften van individuele werknemers die door de betwiste maatregel worden geraakt.[1825] In tegenstelling tot de in de vroegere recht-

---

[1821] *Ibidem*, ov. 60.

[1822] *Ibidem*, ov. 64.

[1823] *Ibidem*, ov. 62.

[1824] Het Supreme Court haalt hierbij inspiratie uit haar eigen vroegere rechtspraak. Zie Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 63, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489, 520-521 en Supreme Court of Canada 24 september 1992, *Central Okanagan School District No.23* v. *Renaud*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 984 (zie reeds *supra* nr. 608).

[1825] M. SAMSON, "Le droit d'égalité dans l'accès aux biens et aux services: l'originalité des garantie offertes par la Charte québécoise", *Revue de droit universite de Sherbrooke* 2008, 456.

spraak ontwikkelde regeling waarbij de werkgever in een geval van indirecte discriminatie de verplichting tot accommodatie als "sanctie" of "remedie" op zich diende te nemen, maakt de vraag of de werkgever reeds aan deze verplichting tegemoet kwam nu deel uit van de rechtvaardigingstoets. Men kan grofweg zeggen dat in de nieuwe *unified approach*, de elementen van de beoordelingstoets voor directe discriminatie zoveel als mogelijk werden behouden en dat hieraan de elementen die gekoppeld waren aan de beoordeling van indirecte discriminatie werden toegevoegd.

Met de toevoeging van het concept "*reasonable accomodation*" in een uniforme test ter beoordeling van directe en indirecte discriminatie, heeft het Supreme Court niet bedoeld slechts de meer beperkte "accommodatie"-verplichting in te voeren die voorheen gebruikt werd in de beoordeling van indirecte discriminaties.[1826] In de plaats daarvan heeft men een meer gestructureerde analyse opgelegd van de bestaande alternatieven en standaarden die in het licht van de omstandigheden van iedere zaak werden genomen of hadden kunnen worden genomen.[1827] Zo worden in het *Meiorin*-arrest een aantal beoordelingscriteria opgenomen die de beoordelaar van het geschil moet helpen te beoordelen of de *duty to accommodate* in een concreet geval werd nageleefd. Er dient o.m. te worden nagegaan of de werkgever/dienstverlener alternatieve benaderingen heeft onderzocht die geen discriminatoir effect hebben, zoals een beoordeling aan de hand van een "*more individually sensitive standard*". Ook kan worden onderzocht in welke mate het nodig was om alle werknemers(/dienstenontvangers) te onderwerpen aan eenzelfde behandelling en kan de rechter nagaan of andere partijen, die verplicht waren om mee te zoeken naar alternatieve oplossingen, hun rol voldoende hebben vervuld.[1828] Daaruit blijkt dat de vroeger voor gevallen van indirecte discriminatie voorbehouden *reasonable accommodation-standard* is uitgegroeid van een individuele remedie naar een meer structurele beoordelingsfase die zich uitstrekt tot het globaal effect van de bestreden maatregel en de eventuele alternatieven die ervoor bestonden. Hierbij ligt grote nadruk op een individuele beoordeling van personen die willen deelnemen aan het (arbeids-)proces. Daarbij zal men zich niet alleen de vraag moeten stellen hoe er in een welbepaald geval aanpassingen kunnen worden gecreëerd voor een individuele persoon. Eveneens zal men zich moeten afvragen of de bestaande standaarden niet te zeer zijn gebaseerd op traditionele opvattingen rond normaliteit[1829] en eventueel moeten worden aangevuld met alternatieve standaarden die kunnen zorgen voor een duurzame en bredere participatie. Dat een dergelijke hou-

---

[1826] C. SHEPPARD, "Of forest fires and systemic discrimination: A review of British Columbia (Poblic Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U." , *l.c.*, 551; T. LEMMENS, *o.c.*, 269; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 277. Zie ook C. BARCLAY, *l.c.*, 181. Zij beweert dat uit de rechtspraak van het Canadese *Supreme Court* (evenals uit de rechtspraak van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof) niet blijkt dat de rechter institutioneel in staat is om via het opleggen van loutere accommodatie-verplichtingen een gehele reconstructie te bewerkstelligen van de blijvende ongelijkheden in de maatschappij.

[1827] Zie ook T. LEMMENS, o.c., 269: "When McLachin J. suggests that accommodation shoud be woven into the entire analysis of every form of discrimination, she does not refer to the limited form of accommodation referred to in the previous doctrine of adverse effect discrimination. She seems to refer to a more structural analysis which involves questioning the standards themselves, and investigation into various alternatives, in light of the circumstances and context of each case."

[1828] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 65.

[1829] T. LEMMENS, *o.c.*, 272.

ding ten opzichte van standaarden die zijn gebaseerd op beschermde discriminatiegronden niet enkel wenselijk is in de arbeidssfeer, maar ook past in het ruimere gebied van dienstverlening aan het publiek, zou snel blijken uit de rechtspraak van het Supreme Court in de zaak *Grismer.* In deze verderop besproken zaak maakte het Hof duidelijk dat de vernieuwde opvattingen in de beoordeling van discriminatie in arbeidsrelaties, ook buiten dit domein ingang konden vinden.

(iv) Vergelijking met de open rechtvaardigingsformule uit de artikel 19-Richtlijnen

619. **Vergelijking van de toetsingselementen.** De eenvormige rechtvaardigingsformule voor directe en indirecte discriminatie uit het Meiorin-oordeel komt inhoudelijk in grote mate overeen met de open rechtvaardigingsformule die in de artikel 19-Richtlijnen voornamelijk voor indirecte discriminatie wordt gebruikt.[1830] In alle stappen van de Meiroin-toets zijn elementen waarneembaar die ook voorkomen in de open rechtvaardigingsformule zoals die is afgeleid uit de *Bilka*-rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

620. **Legitimiteit en geschiktheid.** Zo is de eerste stap van de nieuwe rechtvaardigingstoets in *Meiorin* sterk vergelijkbaar met de eerste stap van de open rechtvaardigingsformule uit de artikel 19-Richtlijnen. Ook in deze laatste rechtvaardigingstoets faalt een rechtvaardiging van de litigieuze maatregel indien de verweerder geen legitieme doelstelling kan aanwijzen. In de eerste stap die wordt voorgesteld door het Canadese *Supreme Court* wordt aanvullend wel onderzocht of de doelstelling inhoudelijk ook verbonden is aan “de uitvoering van het werk”. Deze bijkomende inhoudelijke toets komt nochtans overeen met de tweede stap van de open rechtvaardigingsformule in de artikel 19-Richtlijnen: de zogenaamde geschiktheidstest. Deze geschiktheidstest houdt in dat men nagaat of de gebruikte middelen geschikt zijn om de te bereiken doelstelling te verwezenlijken en dient op zich niet ter beoordeling van de legitieme doelstelling. Dat een dergelijk geschiktheidsoordeel ook is opgenomen in de eerste stap van de rechtvaardigingstoets in *Meiorin*, blijkt duidelijk uit latere oordelen van het Supreme Court waarin de *Merioin*-test werd geherdefinieerd naar niet-arbeidsgerelateerde discriminatievorderingen. Zo verklaart het Hof bv. in *Via Rail,* (een zaak omtrent de toegang voor gehandicapten tot het treinvervoer) dat “*it must* [*be*] *assess*[*ed*] *whether the obstacle is related to a legitimate purpose*”. Er dient onder de *Meiorin*-toets dus wel degelijk een relatie te worden aangetoond tussen de gebruikte middelen en het vooropgeschoven legitieme doel. Het beschermingsniveau dat wordt gehaald in de eerste stap van de *Meiorin*-toets kan bijgevolg in grote mate worden gelijkgesteld met de eerste en tweede stap van de open rechtvaardigingsformule in de artikel 19-Richtlijnen.

621. **“Werkelijke” behoefte van de onderneming en irrelevantie van intentie.** Op het eerste gezicht lijkt een subjectieve toets zoals die wordt uitgevoerd onder de tweede stap van de Meiorin-toets (is de maatregel genomen in een *good faith believe* dat de maatregel noodzakelijk was voor het nastreven van het legitieme werk-gerelateerde doel?) niet voorhanden te zijn in de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen. Nu is het wel zo dat het beschermingssysteem van de artikel 19-

[1830] Voor een beschrijving van deze door het arrest *Bilka* van het Hof van Justitie geïnspireerde toets, cf. *supra* nrs. 550 e.v.

Richtlijnen sowieso reeds ongevoelig is voor de al dan niet aanwezigheid van een intentie tot discriminatie.[1831] Bovendien schuilt in de open rechtvaardigingsformule zoals die oorspronkelijk werd geformuleerd in de *Bilka*-zaak (waar de rechtvaardigingsformule uit de Richtlijnen op is gebaseed), een expliciete uitnodiging voor de nationale rechter om de waarachtigheid na te gaan van de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd. Zoals bleek uit de *Bilka*-rechtspraak, dient de verweerder in de eerste plaats aan te tonen dat de litigieuze, vermeend discriminatoire handeling voldoet aan de *werkelijke behoefte* van de onderneming.[1832] Net zoals de tweede stap van de *Meiorin*-toets zal ook het onderzoek naar de werkelijke behoefte van de onderneming erop gericht zijn na te gaan of er geen discriminatoire bedoelingen ten grondslag lagen aan de litigieuze bepalingen. Indien dit inderdaad het geval is, wordt de rest van de rechtvaardigingstoets in feite overbodig. Er kan dan ook worden geconcludeerd dat de tweede stap van de Meiorin-toets in meer of mindere mate aanwezig is in de legitimiteitstoets die wordt teruggevonden in de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen.

622. **Noodzakelijkheidstoets.** De derde stap van de Meiorin-toets (de vraag of een maatregel redelijk noodzakelijk is om de genoemde legitieme doelstelling te bereiken) komt inhoudelijk sterk overeen met de zogenaamde noodzakelijkheidstoets uit de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen.[1833] Aan de hand van de Europese noodzakelijkheidstoets kan eveneens worden onderzocht of er eventuele minder belemmerende maatregelen voorhanden waren die met het doel evenzeer hadden kunnen worden bereikt.[1834] Enig inhoudelijk verschil met de derde stap uit de Meiorin-toets is dat deze noodzakelijkheidstoets niet expliciet wordt toegespitst op maatregelen van accommodatie, of zogenaamde redelijke aanpassingen. Het concept van redelijke aanpassingen is wel bekend in de artikel 19-Richtlijnen. Zoals verderop uitgebreid zal worden toegelicht, wordt in de Kaderrichtlijn arbeid en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid een verplichting ingeschreven tot het nemen van redelijke aanpassingen. In tegenstelling tot het geval is onder het Canadese (en ook het Zuid-Afrikaanse)[1835] beschermingssysteem, wordt deze plicht tot redelijke aanpassingen slechts geëxpliciteerd voor één welbepaalde discriminatiegrond, te weten handicap. Door de algemene geldingskracht van de *Meiorin*-toets, laat de in de Canadese rechtspraak geformuleerde verplichting tot

---

[1831] Cf. *supra* nrs. 358-359, met verwijzing naar H.v.J. 11 maart 1991, *Worringham en Humphreys/Lloyds Bank Limited*, 69/80, *Jur.* 1980, 767, ov.23-24 en H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 24.

[1832] H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36.

[1833] Cf. *supra* nrs. 561-562.

[1834] Zie bv. (reeds voorafgaand aan de artikel 19-Richtlijnen) H.v.J. 30 mei 1989, *Alluél/Università degli studi di Venezia*, 33/88, *Jur.* 1989, 1591, ov. 15 en 16; H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello/België,* C-148/02, *Jur.* 2003, I-1613, ov. 42; H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29; H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 38; H.v.J. 10 maart 2005, *Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados*, C-196/02, *Jur.* 2005, I-1789, ov. 48.

[1835] Cf. *infra* nr. 742, met verwijzing naar *section* 7 (e) *juncto* 8 van de *PEPUDA*.

redelijke aanpassingen (*duty to accommodate*) zich echter eveneens toepassen op de andere beschermde discriminatiegronden.[1836]

(c) Grismer: toepassing van de unified approach buiten arbeidsrelaties

623. **Uitbreiding naar dienstverlening aan het publiek.** De benadering die werd gekozen in *Meiorin*, een geschil betreffende discriminatie in arbeidsrelaties, zou door het *Supreme Court* snel worden gevolgd met betrekking tot niet-arbeidsgerelateerde zaken. Dit kon reeds worden afgeleid uit de bewoordingen van het *Meiroin*-arrest, waar het Hof in algemene termen sprak over "*the desirability of now simplifying the guidelines that structure the interpetation of human rights legislation in Canada.*"[1837]

Kort na de uitspraak in de zaak *Meiorin* volgde het eerste arrest van het Supreme Court waarbij de eenvormige rechtvaardigingstest (voor directe en indirecte discriminatie) werd toegepast op een zaak betreffende het leveren van diensten aan het publiek. Dit gebeurde in de zaak *Grismer* voor het Supreme Court, waarbij het Hof diende te oordelen over een geval van *prima facie* directe discriminatie op grond van handicap.[1838]

> Aan de Heer Grismer, die als gevolg van een beroerte leed aan een oogafwijking (een gebrek aan perifeer zicht veroorzaakt door "H.H." of "Homonieme Hemianopsie"), werd een rijbewijs geweigerd door de *British Columbia Motor Vehicle Branch* (een overheidsagentschap van de Provincie *British Columbia*, dat instaat voor het uitreiken van rijbewijzen). Terry Grismer diende verschillende verzoeken in om opnieuw een rijbewijs te krijgen. Ondertussen bleef hij voor zijn werk rijden op private wegen (waar geen rijbewijs nodig was) en kondigde hij aan te blijven rijden op publieke wegen, zonder noemenswaardige inspanningen van het overheidsagentschap of de politie om hem dat te verhinderen. Tijdens deze periode was hij betrokken in twee kleine ongevallen die evenwel niet werden veroorzaakt door zijn gezichtsvelddefect. Hij slaagde ook op een standaard gezichtstest en rijtest en door de rij-examinator werd geoordeeld dat hij zijn gebrek aan perifeer zicht tijdens het rijden goed kon compenseren. Desalniettemin bleef het *Motor Vehicle Branch* het rijbewijs weigeren. Deze weigering was gegrond op het niet voldoen aan de verkeersveiligheidsstandaarden van de *British Columbia Superintendent of Motor Vehicles.* Deze standaarden vereisten een minimumgraad van perifeer zicht, zonder dat voor personen met H.H. bijzondere uitzonderingen of een meer geïndividualiseerde beoordeling waren voorzien. Het halen van een rijbewijs was voor personen met H.H. dus onmogelijk.

Volgens de *British Columbia Council of Human Rights,* hierin achteraf gesteund door het *British Columbia Supreme Court* was er in dit geval sprake van directe discriminatie in de zin van de *British Columbia Human Rights Act*. Hoofdreden was dat de *Superintendent* niet had aangetoond dat het in-

---

[1836] Cf. *infra* nr. 742, met verwijzing naar de Canadese rechtspraak die de plicht tot redelijke aanpassingen naast gevallen van discriminatie op grond van handicap ook aanwendde voor de discriminatiegronden religie, geslacht, zwangerschap en leeftijd.

[1837] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 25. Zie ook T. LEMMENS, o.c., 268.

[1838] Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868.

flexibel gebruik van de gezichtsstandaarden, zonder daarbij een meer geïndividualiseerde beoordeling toe te passen, "redelijk noodzakelijk" was. Deze beslissing, die nog werd genomen in de periode voorafgaand aan de uitspraak van het Canadese Supreme Court in *Meiorin*, werd *overruled* door het Court of Appeal. De zaak belandde uiteindelijk voor het Hoogste gerechtshof dat de gelegenheid kreeg om de door haar ontwikkelde test voor discriminatie in arbeidsrelaties in meer algemene bewoordingen te herformuleren naar de feiten in de zaak Grismer.

624. **Een aangepaste rechtvaardigingstoets voor dienstverlening.** Net zoals in *Meiorin,* koos het Supreme Court in de zaak *Grismer* voor een drie-stapstest die het objectief en subjectief element uit de *BFOR*-test combineert met het criterium van *reasonable* accommodation:

> In een **eerste stap** gaat men na of de "standard [is adopted] for a purpose or goal that is rationally connected to the function being performed";
>
> In een **tweede stap** wordt beoordeeld of "the standard [is adopted] in good faith, in the belief that it is necessary for the fulfillment of the purpose or goal";
>
> In een **derde stap** gaat men na of "the standard is reasonably necessary to accomplish its purpose or goal, in the sense that the defendant cannot accommodate persons with the characteristics of the claimant without incurring undue hardship."[1839]

625. **Toepassing op de feiten.** De vraag rees in feite of de Heer Grismer gediscrimineerd was omwille van het feit dat voor hem geen *accommodation* (aanpassingen) konden worden gemaakt in die zin dat hij niet aan een individuele beoordeling was onderworpen.

Het Hof verklaart dat

> *"Failure to accommodate may be established by evidence of arbitrariness in setting the standard, by an unreasonable refusal to provide individual assessment, or perhaps in some other way. The ultimate issue is whether the employer or service provider has shown that it provides accommodation to the point of undue hardship".*[1840]

Hiermee past het Hof de daarvoor bestaande standaard voor gevallen van indirecte discriminatie wederom toe op een geval van directe discriminatie, waardoor het onderscheid tussen deze twee vormen ook in het leveren van diensten irrelevant wordt.

> *"Employers and others governed by human rights legislation are now required in all cases to accommodate the characteristics of affected groups within their standards. […] While the Meio-*

[1839] *Ibidem*, ov. 20.

[1840] *Ibidem*, ov. 22.

rin test was developed in the employment context, it applies to all claims for discrimination under the B.C. Human Rights Code."[1841]

626. **Concrete beoordeling van *undue hardship.*** Het Canadese *Supreme Court* besteedde in de *Grismer*-case verruimde aandacht aan de derde stap van de test, waarbij de verweerder dient aan te tonen dat het hem onmogelijk was om in aanpassingen te voorzien. Het wordt duidelijk dat ook op het domein van het leveren van diensten de *duty to accommodate* niet absoluut of ongelimiteerd is. Deze verplichting vindt, net zoals het geval is voor arbeidsrelaties, haar grens in de "*undue hardship*"-norm die stelt dat (ook in het leveren van diensten) geen onredelijk of onuitvoerbare maatregelen kunnen worden verlangd. Zoals *Justice* ABELLA het later zou verwoorden in de zaak *Via Rail*, (een zaak met betrekking tot de fysieke toegang van gehandicapten tot treinstellen) voor het *Supreme Court*:

"the point of undue hardship is reached when reasonable means of accommodation are exhausted and only unreasonable or impracticable options for accommmodation remain."[1842]

MCLACHLIN J., die net zoals in *Meiorin* het unanimiteitsoordeel in *Grismer* schreef, geeft aan dat het vereiste bewijs dat *reasonable accommodation* in de gegeven omstandigheden niet mogelijk was, op twee manieren kan worden gegeven.

Ten eerste is het bewijs van de onmogelijkheid van accommodatie mogelijk door aan te tonen dat niemand die zich in dezelfde situatie bevindt als de betrokkene (*in casu* personen met een gelijkaardige gezichtsbeperking als de heer Grismer) ooit zou kunnen tegemoetkomen aan de betrokken doelstelling (*in casu* het veilig deelnemen aan het wegverkeer). Er dient met andere woorden te worden bewezen dat eventuele aanpassingen totaal onverenigbaar zouden zijn met de nagestreefde doelstelling. Indien blijkt dat de aanpassingen inderdaad niet te verenigen zijn met de betrokken doelstelling, is voldaan aan de toets en is er geen sprake van discriminatie. *In casu* was dit echter niet het geval. Het Hof stelde op grond van het aangebrachte bewijs dat personen met gelijkaardige gezichtsbeperkingen in andere landen wél worden toegelaten tot het wegverkeer. In het toepassen van de "*reasonable accomodation*"-standaard blijkt het Supreme Court dus rekening te houden met vergelijkbare "dienstverleners" in de "sector".[1843]

Een tweede manier waarop de onmogelijkheid van accommodatie kan worden bewezen bestaat erin aan te tonen dat het onmogelijk is om individuele testen[1844] uit te voeren op de geschiktheid van personen (met een bepaalde gezichtsbeperking) om de vooropgestelde doelstel-

---

[1841] *Ibidem,* ov. 19.

[1842] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 129.

[1843] Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 32-38.

[1844] Ibidem, ov. 39. "The evidence […] suggested that some testing for the ability to compensate for loss of peripheral vision could be done in a laboratory. Mr. Grismer's optometrist testified that he allowed Mr. Grismer to use prism glasses and move his eyes around during testing, in order to get a better indication of Mr. Grismer's actual ability to compensate for his disability."

ling te bereiken (*in casu* het veilig deelnemen aan het wegverkeer en het garanderen van de veiligheid van andere chauffeurs), zonder daarbij een niveau van *undue hardship* te bereiken.[1845]

627. **De kost van individuele beoordeling**. De redelijkheidstoets wordt in dit laatste geval dus toegespitst op de mogelijkheid tot individuele beoordeling van de benadeelde. *In casu* beweerde de dienstverlener dat er simpelweg geen methodes bestonden om individueel te beoordelen of personen met een vergelijkbare gezichtsbeperking als de benadeelde op een veilige manier aan het wegverkeer zouden kunnen deelnemen. Op basis van het bijgebrachte bewijs kon het *Supreme Court* echter vaststellen dat dergelijke testen wél bestonden. Daarnaast werd door de dienstverlener beweerd dat zelfs indien er een test zou bestaan, de uitvoering ervan zodanig "duur" en ook "gevaarlijk" zou zijn, dat het gebruik ervan "undue hardship" zou uitmaken. De verweerder brengt hier in feite een kostenargument bij, dat door het Supreme Court zeer streng wordt beoordeeld. MCLACHLIN J. verwoordt de stringente positie van het Supreme Court tegenover dergelijke argumenten als volgt:

> *"While in some circumstances excessive cost may justify a refusal to accommodate those with disabilites, one must be wary of putting too low a value on accommodating the disabled. It is all too easy to cite increased cost as a reason for refusing to accord the disabled equal treatment. […] I do not assert that cost is always irrelevant to accommodation. I do assert, however, that impressionistic evidence of increased expense will not generally suffice."*[1846]

Het Hof oordeelt dus dat indien de verweerder de onmogelijkheid van *accommodation* wil aantonen aan de hand van het argument dat dergelijke maatregelen te duur zijn, het bijgebrachte bewijs niet "impressionistisch" mag zijn. Dat wil zeggen dat het bewijs niet steunt op subjectieve indrukken maar wel op wetenschappelijk onderbouwd onderzoek of voorspellingen omtrent de te verwachten kosten.

628. **Aanvaardbaarheid van "kosten"-argumenten.** Hoe streng het *Supreme Court* hier ook omgaat met zogenaamde "kostenargumenten", toch blijken dergelijke argumenten in de toepassingssfeer van het leveren van diensten *aanvaardbaar* als bewijs van de onredelijkheid of onmogelijkheid van aangepaste maatregelen. Sterker nog, het gebruik van kostenargumenten is inherent verbonden aan het bewijs dat *accommodation*, gegeven de omstandigheden, redelijkerwijze niet haalbaar is. Zoals het *Supreme Court* het later uitdrukt in de zaak *Via Rail*:

> *"[…] almost every accommodation can be evaluated in terms of cost […]. Consequently, in almost every case, the remaining constraint to the removal of an obstacle will be the cost involved. […] The consideration of cost in human rights case law is well established."*[1847]

[1845] *Ibidem*, ov. 32-33.

[1846] *Ibidem*, ov. 41.

[1847] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, *Council of Canadians with Disabilies* v. *VIA Rail Canada*, *Supreme Court Reports* 2007, 650, ov. 309, met verwijzing naar *Justice* MCLACHLIN die in *Meiorin* inderdaad toegaf dat de financiële kost verbonden aan de accomodatie een relevante factor is (Supreme Court of Canada 9 september

Dit is op zich een belangrijke conclusie die het idee in stand houdt dat in contractuele relaties tot op zekere hoogte veralgemeende kwalificaties moeten kunnen worden gehanteerd indien daarvoor bewijs bestaat van economische noodzaak.[1848] Een dergelijke conclusie kan bijdragen tot het aanvaarden van argumenten van kostenefficiëntie in de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen. Een dergelijke argumentatie zou zijn plaats kunnen vinden in de beoordeling van de hoger besproken noodzakelijkheidstoets waarbij de verweerder dient aan te tonen dat het redelijkerwijze onmogelijk was om minder belemmerende maatregelen te nemen. Indien blijkt dat minder belemmerende maatregelen hadden kunnen bestaan in een meer geïndividualiseerde beoordeling van de benadeelden, zouden argumenten waaruit blijkt dat een dergelijke beoordeling leidt tot excessieve kosten voldoende kunnen zijn om een rechtvaardiging te doen slagen.

5. Conclusies: Mogelijke gevolgen van de "unified approach" voor verzekeringsrelaties

629. **Overzicht.** Met de uitspraak van het Supreme Court in de zaak *Grismer* wordt de in de zaak *Meiorin* geformuleerde test voor arbeidsrelaties onverkort toegepast op het domein van het leveren van diensten. Hiermee wordt duidelijk dat de nieuwe *unified approach* in Canada gevolgens heeft voor verzekeringsrelaties. Hieronder zal worden nagegaan op welke manier de drie-stapstest uit *Meiroin* en *Grismer* gestalte kan krijgen in de beoordeling van *prima facie* discriminerende handelingen in verzekeringsrelaties (*a*). Onder (*b*) zal worden ingezoomd op de hogere bewijslaststandaarden waarmee verzekeraars in discriminatiegeschillen kunnen worden geconfronteerd. Onder (c) en (d) wordt aandacht besteed aan de mate waarin de *duty to accommodate* een mogelijkheid in zich houdt om de verzekeraar te verplichten tot een meer individuele risico-beoordeling en wordt nagegaan in welke mate de verzekeraar hierbij kan terugvallen op eventuele kostenargumenten.

(a) Vertaling van Meiorin en Grismer naar verzekeringsrelaties

630. **Toepassing van de 3-staptstest en afhankelijkheid van de Human rights Codes.** Ook verzekeraars moeten rekening houden met de in *Meiorin* en *Grismer* ontwikkelde 3-stapstest. Dat wil zeggen dat de eerder ontwikkelde test voor de beoordeling van directe discriminatie in de hoger besproken *Zurich*-case, slechts onder een aangepaste vorm kan blijven voortbestaan en eveneens een belangrijk deel van haar precedentwaarde verliest.[1849] Hieronder wordt aangegeven op welke manier de genoemde 3-stapstest precies kan worden vertaald naar verzekeringsrelaties. (*i)* Ook wordt ingegaan

---

1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 63) en verder naar de hoger besproken opsomming van *Justice* WILSON in Supreme Court of Canada 13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489, 520-521, die "*financial cost*" als een eerste belangrijke factor beschouwt voor de beoordeling van "*undue hardship*" (cf. *supra* nr. 608. Zie ook *infra* nr. 719). Zie ook de verwijzing van het Supreme Court naar de uitspraak in Supreme Court of Canada 23 juni 1994, *Commission scolaire régionale de Chambly* v. *Bergevin*, *Supreme Court Reports* 1994, afl. 2, 525, 546. (onder de titel "*Reasonable Accommodation and the Basis for such a Requirement*")

[1848] Zie T. LEMMENS, *o.c.*, 271, die erop wijst dat het Supreme Court daarbij verder gaat dan bv. S. DAY en G. BRODSKY die de machtsrelaties in een competitieve marktomgeving fundamenteel in vraag stellen vanwege de fundamentele hinder die deze opwerpen aan "*true accommodation*".

[1849] T. LEMMENS, *o.c.*, 280 en 327. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 283.

op recente rechtspraak van het Supreme Court waaruit zou blijken dat de mate waarin op de vernieuwde beoordelingswijze kan worden beroep gedaan in verzekeringsrelaties, afhankelijk kan zijn van de tekst van de *Human Rights Codes.* (*ii*)

(i) Drie-stapsbeoordeling

631. ***Rational connection*** **en** ***good faith.*** LEMMENS suggereert dat verzekeraars over het algemeen weinig problemen zullen ondervinden om de eerste en tweede stap van de eenvormige rechtvaardigingsgtoets te doorstaan wanneer hun segmentatiebeleid wordt getoetst aan het gelijkheidsbeginsel.[1850] De eerste en tweede stap komen zoals gezegd voor een groot stuk overeen met het objectief, respectievelijk subjectief element van de *BFOR*-analyse.[1851] Voor de invulling van deze twee stappen van de rechtvaardigingstoets in verzekeringsrelaties kan nuttig gebruik worden gemaakt van de interpretatie of vertaling die het *Supreme Court* gaf aan het *reasonable and bona fide*-vereiste uit de *Ontario Human Rights Code*, zoals dat in de Zürich-case werd toegepast in verzekeringsrelaties.

Zo zal het gebruik van statistische informatie die een verband aantoont tussen een beschermd persoonkenmerk en het te verzekeren risico in de meeste gevallen "*rationally connected*" zijn met "*the goal of charging premiums that are commensurate with risk*."[1852] Verzekeraars zullen in het voeren van een segmentatiebeleid meestal ook wel een vorm van "*business interest*", zoals het gezond financieel beheer of het instandhouden van de verzekeringsportefeuille kunnen aantonen die zij met dit beleid nastreven. In tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie, schijnt het Canadese Supreme Court geen grote bezwaren te hebben tegen het gebruik van economisch-budgettaire overwegingen als een legitieme rechtvaardigingsgrond voor vermeende vormen van discriminatie.[1853]

Verzekeraars zullen er ook niet in *"bad faith"* naar streven om een specifiek individu uit te sluiten omwille van redenen die niets van doen hebben met het optimalizeren van de winstgevendheid van de verzekeringsportefeuille.[1854]

632. ***Reasonable necessity.*** De moeilijkste horde voor de verzekeraar is dus de derde stap van de test: de vraag of het segmentatiebeleid in kwestie "*reasonably necessary*" is en de vraag of het niet mogelijk is om zonder "*undue hardship*" aanpassingen te voorzien voor de kandidaat-verzekerden (en met hen vergelijkbare benadeelden).[1855] Door de explicitering van een derde stap in de rechtvaardigingstoets, die een uitgebreide "*reasonable accommodation*"-toets toepast op alle vormen van dis-

---

[1850] T. LEMMENS, *o.c.*, 280 en 327-328.

[1851] Cf. *supra* nrs. 615-616.

[1852] T. LEMMENS, *o.c.*, 278.

[1853] Hierbij moet wel worden toegegeven dat het Hof van Justitie in het geval van verzekeringsrelaties toch oren heeft naar argumenten die verband houden met het behoud van het financieel evenwicht als rechtvaardigingsgrond. Cf. *supra* nr. 558, met verwijzing naar H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-58.

[1854] Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 276.

[1855] T. LEMMENS, *o.c.*, 328; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 276.

criminatie, krijgt de Canadese rechtspraak een relatief verregaande beoordelingsruimte omtrent de middelen waarmee "*economic necessity*" wordt nagestreefd. De rechter kan zich eveneens uitspreken over de middelen die niet werden gebruikt maar die wel hadden kunnen leiden tot een minder verregaande belemmering van de benadeelden, gegeven de concrete omstandigheden.

(ii) Afhankelijkheid van de tekst van de Human Rights Codes.

633. ***New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash.*** **Aparte beoordelingswijze voor pensioenplannen?** Uit recente rechtspraak van het Supreme Court blijkt dat een volwaardig beroep op de *Meiorin*-test in het kader van verzekeringsrelaties (en meerbepaald in bedrijfspensioenen) afhankelijk kan zijn van de formulering van het discriminatieverbod in de *Provincial Human Rights Codes*. In een recente beslissing van het Supreme Court in *New Brunswick (Human Rights Commission)* v. *Potash Corporation* werd een beroep op de Meiorin-test omwille van een uitzonderingsbepaling in de *New Brunswick Human Rights Code* verworpen door (een nipte meerderheid van de rechters van) het Supreme Court.[1856] Uit *section* 3(6)(a) van deze *Code* blijkt dat het verbod van leeftijdsdiscriminatie niet van toepassing is wanneer een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd als gevolg van de bepalingen van een *bona fide* pensioenplan.[1857] Op grond van de meerderheidsbeslissing van het Supreme Court werd voor dit specifieke geval een alternatieve beoordelingswijze aanvaard.

634. **Toepassing van *Meiorin*?** De zaak *New Brunswick Human Rights Commission* v. *Potash* betrof een geschil waarbij de Heer Scott, een man van 65, verplicht op pensioen diende te gaan omwille van de verplichte voorwaarden die waren verbonden aan het (aanvullend) pensioenplan van zijn werkgever. Volgens Scott was er sprake van discriminatie op grond van leeftijd in de zin van *section* 3 van de *New Brunswick Human Rights Code.* Volgens de *New Brunswick Human Rights Commission* dient voor de beoordeling van het begrip *bona fide* pensioenplan beroep te worden gedaan op de *Meiorin*-test ontwikkeld door het Supreme Court en verder ontwikkeld in de hierboven besproken *Grismer*-test.[1858] De *Human Rights Commission* is van oordeel dat de werkgever moet aantonen dat[1859]

[1856] Supreme Court of Canada 18 juli 2008, *New Brunswick (Human Rights Commission)* v. *Potash Corporation of Saskatchewan*, *Supreme Court Reports* 2008, afl. 2, 604, ov. 26, 33 en 42. Zie ook THE COURT (blog archive), "The place of human rights legislation: New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan", *http://www.thecourt.ca/2008/07/23/the-place-of-human-rights-legislation-new-brunswick-human-rights-commission-v-potash-corporation-of-saskatchewan-inc/* 23 juli 2008; HEENAN BLAIKIE LAW FIRM, "The Supreme Court of Canada releases Potash Decision", *Labour and employment in the news* juli 2008, *http://www.heenan.ca/en/publications/item;jsessionid=9567258030551DB5D1218D313BC4B169?id=1163* 22 juli 2008. Zie voor een bespreking van de aan de uitspraak van het Supreme Court voorafgaande procedure, L. GREIG en A. GUINDON, "Expert's Commentary", *Lancaster's Pension & Benefit Law E-Bulletin* 10 november 2006, afl. 46, http://www.lancasterhouse.com/services/pb/pb-e-bulletin.asp.

[1857] New Brunswick Human Rights Code, Revised Statutes of New Brunswick 1973, C. H-11, zie *http://www.gnb.ca/0062/PDF-acts/h-11.pdf*.

[1858] Supreme Court of Canada 18 juli 2008, New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan, Supreme Court Reports 2008, afl. 2, 604, ov. 14.

[1859] *Ibidem*, ov. 15.

- het verplicht pensioenbeleid op grond van leeftijd "*is rationally connected to the pension plan's effective operation or integrity*".[1860]
- dat het pensioenplan "*was adopted in good faith, in the belief that it was necessary to the fulfillment of that legitimate pension plan-related purpose or goal.*"[1861]
- en dat het verplicht pensioenbeleid is "*reasonably necessary to accomplish the chosen pension plan-related purpose or goal, in the sense that it is impossible to accommodate individual members like the complainant without imposing undue hardship upon the employer or plan administrator.*"[1862]

635. **Meerderheidsbeslissing: nadruk op *Bona Fide*-beoordeling.** De meerderheid van het Supreme Court gaat met de zienswijze van de *New Brunswick Human Rights Commission* niet akkoord. Volgens *Justice* ABELLA (voor de meerderheid) dient het Hof zich te houden aan de strikte tekst van *section* 3(6) van de *New Brunswick Human Rights Code*. Hierin wordt enkel bepaald dat een pensioenplan *bona fide* moet zijn.[1863] (dit in tegenstelling tot *section* 22 van de *Ontario Human Rights Code* dat vraagt dat onderscheid in verzekeringsrelaties moet gebaseerd zijn op "*reasonable and* bona fide *grounds*"). Uit het feit dat de term "*reasonable*" niet is opgenomen in *section* 3(6) van de *Code* leidt ABELLA af dat de wetgever van New Brunswick een specifieke bedoeling heeft gehad: voorkomen dat het pensioenplan *an sich* kan worden geëvalueerd en niet de specifieke "*actuarial details or mechanics of the terms and conditions of the plan*."[1864] Volgens ABELLA moet "*the overall bona fides of the plan*" worden onderzocht en niet "*its constituent components*".[1865] Daarom kan volgens haar worden volstaan met een eenvoudige analyse op grond van een objectief en een subjectief element. Het moet gaan om een "legitiem plan", dat te goeder trouw is aangenomen zonder de bedoeling om de beschermde rechten van werknemers te verwerpen.[1866] Het is klaarblijkelijk niet nodig, zoals in de derde stap van de *Meiorin*-test wordt gevraagd, om na te gaan of het pensioenplan redelijk noodzakelijk is voor de succesvolle werking van het plan.

[1860] Eerste stap van de *Meiorin*-test, "*rational connection*".

[1861] Tweede stap van de *Meiorin*-test, "*good faith*".

[1862] Derde stap van de *Meiorin*-test, "*reasonable necessity*".

[1863] Supreme Court of Canada 18 juli 2008, New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan, Supreme Court Reports 2008, afl. 2, 604, ov. 31.

[1864] *Ibidem*, ov. 33. Deze visie komt sterk overeen met de visie van het Hof van Justitie in de zaken *Neath* en *Coloroll* waarin het verklaarde dat de zogenaamde "financieringsmodaliteiten" van pensioenregelingen niet onder het geslachtsdiscriminatieverbod van artikel 141 E.G.-Verdrag vielen. Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath|Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 30; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees|James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 79. Hoger werd er eveneens op gewezen dat de keuze van het Hof om de financieringsmodaliteiten uit het toepassingsgebied van artikel 141 te sluiten, een *ad-hoc* oplossing is geweest, die erop gericht was geen oordeel te moeten vellen over de eigenlijke grond van de zaak, namelijk de geoorloofdheid van het gebruik van actuariële berekeningsfactoren in streefdoelregelingen. Cf. *supra* nr. 71.

[1865] Supreme Court of Canada 18 juli 2008, New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan, Supreme Court Reports 2008, afl. 2, 604, ov. 33.

[1866] Supreme Court of Canada 18 juli 2008, New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan, Supreme Court Reports 2008, afl. 2, 604, ov. 44.

636. **Minderheidsbeslissing: nadruk op *reasonable necessity.*** Het is van groot belang erop te wijzen dat de hierboven genoemde meerderheidsbeslissing, verdedigd door vier van de zeven rechters van het *Supreme* Court, fel werd bestreden door de minderheidsbeslissing, bestaande uit de drie andere rechters, waaronder ook *Chief Justice* MCLACHLIN. In haar *dissenting opinion* bij de *Potash*-case hekelt MCLACHLIN de puur-textuele interpretatie van haar mederechters. *Insofar as the majority suggests that it is simply reading the section as it is written, I respectfully beg to differ*".[1867]

MCLACHLIN wijst erop dat de mensenrechtenwetgeving in Canada op brede wijze moet geïnterpreteerd worden en dat de uitzonderingen op het verbod van discriminatie eng moeten worden geconstrueerd.[1868] Zij pleit er dan ook voor dat de Meiorin-test in haar geheel wordt toegepast, met inbegrip van de vraag of het verplicht pensioenvereiste redelijk noodzakelijk was voor de succesvolle werking en duurzaamheid van het pensioenplan.[1869]

MCLACHLIN voegt daar wel aan toe dat het feit dat in de *Code* wordt gewag gemaakt van het *bona fide*-karakter van het pensioenplan op zich, impliceert dat de rechtvaardiging niet dient te worden gevoerd met betrekking tot de situatie van de individuele werknemers, maar wel met betrekking tot het pensioenplan in zijn geheel.

> *"The term "bona fide" with its requirement of justification of limits on rights must be adapted to the group context and the realities of pension plans and their administration. Pension plans are premised on treating groups of people in similar fashion. An individual approach belies this premise."*[1870]

637. **Evaluatie.** De minderheidsbeslissing van het Supreme Court in *New Brunswick Human Rights Commission v. Potash* komt erop neer dat de *Meiorin*-test van toepassing dient te blijven, ook al doet een puur-textuele analyse van de bewoordingen gebruikt in de *Human Rights Codes* anders uitschijnen. De beoordeling van redelijke noodzakelijkheid en de al dan niet aanwezigheid van eventuele alternatieven blijft van groot belang. Enkel is het zo dat in de context van pensioenplannen, de beoordeling van deze alternatieven niet steeds mag rusten op individuele risico-beoordeling. Het valt af te wachten in welke mate deze visie verder kan doorsijpelen in de Canadese rechtspraak. Zoals verderop zal worden toegelicht, was er sinds de zaak *Meiorin* reeds een tendens ontstaan in de lagere rechtspraak om in de beoordeling van de zogenaamde *duty to accommodate* in verzekeringsrelaties in uitzonderlijke omstandigheden wél rekening te houden met de noodzaak van individuele risico-

---

[1867] Ibidem, ov. 58. Zie ook ov. 67, waar MCLACHLIN eraan herinnert dat het Supreme Court "has repeatedly stressed that it is inappropriate to rely solely on a strictly grammatical analysis, particularly with respect to the interpretation of legislation which is constitutional or quasi-constitutional in nature."

[1868] *Ibidem*, ov. 66, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 50; Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 339; Supreme Court of Canada 10 november 1988, *Brossard* v. *Québec*, *Supreme Court Reports* 1988, afl. 2, 279, 307.

[1869] *Ibidem*, ov. 46 en 78.

[1870] *Ibidem*, ov. 78.

beoordeling.[1871] Voorlopig is niet duidelijk of de meerderheids- én minderheidsoordelen van het Supreme Court in de zaak *New Brunswick (Human Rights Commission)* v. *Potash* een geïsoleerde betekenis behouden voor het gebruik van leeftijd in pensioenplannen of andere vormen van groepsverzekering, dan wel uitbreidbaar is naar individuele verzekeringsovereenkomsten (zoals hospitalisatie of motorrijtuigenverzekering) of naar het gebruik van andere beschermde persoonskenmerken (zoals geslacht of handicap).

(b) Verhoogde bewijsstandaarden voor de verzekeraar

638. **Geen impressionistisch bewijs.** Eén van de belangrijkste aspecten van de zaken *Meiorin* en *Grismer* is de verhoogde bewijslast die gekoppeld is aan de *duty to accommodate*. Steeds dient bewijs te worden geleverd voor de noodzaak van het gebruik van een discriminatoire standaard en de praktische onmogelijkheid (*undue hardship*) van het volgen van een minder discriminatoire benadering.[1872] Uit *Meirorin en Grismer* is eveneens gebleken dat geen genoegen kan worden genomen met bewijs dat steunt op subjectieve indrukken omtrent de lasten en kosten verbonden aan alternatieve maatregelen. Dat de rechtspraak zich ook in verzekeringsrelaties niet snel zal tevreden stellen met dergelijk impressionistisch bewijs bleek reeds uit de *dissenting opinion* van MCLACHLIN in de *Zurich*-case.[1873] In die zaak kwam zij tot de conlusie dat de afwezigheid van bewijs over mogelijke alternatieven niet mag worden verward met de afwezigheid van alternatieven en dat de verzekeraar niet kan volstaan met aan te tonen dat het "moeilijk" is om na te gaan of er redelijke alternatieve waren.[1874] Dat de rechtspraak na *Meiorin* een vergelijkbare houding wil aannemen blijkt bijvoorbeeld uit de hierna besproken *McAllister-Windsor*-case voor het Canadian Human Rights Tribunal.

639. ***McAllister-Windsor*: Effect op andere verzekeringnemers en economische levensvatbaarheid.** Eén van de eerste zaken waarbij de Canadese rechtspraak in verzekeringsrelaties gebruik kon maken van de in *Meirorin* en *Grismer* ontwikkelde rechtvaardigingstoets, was de zogenaamde *McAllis-*

[1871] Cf. *infra* nrs. 642 en 901, met verwijzing naar British Columbia Human Rights Tribunal 21 oktober 2004, *Fraser* v. *ING Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 2004, D/542, 163; British Columbia Human Rights Tribunal 21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43, ov. 62.

[1872] Zie in dezelfde zin, T. LEMMENS, *o.c.*, 280 en 327; zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 283.

[1873] T. LEMMENS, *o.c.*, 328-329.

[1874] Dat de rechtspraak geen rekening wil houden met "*impressionistic evidence*" hoeft niet te verbazen. Zo verklaarde MCLACHLIN in haar *dissenting opinion* bij de Zurich-case reeds dat de afwezigheid van statistisch bewijs, niet wil zeggen dat dergelijk bewijs niet bestaat. "*All it establishes is that we do not know whether viable alternative bases of risk evaluation exist.* […] *The bottom line in this case is that the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists, and, through its own failure to collect the required data, it has failed to meet this burden.*" Zie *supra* nr. 601, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 390. Zie ook *infra* nr. 892. Een identieke houding werd later aangenomen in de lagere rechtspraak (nog voorafgaand aan de *Meiroin*-case) in *J.* v. *London Life Insurance*, waar het British Columbia Human Rights Tribunal diende te oordelen over een zaak waarbij een man die getrouwd was met een sero-positieve vrouw, niet kon worden verzekerd, omdat er voor zijn specifieke situatie geen statistische gegevens beschikbaar waren om het risico waaraan hij was blootgesteld, te kunnen inschatten. Het Tribunal oordeelde als volgt: "*London Life relies upon the absence of evidence to justify its decision.* […] *In the absence of actuarial and statistical evidence establishing the risk of insuring him, London Life cannot defend its practice of refusal.*" Zie British Columbia Human Rights Tribunal 21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43, ov. 55. Zie voor een bredere toelichting bij deze zaak, *infra* nrs. 642 en 901. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 285-286.

ter-Windsor case waarbij Mevrouw McAllister-Windsor een klacht indiende bij het *Canadian Human Rights Tribunal* tegen *Human Resources Development Canada,* die de beheerder was van een door de overheid aangeboden arbeidsongeschiktheidsverzekering.[1875]

> *Human Resources Development Canada* hanteerde in dit verzekeringsplan een regel die bepaalde dat geen enkele verzekerde een uitkering kon genieten voor een periode langer dan dertig weken. Mevrouw McAllister-Windsor leed echter aan een permanente medische aandoening die haar verhinderde om het kind waarvan ze zwanger was, over de gehele zwangerschapsperiode te kunnen blijven dragen. Om die reden moest Mevrouw McAllister-Windsor gedurende haar hele zwangerschapsperiode het bed houden. Omdat zij verplicht was om reeds vóór de geboorte uitkeringen op te nemen, kon zij maar vijftien weken moederschapsverlof nemen na de bevalling en verloor zij een deel van haar *parental benefits* (een soort kindergeld).[1876] Het *Canadian Human Rights Tribunal* oordeelde dat er hier sprake was van (*prima facie*) discriminatie op grond van geslacht[1877] en handicap en ging vervolgens na of er een *bona fide* rechtvaardiging bestond voor deze benadeling.

Justice MACTAVISH, die moest oordelen over de zaak, maakte in haar analyse uitdrukkelijk gebruik van de *Meiorin*-test en integreerde aldus de "*duty to accommodate up to undue hardship*" in de rechtvaardigingstoets.[1878] MACTAVISH verwees eveneens naar de *Grismer*-case waar werd erkend dat de veiligheid van anderen een relevante overweging kán zijn in de beoordeling van de redelijkheid van maatregelen van *accommodation*. Hieruit kon door het Human Rights Tribunal worden afgeleid dat wanneer de *reasonable accommodation*-standaard wordt toegepast, rekening kan worden gehouden met de impact van eventuele alternatieve maatregelen op de bijdragen (premies) van andere verzekeringnemers of deelnemers aan het verzekeringsplan.[1879]

Daarna verwerpt het Tribunal nochtans de beweringen van de beheerder van het plan dat *accommodation* niet mogelijk zou zijn. Het bijgebrachte bewijs dat het inlassen van redelijke aanpassingen zou leiden tot premiestijgingen, voldeed niet aan de "*undue hardship*"-test. Bijkomend bewijs had moeten worden aangevoerd met betrekking tot de manier waarop andere personen die bijdroegen aan het verzekeringsplan precies zouden worden benadeeld door maatregelen van accommodatie. Ook had bewijs moeten worden geleverd met betrekking tot de vraag in welke mate het verzekeringsplan door

---

[1875] Zie Canadian Human Rights Tribunal 2001, McAllister-Windsor v. Canada (Human Resources Development), Canadian Human Rights Reporter 2001, D/48.

[1876] Ibidem.

[1877] Ibidem. Het Canadian Human Rights Tribunal bevond dat "the limits on the various types of special benefits are configured in such a way that, in reality, the only people who have access to special benefits limited by the operation of the anti-stacking rule are pregnant women who have claimed sickness benefits." Zie ook X., "Cap on Employment Insurance special benefits discriminatory", Human Rights Digest juni/juli 2001, www.cdn.-hr-reporter.ca/HRDigest-01-05.pdf, 4. Dit argument werd gemaakt naar aanleiding van de bewering van Human Resources Development Canada dat de betrokken regeling niet discriminatoir was omdat "no one – male or female, able-bodied or disabled – is able to collect more than 30 weeks of special benefits under the employment insurance plan."

[1878] Zie X. "Cap on Employment Insurance special benefits discriminatory", *l.c.*, 5; T. LEMMENS, *o.c.*, 278.

[1879] T. LEMMENS, *o.c.*, 279.

dergelijke maatregelen van accommodatie haar "economische levensvatbaarheid" zou verliezen.[1880] Nu dit bewijs niet aanwezig was, was er sprake van discriminatie.

(c) Geïndividualiseerde risicobeoordeling.

640. **Naar het voorbeeld van *Grismer*.** Uit de zaken *Meiorin* en *Grismer* blijkt dat de rechter steeds de bevoegdheid heeft om te oordelen in welke mate de verzekeraar in een specifieke situatie aanvullende of alternatieve segmentatiefactoren had kunnen gebruiken. Er kan daarom worden aangenomen dat hij zich eveneens mag uitspreken over de vraag *in welke mate* de verzekeraar in de gegeven omstandigheden een beleid had dienen te voeren waarbij bepaalde personen aan een meer geïndividualiseerde risicobeoordeling hadden kunnen worden onderworpen. Per slot van rekening is een dergelijke geïndividualiseerde risico-beoordeling het middel bij uitstek om te voldoen aan de "*duty to accommodate*". Eén van de mogelijke alternatieve en minder belemmerende maatregelen die aan de orde waren als accommodatievorm in de zaak *Grismer* bestond er inderdaad in om de partij(en) die nadeel ondervinden van een betwiste maatregel, de mogelijkheid te geven om zich aan een individuele beoordeling te laten onderwerpen.[1881]

641. ***Zurich* en *Potash*: Eigenheid van verzekeringsrelaties?** Hoewel het Supreme Court ook reeds in de *Zurich*-case van mening was dat een individu het recht heeft om te worden behandeld op grond van zijn eigen verdiensten en niet op grond van groepskarakteristieken, werd geoordeeld dat het in verzekeringsrelaties "*wholly impractical"* zou zijn om voor ieder individu ook een individuele risicobeoordeling door te voeren.[1882] Gegeven de expliciete standpuntname van het *Supreme Court* in *Grismer* vóór de mogelijkheid van individuele beoordeling als accommodatiemaatregel, kan men zich afvragen of het *Supreme Court* vandaag geen andere mening zou toegedaan zijn met betrekking tot de beoordeling van de "*duty to accommodate*" in verzekeringsrelaties. Uit de hoger besproken *opinion* van MCLACHLIN (voor de minderheid) in de zaak *New Brunswick Human Rights Commission* v. *Potash* bleek dat ook zij bereid was rekening te houden met de specifieke "groepscontext" van pensioenplannen. *Pension plans are premised on treating groups of people in similar fashion. An individual approach belies this premise.*[1883] Het is voorlopig niet duidelijk of de visie van MCLACHLIN in deze

---

[1880] Volgens het Human Rights Tribubal kon de 2,7 miljoen dollar per jaar die het opheffen van de maatregel zou teweegbrengen, niet opwegen tegen het geldende surplus van 29 miljard dollar in het *Employment Insurance Plan*. Zie Canadian Human Rights Tribunal 2001, *McAllister-Windsor* v. *Canada (Human Resources Development*), *Canadian Human Rights Reporter* 2001, D/48. Zie ook X, "Cap on Employment Insurance special benefits discriminatory", *Human Rights Digest* juni/juli 2001, *l.c.*, 5; T. LEMMENS, *o.c.,* 279.

[1881] Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 22: "Failure to accommodate may be established by evidence of arbitrariness in setting the standard, by an unreasonable refusal to provide individual assessment, or perhaps in some other way."

[1882] Cf. *supra* nr. 594, meerbepaald voetnoot 1766, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 347 (onder de titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*"). Deze mening werd ook gedeeld door L'HEUREUX-DUBÉ: "*I recognize, as did the Divisional Court, that while individual testing may be both feasible and desirable in the employment context, it is not possible in the insurance context where, as my colleague points out, rates are based on characteristics shared by members of an identifiable group.*" Cf. *supra* nr. 598 en *infra* nr. 895.

[1883] *Ibidem*, ov. 78.

zaak enkel voortspruit uit de specifieke formulering met betrekking tot pensioenplannen in *section* 3(6) van de *New Brunswick Human Rights Code*[1884] of meer algemene implicaties heeft voor de beoordeling van alle andere soorten verzekeringsovereenkomsten (zoals met name verzekeringsovereenkomsten die worden afgesloten buiten de collectieve arbeidssfeer).

642. **Het belang van individuele risico-beoordeling in de lagere rechtspraak.** In de lagere Canadese rechtspraak omtrent discriminatie in verzekeringsrelaties blijkt een tendens om in de boordeling van de *duty to accommodate,* in bepaalde omstandigheden rekening te houden met individuele risicobeoordeling. Een goed voorbeeld betreft de zaak *Fraser v. ING,* waar het *British Columbia Human Rights Tribunal*, aan de hand van de toepassing van de *Grismer*-test, oordeelde dat

> *"given the extremely unusual nature of the situation it was incumbent on ING to make some further inquiries to determine the precise nature of the secondary insurance in issue."*[1885]

Het Hof voegt hier aan toe dat

> *"the blanket application of such a policy, without any attempt to inquire into the individual circumstances of the particular claimant, is the antithesis of the duty to accommodate".*[1886]

In de zaak *J.* v. *London Life Insurance* oordeelde het British Columbia Human Rights Tribunal (reeds voorafgaand aan de *Meiorin* en *Grismer*-rechtspraak) dat *London Life Insurance* de antidiscriminatiebepalingen van de *British Columbia Human Rights Code*[1887] had geschonden door een man die gehuwd was met een HIV-patiënte geen levensverzekering aan te bieden. Het Tribunal hekelde het feit dat geen verder onderzoek was gedaan naar de specifieke risico-status van deze man.

> *"In denying the complainant life insurance, the respondent failed to do sufficient research and depended on outdated information, although more current data on HIV transmission was available. The respondent made its decision without asking J. about his sexual practices with his wife, and had they done so they could have offered him a policy that would have reflected the risk."*[1888]

643. **Beperking vanuit het *undue hardship*-concept.** Op basis van dergelijke uitspraken kan worden aangenomen dat de mogelijkheid tot *individual assesment* in verzekeringsrelaties wordt opgenomen

---

[1884] Uit de overwegingen van MCLACHLIN in ov. 78 kan inderdaad worden afgeleid dat de erkenning van het groepskarakter van pensioenverzekering voortspruit uit de specifieke formulering van *section* 3(6) van de *Code*: "*The fact that "bona fide" modifies "pension plan" is, however, significant in one respect. It signals that the requirement of justification goes not to the situation of individual employees, but to the pension plan.*"

[1885] Zie British Columbia Human Rights Tribunal 21 oktober 2004, *Fraser* v. *ING Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 2004, D/542, 163.

[1886] *Ibidem*. Voor een verdere bespreking, zie T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 287.

[1887] Meerbepaald *section* 8 van de *British Columbia Human Rights Code*, *Revised Statutes of British Columbia* 1996, c.210, geconsolideerd na 14 april 2010, *o.c.* Zie reeds *supra* nr. 584.

[1888] Zie British Columbia Human Rights Tribunal 21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43, ov. 62. Zie voor een bespreking, T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 285.

in de *reasonable necessity*-test. Dat wil daarom niet zeggen dat het discriminatieverbod in verzekeringsrelaties per definite zal vertaald worden naar een plicht tot meer geïndividualiseerde risicobeoordeling. Het Supreme Court is er steeds van uitgegaan dat verzekeringsrelaties op dit vlak niet vergelijkbaar zijn met arbeidsverhoudingen. Zoals gezegd, geldt voor maatregelen van accommodatie bovendien steeds de grens van "*undue hardship".* De verzekeraar krijgt steeds de mogelijkheid om tot op zekere hoogte, aan de hand van bv. kosten-argumenten, de onredelijkheid aan te tonen van een geïndividualiseerde beoordeling of andere vormen van accomodatie zoals het gebruik van alternatieve segmentatiemethodes of bijkomende en/of vervangende segmentatiecriteria. Over de aanvaardbaarheid van dergelijke kostenargumenten gaat de volgende paragraaf.

(d) Kostenargumenten en "the size of the enterprise"

644. ***Undue hardship* en kostenoverwegingen.** Uit meer recente rechtspraak van het Supreme Court blijkt dat het Hof bij het beoordelen van de aan de accomodatie verbonden financiële kosten, o.m. rekening durft te houden met

- de omvang van de onderneming van de leverancier[1889],
- de economische omstandigheden waarmee deze wordt geconfronteerd[1890],
- de impact en beschikbaarheid van externe subsidiëring[1891],
- de mogelijkheid van de leverancier om bepaalde kosten binnen zijn onderneming te verplaatsen of te recupereren[1892] en
- het risico dat de onderneming door de te nemen kosten niet zou kunnen blijven verder bestaan of haar essentieel karakter zou verliezen.[1893] [1894]

Het Supreme Court voegt daaraan toe dat de kosten van de accommodatiemaatregelen kunnen worden afgewogen tegen het bijkomend nut dat de benadeelden uit dergelijke maatregelen zouden kun-

[1889] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131; zie ook Supreme Court of Canada 23 juni 1994, Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, Supreme Court Reports 1994, afl. 2, 546.

[1890] Ibidem.

[1891] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 132. Zie ook Ontario Board of Inquiry 2000, Brock v. Tarrant Film Factory Ltd., Canadian Human Rights Reporter 2000, D/305.

[1892] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131. Zie ook British Columbia Human Rights Tribunal 1993, Howard v. University of British Columbia, Canadian Human Rights Reporter 1993, D/533.

[1893] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131-132; zie ook Ontario Board of Inquiry 1995, Quesnel v. London Educational Health Centre, Canadian Human Rights Reporter 1995, D/474; Supreme Court of Canada 24 september 1992, Central Okanagan School District No.23 v. Renaud, Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 984.

[1894] zie voor een overzicht M. SAMSON, *l.c.*, 463.

nen halen.[1895] Hiertoe is wel steeds een zeer concrete inschatting nodig door de verweerder van de juiste hoegrootheid van de kosten die hem deden beslissen om geen accommodatiemaatregelen te nemen. Zo verklaart het *Supreme Court* in *Via Rail* dat

> *"without a total cost estimate, the [judge] could not conduct the undueness analysis, that is balancing the significance of the obstacles to persons with disabilities with the cost of the corrective measures, having regard to the objective of economic viability."*[1896]

645. **Competitiviteit van de verzekeringssector.** Het staat buiten kijf dat verzekeringsmaatschappijen uit de hierboven geciteerde lijst van omstandigheden kunnen putten om de onredelijkheid van accommodatiemaatregelen aan te tonen. Zo werd het argument dat de (kleine) omvang van de onderneming van de verzekeraar een reden kan zijn om de kosten van alternatieve maatregelen als onredelijk te bestempelen, reeds gemaakt in de *Zurich*-case. *In casu* werd aanvaard dat gezien de relatief beperkte martkparticipatie van de verzekeraar, hij niet in staat kon worden geacht om voldoende statistische gegevens te verzamelen om op een verantwoorde manier afstand te doen van leeftijd en geslacht als segmentatiefactor.[1897] Toch dient hierbij weer te worden verwezen naar de *dissenting opinions* van L'HEUREUX-DUBÉ J. en MCLACHLIN J. in de *Zurich*-case waaruit bleek dat zij zich beiden verzetten tegen de bewering van *Zurich* dat zij niet op haar eentje kon handelen daar zij slechts een "*small player*" was, "*in a highly competitive and complex industry*". L'HEUREUX-DUBÉ verklaarde dat een dergelijk argumentie steeds, in iedere sector waarbinnen er sprake is van een wijdverbreide discriminatoire praktijk voor het grijpen ligt. Het argument houdt echter geen rekening met het feit dat de hele sector haar beleid zou moeten aanpassen onder de dreiging van vergelijkbare klachten van discriminatie.[1898] MCLACHLIN J. op haar beurt stelde dat

> *"the failure of others to adhere to human rights standards has never provided a defence under the Code".*

Zoals hierboven reeds toegelicht, werd expliciet gewaarschuwd dat het accepteren van een dergelijke argumentatie ertoe zou leiden dat minstens twee mensenrechten standaarden zouden worden gecreëerd voor ondernemingen: "*one for small businesses, another for large businesses".*[1899]

646. **Belang van de grootte van de onderneming.** In navolging van de argumentatie van L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN in de *Zurich*-case, kan worden aangenomen dat de competitieve

---

[1895] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 355.

[1896] Ibidem.

[1897] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 378 (onder titel "*Application of Principles to the Facts*"). Zie reeds *supra* nr. 594. Voor een verdere toelichting, zie *infra* nr. 891.

[1898] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 378. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 288.

[1899] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 389-390. Zie *supra* nr. 602. Zie ook *infra* nr. 892.

aard van de sector, onder toepassing van de *Meiorin*-toets, niet steeds zal voldoen als argument om een discriminatoire praktijk te rechtvaardigen. Toch moet worden ingezien dat de grootte van een onderneming (bv. in termen van omzet) een rol zou kunnen spelen bij het bepalen of het nemen van maatregelen van accommodatie *undue hardship* veroorzaken. Naast de zaak *Via Rail,* waar de grootte (of eerder de beperktheid) van de onderneming nog eens expliciet werd toegelaten als bewijs voor *undue hardship*,[1900] is rechtspraak bekend uit het "*post-Meioin* tijdperk" waar de grootte van de onderneming een rol bleek te spelen in het beoordelen van de redelijkheid van alternatieve maatregelen. Zo aanvaardde het *British Columbia Human Rights Tribunal* in de zaak *Miele* v. *Famous Players* dat "*an expenditure of $75.000 a year might represent undue hardship for a small business whereas it would not have the same effect on the operations of a multinational company*".[1901] Men kan argumenteren dat een dergelijke houding tegemoet komt aan de door *Justice* MCLACHLIN in *Meiorin* gevoerde argumentatie dat een analyse van de financiële kost van accommodatie moeten worden toegepast "*with common sense and flexibility*".[1902]

6. Tussenbesluit

647. **De Canadese rechtspraak als inspiratiebron voor belangenafweging…** Dit hoofdstuk toont aan dat de Canadese rechtspraak via de creatie van een uniforme rechtvaardigingstoets voor directe en indirecte discriminatie, een systeem van belangenafweging heeft gecreëerd dat zowel in arbeidsrelaties als in het leveren van diensten kan worden toegepast voor de beoordeling van vermeende vormen van discriminatie. Dit beoordelingssysteem vertoont treffende gelijkenis met de open rechtvaardiginsformule in de artikel 19-Richtlijnen. Het is opgebouwd rond een drie-stapstest die nagaat of

- de bestreden maatregel in een redelijk verband staat met de door deze maatregel nagestreefde legitieme doelstellingen (overeenkomst met legitimiteit en geschiktheid in de *Bilka*-test),
- of zij is aangenomen met goede bedoelingen en in het geloof dat de bestreden maatregel dit doel ook effectief kan bewerkstelligen (overeenkomst met de "werkelijke behoefte" van de onderneming in de *Bilka*-test)
- en of zij redelijk noodzakelijk is om dit doel te reiken in die zin dat het onmogelijk is om minder belemmerende en passende maatregelen te voorzien voor de benadeelden (overeenkomst met de noodzakelijkheidstoets uit de *Bilka*-test).

[1900] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131.

[1901] British Columbia Human Rights Tribunal 7 februari 2000, *Miele* v. *Famous Players*, *Canadian Human Rights Reporter*, D/1, ov. 73. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 330; S. JOANIS, "Human Rights law in B.C.: the duty to accommodate to the point of undue hardship (reasonable accommodation)" – Memorandum prepared by the Canadian Human Rights Reporter for the British Columbia Human Rights Commission, http://www.cdn-hr-reporter.ca/index.cfm?fuseaction=hrp.bcreasonableAccommodation#4; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 285.

[1902] Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 63. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 288.

648. **…in verzekeringsrelaties.** De algemene bewoordingen waaronder het Supreme Court deze uniforme rechtvaardigingstoets heeft geformuleerd in de zogenaamde *Meiroin* en *Grismer*-cases, maken dat de rechtvaardigheidsbeoordeling op een veelheid van situaties, waaronder ook verzekeringsrelaties, kan worden toegepast. In tegenstelling tot de uitvoering van de rechtvaardigheidstoets door het Hof van Jusitie, heeft de Canadese rechtspraak concrete richtlijnen geformuleerd met betrekking tot de wijze waarop de algemene terminologie van de gebruikte rechtvaardigingstoets kan worden toegepast in discriminatiegeschillen in verzekeringsrelaties.[1903] Uit deze rechtspraak is gebleken dat door de rechtvaardigbaarheid van zowel directe als indirecte discriminatie, de rechter de mogelijkheid tot belangenafweging in ieder geval behield. Eveneens is gebleken dat deze belangenafweging verregaand kan worden toegespitst op de economische realiteit van verzekeringsrelaties. De Canadese rechtspraak bleek o.m. rekening te houden met argumenten van kostenefficiëntie, de haalbaarheid van geïndividualiseerde risico-beoordeling en de grootte van de ondernerming om de noodzakelijkheid van de bestreden behandeling te kunnen beoordelen. Hoewel de eigenheid van verzekeringsrelaties mee in rekening wordt genomen, blijkt evengoed dat de rechtspraak gebruik maakt van hoge bewijsstandaarden, waarbij impressionistisch bewijs principieel wordt geweerd. In een verder stadium zal worden onderzocht op welke wijze de leidraden die de Canadese rechtspraak hierbij voorzietag, kunnen dienen als inspiratiebron voor een evenwaardig beoordelingssysteem in Europese context.

B. Zuid-Afrika: "Fairness"-beoordeling in de Promotion of Equality and Prevention of Unfair discrimination Act (*PEPUDA*)

1. Gelijke rechtvaardigbaarheid van directe en indirecte discriminatie

649. **Fairness van directe en indirecte discriminatie.** Zoals hierboven werd toegelicht, wordt in de Zuid-Afrikaanse anti-discriminatiewetgeving een brede definitie gehanteerd van het begrip "discriminatie.[1904] Deze definitie omvat zowel gevallen van directe en indirecte discriminatie en beide vormen van discriminatie zijn "rechtvaardigbaar" in de zin dat moet worden nagegaan of de discriminatie "fair" is.[1905] Dit is niet alleen het geval in de *PEPUDA*, die o.m. van toepassing is op het leveren van goe-

[1903] Hierbij wordt eraan herinnerd dat een gebrek aan concrete richtlijnen met betrekking tot de interpretatie van het toetsingsmodel vooral voortspruit uit het feit dat het Hof van Justitie de eigenlijke beoordeling van geschiktheid en noodzakelijkheid in de meeste gevallen terug in handen geeft van de nationale rechter. Cf. *supra* nrs. 560en 562.

[1904] Ter herinnering, discriminatie wordt in section 1(1)(viii) van de PEPUDA omschreven als "any act or omission, including a policy, law, rule, practice, condition or situation which directly or indirectly (a) imposes burdens, obligations or disadvantatge on; or (b) withholds benefits, opportunity or advantages from, any person on one or more of the prohibited grounds. Zie reeds supra nr. 405.

[1905] S. LIEBENBERG en M. O' SULLIVAN, *l.c.*, 90-91.

deren en diensten. Dit is ook het geval in de zogenaamde *Employment equity Act*,[1906] die de uitwerking vormt van het discriminatieverbod in arbeidsrelaties.[1907]

Nadat onderzocht is of benadeling heeft plaatsgevonden op basis één van de beschermde discriminatiegronden, dient dus te worden nagegaan of de vastgestelde "discriminatie" voldoet aan het zogenaamde "fairness"-beginsel.[1908] Discriminatie is alleen onwettelijk indien zij "*unfair*" is. De *Employment Equity Act* en de *PEPUDA* hanteren geen onderscheid tussen de rechtvaardigingsformule voor directe en indirecte discriminatie.[1909] Ook in Zuid-Afrika geldt dus een *unified approach* die voor alle beschermde discriminatiegronden dezelfde rechtvaardigingsmogelijkheden voorziet voor directe en indirecte discriminatie. Dit is het geval voor zowel arbeidsrelaties, als voor niet-arbeidsgerelateerde materies (zoals het leveren van goederen en diensten). DUPPER wijst erop dat het feit dat de Zuid-Afrikaanse wetgever ervoor koos om een uniforme beoordelingswijze te koppelen aan gevallen van directe en indirecte discriminatie, het geloof weerspiegelt dat "*equally societal costs result from both direct and indirect discrimination.*"[1910] Hiermee wordt volgens PARTINGTON en VAN DER WALT een materiële notie van gelijkheid nagestreefd, waarbij *any attempt to relax the defence in instances of indirect discrimination should be rejected*.[1911] Directe en indirecte discriminatie worden niet gezien als twee elkaar uitsluitende analytische categorieën. Het naast elkaar bestaan van een verbod van directe en indirecte discriminatie is louter descriptief voor de verschillende vormen die discriminatie kan aannemen.[1912]

2. "Fairness" en "unfairness" van de discriminerende maatregel

650. **Analyse: nadruk op goederen en diensten.** Omdat voornamelijk de *PEPUDA* het discriminatieverbod expliciteert naar het leveren van goederen en diensten en dus ook naar verzekeringsrelaties, ligt de focus op de formuleringen in deze laatste wet ter omschrijving van de rechtvaardigingstoets voor directe en indirecte discriminatie.[1913]

[1906] Zie section 6(1) van Act 55 van 1998, Government Gazette 19 oktober 1998, 19.370, http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=70714. "No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth".

[1907] G. S. VOGT, "Non-discrimination on the grounds of race in South-Africa - with special reference to the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *Journal of African Law* 2001, afl. 2, 199-200; S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, *l.c.*, 90.

[1908] Zie de regeling in verband met de bewijslast in artikel 13, lid 2 van de *PEPUDA*.

[1909] O. DUPPER, *l.c.*, 158.

[1910] *Ibidem,* 158-159.

[1911] J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 369, die verklaren dat het volgehouden onderscheid in andere rechtssystemen zoals dat van het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten waarschijnlijk is gebaseerd op "*the (false) belief that indirect discrimination is somehow less reprehensible and damaging than direct discrimination"*.

[1912] O. DUPPER, *l.c*, 159, met verwijzing naar J. KENTRIDGE, "Equality", in M. CHASKALSON e.a., *Constitutional Law of South Africa*, Kaapstad, Juta, 1996, 20.

[1913] Hierbij dient tevens te worden opgemerkt dat de bewoordingen in verband met de *fairness*-beoordeling in de *PEPUDA* veel gedetailleerder zijn dan in de *Employment Equity Act*. Dit wil echter niet zeggen dat de *Employment*

651. ***Section* 14 van de *PEPUDA*.** Het is meerbepaald *Section* 14 van de *PEPUDA* die een opsomming geeft van de factoren die in acht moeten worden genomen bij het beoordelen van het "*fair*" oftewel (ge)rechtvaardig(d) karakter van de betwiste handeling. De beoordeling of discriminatie *fair* is of niet, gebeurt aan de hand van een aantal beoordelings-*factoren*. Deze werden in grote mate afgeleid uit de rechtspraak van het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof.[1914] Zij kunnen worden ingedeeld in de volgende vier categorieën.[1915]

652. **"*Affirmative action*"**. Een eerste beoordelingsfactor onder *section* 14 van de *PEPUDA* betreft de vraag of de litigieuze maatregel geen vorm van *affirmative action* uitmaakt.[1916] Indien dit het geval is, kan er geen sprake zijn van een verboden discriminatie.

653. **"*Context*".** Na te hebben vastgesteld of er al dan niet een vorm van *affirmative action* voorligt, zal men zich concentreren op de zogenaamde "context" waarbinnen de discriminatie plaatsvond.[1917]

654. **Impact en rechtvaardiging sensu stricto**. Na de vraag naar *affirmative action* en de context waarbinnen de benadeling plaatsvond, wordt verwezen naar een aantal belangrijke beoordelingsfactoren die te maken hebben met ten eerste de impact van de bestreden maatregel op het vermeende slachtoffer van discriminatie en ten tweede op de eigenlijke rechtvaardiging (*sensu stricto*) van de bestreden maatregel door de verweerder.[1918]

655. **Objectieve en redelijke rechtvaardiging "*intrinsic to the activity concerned*".** Tenslotte wordt nagegaan of de maatregel een "redelijk en gerechtvaardigd onderscheid maakt" tussen personen op grond van "objectief vast te stellen criteria" die "intrinsiek verbonden zijn aan de betreffende activiteit".[1919]

656. ***Illustrative list of unfair practices.*** Naast de beschrijving van de stappen ter beoordeling van de vraag of een handeling al dan niet *fair* is, voorziet de *PEPUDA* een zogenaamde "*Illustrative list of unfair practises*" in bepaalde sectoren zoals de werkgelegenheid, de woongelegenheid, het onderwijs

---

Equity Act een minder strenge beoordeling zou toelaten dan de PEPUDA. Zie hiervoor C. COOPER en R. LAGRANGE, *l.c.*, 1537-1539. Volgens hen houdt niets de beoordelaar van het geschil tegen om de factoren uit de PEPUDA ook te handhaven binnen de toepassing van de *Employment Equity Act*. De rechtspraak lijkt dit standpunt te delen, zo blijkt volgens hen uit de zgn. *Woolworths*-case, waar het Labour Appeal Court of South Africa inderdaad enkele van de criteria uit de *PEPUDA* toepaste op een arbeidsgeschil. Zie Labour Appeal Court of South Africa 3 april 2000, *Woolworths* v. *Whitehead, Industrial Law Journal* 2000, 571, ov. 124. Zie daarvoor *infra* nrs. 684-686.

[1914] Zie voor een bespreking van de stappen die het Hof zet ter beoordeling van *fairness* van discriminatie in Constitutional Court of South Africa 26 augustus 1997, *Harksen* v. Lane *NO & others*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 1, ov. 52. Zie ook A. KOK, "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act: why the controversy?", *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2001, afl. 2, 307; J. DE WAAL, *o.c.*, 154.

[1915] Een verdere bespreking van elk van deze categorieën vindt plaats onder punt 3.

[1916] Zie *section* 14(1).

[1917] Zie *section* 14(2) (a).

[1918] Zie *section* 14 (b), met verwijzing naar *section* 14 (3), (a) tot en met (e), resp. (f) tot en met (i).

[1919] Zie *section* 14 (2) (C).

en ook… het leveren van goederen en diensten in het algemeen en verzekering in het bijzonder.[1920] Het gaat om een illustratie én een benadrukking van een aantal praktijken [*which*] "*are or may be unfair, that are widespread and need to be addressed".*[1921] Zo wordt het *unfair* geacht om goederen en diensten te weigeren aan een persoon of een groep van personen op basis van één of meer van de opgesomde gronden.[1922] Meer specifiek acht men het in beginsel niet *fair* dat de verzekeraar een verzekeringspolis weigert op basis van één of meer van de opgesomde gronden. Evenmin is het "*fair*" dat gediscrimineerd wordt in de uitkeringen, faciliteiten en de dienstverlening verbonden aan verzekering. Men beklemtoont dat het niet *fair* is om de kandidaat-verzekerde te discrimineren op grond van zijn HIV-status.[1923]

Met de bedoelde opsomming heeft de wetgever niet de intentie gehad om reeds op voorhand te bepalen dat de erin opgesomde activiteiten nooit als *fair* kunnen worden gekwalificeerd. Evenmin betreft het een limitatieve lijst en kunnen ook andere dan de opgesomde activiteiten worden aangemerkt als *unfair*.[1924] De opsomming heeft een "educatief doel" om potentiële benadeelden en schenders van het discriminatieverbod mee te geven welke activiteiten onder de *PEPUDA* zeker kunnen worden aangevochten. Daarnaast dient de opsomming als een uitnodiging voor de wetgever om bepaalde activiteiten op het gebied van gelijke behandeling (verder) te reguleren.[1925]

3. Inhoudelijke bespreking van de rechtvaardigingstoets en toepassingsmogelijkheden in verzekering

657. ***Overlap* tussen de beoordelingsfactoren.** Inhoudelijk bestaan er heel wat overlappingen tussen de verschillende beoordelingscriteria van de *fairness*-test uit *section* 14. Dit komt de duidelijkheid en transparantie van de rechtvaardigingstoets niet geheel ten goede.[1926] In de rechtsleer wordt er op gewezen dat het beoordelingsproces niet mag worden gezien als een strikte stap-voor-stap analyse.[1927] Het is niet zo dat in het rechtvaardigingsproces steeds een beoordelingsfase dient te worden afgerond alvorens naar een volgende te kunnen overgaan. Een dergelijke benadering zou door de inhoudelijke overlappingen leiden tot onnodige zichzelf herhalende onderzoeken. Eerder dienen de verschillende 'stappen' te worden beschouwd als verschillende aan elkaar hangende overwegingen

[1920] Deze illustrateve lijst werd toegevoegd in de vorm van een "*Schedule*" op grond van *section* 29.

[1921] Zie *section* 29(1) van de *PEPUDA.* Zie ook C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 103.

[1922] Zie section 9(a) van de Illustrative List.

[1923] Zie *section* 5(a t.e.m. c) van de *Illustrative List*. Zie voor een bespreking o.m. P. HAVENGA, "Transforming insurance law: the role of legislation", *South-African Mercantile Law Journal* 2002, afl. 14, 720-724.

[1924] P. DE VOS, "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act and socio-economic rights"*, Economic and Social Rights Review 2004, afl. 5,* 3.

[1925] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 104; S. LIEBENBERG, "The new Equality legislation: can it advance socio-economic rights?", *Economic and Social Rights Review* 2000, afl. 3, 9.

[1926] S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, *l.c.,* 98; G.S. VOGT, *l.c.*, 202-203; C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 46.

[1927] P. BRACHER, *l.c.*, 243; C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 48; C. COOPER en R. LAGRANGE, *l.c.*, 1538.

die binnen één enkele rechtvaardigingsbeoordeling tegen elkaar kunnen worden afgewogen.[1928] Daarenboven moeten de beoordelingsfactoren inzake de *context* waarbinnen de maatregel plaatsvond en de *impact* die de bestreden behandeling had op het slachtoffer, worden gezien als een rode draad doorheen de beoordeling van de andere opgesomde beoordelingsfactoren.

658. **Overzicht.** Achtereenvolgens wordt ingegaan op de beoordeling van de vraag of de bestreden maatregel een vorm van "*affirmative action*" uitmaakt (*a*), de *context* waarbinnen de bestreden handeling is tot stand gekomen (*b*), de *impact* van de bestreden handeling en de rechtvaardiging ervan in de strikte zin (*c*) en tenslotte de vraag of de bestreden handeling objectief en redelijk gerechtvaardigd is en intrinsiek verbonden is aan de betrokken activiteit (*d*). Telkens wordt nagegaan op welke manier deze beoordelingsfactoren kunnen worden aangewend in verzekeringsrelaties.

(a) affirmative action

659. **Niet onvoorwaardelijk toegelaten.** Section 14(1) bevat vooreerst een bepaling die maatregelen van "affirmative action" ("measures designed to protect or advance persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination") expliciet toelaat. Alhoewel het niet rechtstreeks kan worden afgeleid uit de tekst van de wet, zou de rechter in het geval van dergelijke maatregelen van affirmative action wel de mogelijkheid hebben om de gebruikte middelen en de doelstelling van protection of advancing of persons disadvanteged, te toetsen aan section 14(2) en 14(3) van de PEPUDA die de eigenlijke rechtvaardigingstoets uiteenzet.[1929] Affirmative action wordt dus niet onvoorwaardelijk toegelaten.

> In de rechtsleer wordt wel betreurd dat iedere verwijzing ontbreekt naar het idee dat maatregelen van *affirmative action*, wanneer zij de vorm aannemen van positieve discriminatie (*preferential treatment*)[1930], maar toelaatbaar zijn tot op het moment dat aan de ongelijkheid die de positieve discriminatie wil bestrijden, is tegemoetgekomen.[1931] Op dit vlak bestaat er een duidelijke discrepantie met bv. de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof[1932] en de Belgische anti-discriminatiewetgeving[1933], die een dergelijke beperking in de tijd wel als voorwaarde vooropstelt voor maatregelen van positieve discriminatie. Van een

[1928] C. COOPER en R. LAGRANGE, *l.c.*, 1538; C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 48; C. ALBERTYN, "Equality" in E. BONTHUYS en C. ALBERTYN (eds.), *Gender, Law and Justice*, Juta, Cape Town, 2007, 116.

[1929] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT, B. en C. ROEDERER, *o.c.*, 36, met verwijzing naar E. MUREINIK, "Introducing the Bill of Rights", *South-African Journal of Human Rights* 1994, 31.

[1930] Maatregelen van *preferential treatment* (positieve discriminatie) worden in Zuid-Afrika beschouwd als een vorm van *affirmative action* (positieve actie). Verderop wordt duidelijk gemaakt dat maatregelen van positieve discriminatie ook in Europese context worden gezien als een vorm van positieve actie. Zie *infra* nr. 705.

[1931] G.S. VOGT, *l.c.*, 203.

[1932] Zie bv. Arbitragehof 14 juli 1994, nr. 42/97, *B.S.* 3 september 1997, ov. B.20.

[1933] Cf. *supra* nr. 208 met verwijzing naar §2 van artikel 10 van de Algemene anti-discriminatiewet en de Anti-racismewet en artikel 16 van de Genderwet.

dergelijke beperking is eveneens sprake in de *International Convention on elimination on all forms of Racial Discrimination*[1934] waarbij nochtans ook Zuid-Afrika partij is.

660. **Toepassing in verzekeringsrelaties.** Vertaald naar verzekeringsrelaties komt de opname van het *affirmative action*-criterium in de *fairness*-toets van de *PEPUDA* erop neer dat personen die op basis van beschermde factoren traditioneel zijn benadeeld, doordat zij op basis van deze factoren worden beschouwd als dragers van een hoog risico, moeten kunnen worden behandeld op dezelfde manier als een beter risico, zonder dat deze behandeling kan worden gezien als een verboden discriminatie. Een voorbeeld zou kunnen zijn, de verzekeraar die zwaar mentaal gehandicapten, waarvan duidelijk is dat zij effectief een hoger risico vormen, een brandverzekering aanbiedt tegen dezelfde voorwaarden als andere personen, zonder het vragen van een bijpremie.

661. **Is *affirmative action* verplicht?** De vraag rijst in welke mate een verzekeraar eventueel ook *verplicht* zou zijn tot het nemen van maatregelen van *affirmative action* ten opzichte van bepaalde groepen. Dit is in ieder geval zo wanneer het gaat om *affirmative action* die de vorm aanneemt van redelijke aanpassingen. Zoals verderop wordt toegelicht maakt de verplichting tot redelijke aanpassingen volwaardig deel uit van de *fairness*-toets van de *PEPUDA*, alwaar zij zich, anders dan in de artikel 19-Richtlijnen (die alleen redelijke aanpassingen voorzien voor gehandicapten), uitstrekt tot alle beschermde discriminatiegronden. In tegenstelling tot de *Employment Equity Act,* die van toepassing is op arbeidsrelaties[1935], is er in de *PEPUDA* voor het overige geen formele verplichting opgenomen om maatregelen te nemen van *affirmative action*.[1936] Volgens sommigen zou een recht op affirmative action wel kunnen worden afgeleid uit *section* 9(2)[1937] van de Zuid-Afrikaanse *Bill of Rights*.[1938]

[1934] Zie artikel 2 van dit Verdrag, waar maatregelen van positieve actie worden verplicht, maar ook aan voorwaarden worden verbonden: "*These measures shall in no case entail as a consequence the maintenance of unequal or separate rights for different racial groups after the objectives for which they were taken have been achieved.*" Zie http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm.

[1935] Zie section 13 (1), junto section 15(2) en 15(3) van de Employment Equity Act.

[1936] Zie ook nog T. DEANE, "Ch. 6 – The Regulation of affirmative action and discrimination in SA", http://uir.unisa.ac.za/dspace/bitstream/10500/2012/13/07chapter6.pdf, 178 en 192, die er op wijst dat er ook in de Employment Equity Act vooralsnog geen recht (sword) op affirmative action zou bestaan onder de Employment Equity Act. Enkel zouden de bepalingen in de Employment Equity Act een middel kunnen zijn om beslissingen aan te vechten waarbij een werkgever een lid van een non-designated group heeft aangesteld, zonder daarbij na te gaan of de persoon uit de designated group voldoende gekwalificeerd was, met verwijzing naar Labour Court of South Africa 16 januari 2004, Dudley v. Cape Town, C 828/02, http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2004/1.html, ov. 79. (designated groups of groepen die onder de Employment Equity Act speciale bescherming krijgen, worden in section 1 van de Employment Equity Act omschreven als "black people, women and people with disabilities". "Black People" worden in dezelfde section omschreven als "Africans, Hispanics and Indians.") De rechtspraak in Dudley v. Cape Town spoort niet met de bevindingen in de eerdere zaak Harmse v. City of Cape Town, waar het Labour Court of South Africa stelt dat "Affirmative action is indeed a defence to be deployed by an employer against claims that it has discriminated unfairly against an employee. In this sense, it serves as a shield. However, having regard to the fact that the Act requires an employer to take measures to eliminate discrimination in the workplace it also serves as a sword." Labour Court of South Africa 9 mei 2003, Harmse v. City of Cape Town, C 966/2002, http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2003/53.html, ov. 44. (zie voor een commentaar, J. GROGAN, Dismissal, discrimination and unfair labour practices, Lansdowne, Juta, 2005, 46.) Toch moet er volgens de meesten van worden uitgegaan dat deze laatste zaak wrongly decided was, zeker nu het Labour Appeal Court of South Africa de zaak Dudley v. Cape Town heeft bevestigd en het standpunt in Harmse heeft verworpen. Zie Labour Appeal Court of South Africa 21 augustus 2008, Dudley v. City of Cape Town, CA 1/05, http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZALAC/2008/10.html&query=dudley%20v.%20cape%20town. Zie in deze zin N. COETZ-

(b) context

662. **Inspiratie uit de rechtspraak van het Constitutional Court.** In *section* 14 (2) (a) van de *PEPUDA* wordt bepaald dat in de beoordeling van het gerechtvaardigd karakter van de bestreden behandeling rekening moet worden gehouden met de context waarbinnen de bestreden handeling plaatsvond. Deze verwijzing naar "*context*" is duidelijk afkomstig uit de rechstpraak van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof in *President of the Republic of South-Africa* v. *Hugo*, waar het stelde dat

> *"[T]he impact of the discriminatory action upon the particular people concerned [must be considered in order] to determine whether its overall impact is one which furthers the constitutional goal of equality or not. A classification which is unfair in one context may not necessarily be unfair in a different context."*[1939]

663. **Beter begrip van impact van discriminatie.** De aandacht voor de context waarbinnen de discriminatie tot stand kwam, doet volgens ALBERTYN en GOLDBLATT de beoordeling van discriminatie verschuiven van een abstracte vergelijking van gelijkgeplaatste individuen naar een onderzoek naar de "impact" van de betwiste handeling en dit binnen de context van de bestaande socio-economische omstandigheden.[1940] Een contextuele analyse stelt de beoordelaar van het geschil in staat om afstand te doen van zijn eigen ervaringen en met voldoende kritisch oog te kijken naar situaties waar hij nog niet mee te maken kreeg.[1941] Door rekening te houden met socio-economische omstandigheden en de historische achtergrond van de benadeling op de betrokken groep, kan de impact van de bestreden handeling beter worden begrepen. Op die manier kunnen verborgen vormen van discriminatie beter worden blootgelegd.[1942] Uit de rechtspraak blijkt dat in de beoordeling van de context van de

---

ER, "Affirmative action: the sword versus shield debate continues", South African Mercantile Law Journal 2009, 100; C. ALBERTYN, "South African Equality Law", European Anti-Discrimination Law Review 2009, afl. december, 19.

[1937] Section 9(2) van de Zuid-Afrikaanse Grondwet bepaalt: "To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken."

[1938] Zie M. MONTALTI en A. BELLENGÈRE, "Is a right to affirmative action the solution to the Orwellian postulate that all are equal but…", *Transformation: Critical Perspectives on Southern Africa* 2008, http://muse.jhu.edu/journals/transformation/v065/65.1montalti.pdf, 165 e.v., met verwijzing naar Constitutional Court 29 juli 2004, *Minister of Finance* v. *Van Heerden*, nr. 63/2003, *South African Law Reports* 2004, afl. 6, 121, waarin *Justice* MOSENEKE stelt dat "*the achievement of equality is not only a guaranteed and justiciable right in our Bill of Rights but also a core and foundational value; a standard which must inform all law and against which all law [*including the Employment Equality Act and the PEPUDA*] must be tested for constitutional consonance* […]." Vervolgens schrijven MONTALTI en BELLENGÈRE op p. 168 dat "*the Constitution does not simply allow for a duty to impose affirmative action, as Section 15 of the EEA does towards designated employers, but actually imposes that duty in itself on all kinds of employers and other public or private institutions*."

[1939] Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 41.

[1940] C. ALBERTYN and B. GOLDBLATT, "Facing the challenge of Transformation: difficulties in the development of an indigenuous jurisprudence of equality", *South African Journal of Human Rights* 1998, 248; zie ook H. COMBRICK, *l.c.*, 232.

[1941] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, o.c., 42; P. DE VOS, "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act and socio-economic rights", l.c., 2.

[1942] Ibidem.

discriminatie onder het rechtvaardigingsschema van *section* 14 van de PEPUDA, eveneens rekening kan rekening worden gehouden met andere grondrechten die met het recht op gelijke behandeling conflicteren.[1943]

664. **Verband met materiële gelijkheid.** De aandacht voor de context waarbinnen de benadeling of differentiatie plaatsvindt, past volledig binnen het streven naar zogenaamde materiële gelijkheid (*substantive equality*) dat door de Zuid-Afrikaanse Grondwet wordt nagestreefd.[1944] De contextuele analyse is in de eerste plaats gericht op de beoordeling van impact en niet van vergelijkbaarheid, hetgeen op zich reeds kenmerkend is voor het streven naar materiële gelijkheid.[1945] Verder heeft het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof in haar rechtspraak herhaaldelijk doen blijken dat het maatregelen die erin bestaan om groepen te benadelen die in het verleden ook reeds te maken kregen met achterstelling, moeilijk als grondwettelijk kan beschouwen.[1946] Daarentegen zullen maatregelen die erop gericht zijn om structurele ongelijkheden weg te werken en aldus leiden tot ware materiële gelijkheid, een kleinere kans hebben om ongrondwettelijk te worden verklaard.[1947]

665. **Gevolgen voor verzekeringsrelaties?** De nadruk op een contextuele beoordeling zoals zij onder de *PEPUDA* wordt begrepen, kan ook gevolgen hebben voor verzekeringsrelaties. Aan de ene kant zal een acceptatiebeleid dat erop gericht is om bepaalde sociaal achtergestelde groepen zoals vrouwen, gehandicapten, zieken of "*Black people*"[1948] volledig uit te sluiten van bepaalde levensnoodzakelijke verzekeringsdiensten zoals hospitalisatieverzekering, minder snel worden beoordeeld als "fair". KOK argumenteert dat een contextgebonden beoordeling het echter ook mogelijk maakt om de beoordelaar van het geschil te laten rekening houden met de specifieke eigenheid van verzekeringsrelaties. Zo zou hij aandacht kunnen hebben voor het feit dat geslachts- en leeftijdsdiscriminatie in motorrijtuigenverzekering plaatsvindt in een zodanig specifieke context, dat er sneller kan worden uitgegaan van *fair discrimination:* gezien hun specifieke bedrijfsdoelstellingen (het bepalen van premies overeenkomstig het te verzekeren risico) hebben verzekeringsmaatschappijen immers goede (lees:

[1943] Equality Court of South Africa (Transvaal Provincial Division) 27 augustus 2008, *Strydom* v. *Nederduitse Gereformeerde Gemeente Morelata Park*, nr. 26926, *South African Law Reports* (T) 2009, afl. 4, 510, ov. 31. *In casu* ging het om de vrijheid van religie die werd ingeroepen als rechtvaardigingsgrond voor het weigeren van een homoseksueel als muziekleraar in een Christelijke school. In verzekeringsrelaties kan echter ook worden gedacht aan een conflict met het recht op privacy. Zie daarvoor *supra* nr. 316 en *infra* nr. 909. Hierbij zij eraan herinnerd dat de Belgische anti-discriminatiewet van 2003 expliciet melding maakte van de mogelijkheid tot in overweging nemen van andere grondrechten in de rechtvaardiging van onderscheid. Zie *supra* nr. 157.

[1944] H. COMBRICK, *l.c.*, 231; P. DE VOS, "Substantive equality after Grootboom: the emergence of social and economic context as a guiding value in equality jurisprudence", *l.c.*, 58-59: C. ALBERTYN, "Equality", *l.c.*, 116; T. DEANE en R. BRIJMOHANLALL, *l.c.*, 98; A. KOK, "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act: why the controversy?", *l.c.,* 307.

[1945] Zie reeds *supra* nr. 405, met de toelichting dat het feit dat de *PEPUDA,* door niet te verwijzen naar vergelijkbaarheid, maar wel naar impact en benadeling, zich inschrijft in een "*difference model*" eerder dan in een "*comparability model*", waardoor materiële gelijkheid kan worden nagestreefd.

[1946] Zie P. DE VOS, "The role of equality in the South African Legal System" *l.c.*, 144-145.

[1947] Ibidem.

[1948] In *section* 1 van de *Employment Equity Act* worden "*black people, women and people with disabilities*", beschouwd als zogenaamde "*designated groups*", die speciale bescherming verdienen tegen discriminatie. Cf. *supra* nr. 661, meerbepaald voetnoot nr. 1936.

betere) redenen om geslacht en leeftijd te gebruiken als differentiatiefactor dan het geval is in andere sectoren.[1949] Een contextgebonden beoordeling zou in een concreet geschil dus zowel in het voordeel van de eiser als van de verweerder kunnen spelen.

(c) impact en rechtvaardiging sensu stricto

666. **Verdere opsomming van beoordelingsfactoren.** In *section* 14(2)(b) wordt voor de beoordeling van *fairness* verwezen naar een lijst van beoordelingsfactoren die verder worden opgesomd onder *section* 14(3). Sommige factoren komen sterk overeen met de toetsingscriteria uit de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen en de hierboven uiteengezette Canadese rechtspraak. (zie de onderlijning in onderstaande opsomming) Met name wordt verwezen naar de volgende 9 beoordelingsgronden:

> *(3) The factors referred to in subsection (2)(b) include the following:*
>
> *(a) Whether the discrimination impairs or is likely to impair human dignity;*
>
> *(b) The impact or likely impact of the discrimination on the complainant;*
>
> *(c) The position of the complainant in society and whether he or she suffers from patterns of disadvantage or belongs to a group that suffers from such patterns of disadvantage;*
>
> *(d) The nature and extent of the discrimination;*
>
> *(e) Whether the discrimination is systemic in nature;*
>
> *(f) Whether the discrimination has a legitimate purpose;*
>
> *(g) Whether and to what extent the discrimination achieves its purpose;*
>
> *(h) Whether there are less restrictive and less disadvantageous means to achieve the purpose*
>
> *(i) whether and to what extent the respondent has taken such steps as being reasonable in the circumstances to –*
>
> *(i) address the disadvantage which arises from or is related to one or more of the prohibited grounds; or*
>
> *(ii) accommodate diversity.*

Deze negen stappen kunnen *grosso modo* worden onderverdeeld in twee grote groepen. Factoren (*a*) tot en met (*e*) betreffen een brede beoordeling van de impact van de discriminatie op de *eisende partij* en de groep waartoe zij behoort. Factoren (*f*) tot en met (*i*) gaan dieper in op het gedrag en de eigenlijke rechtvaardiging van de *verweerder*.[1950]

[1949] A. KOK, “Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act”, *l.c.*, 72.

[1950] Zie voor deze opdeling bv. P. DE VOS, "The promotion of equality and prevention of unfair discrimination act and socio-economic rights*, l.c.*, 2; Zie ook C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 43-45.

(i) Impact op de eisende partij

667. **Beoordelingsfactoren inzake (de ernst van de) impact.** De rechtvaardigingstoets uit de *PEPUDA* vraagt aan de rechter om in het beoordelen van de *fairness* van de bestreden maatregel, steeds rekening te houden met de impact die deze maatregel heeft gehad op de gediscrimineerde partij.[1951]

Hoe ernstiger de impact van de discriminatie op de eiser, hoe sneller zij wordt gezien als *unfair*.[1952] Op grond van de bepalingen van *Section* 14 (a) tot en met (e) kan de ernst van de impact worden beoordeeld. Indien de discriminatie in staat is om de menselijke waardigheid aan te tasten, zal zij eerder beschouwd worden als *unfair*.[1953] In het geval van een vermogende of gepriviligieerde eiser zal het moeilijker zijn om te kunnen spreken van *unfairness*, dan in het geval van een eiser die behoort tot een (traditioneel) benadeelde groep.[1954] Indien de discriminatie een eerder beperkte invloed heeft (*de minimis*) zal zij sneller worden beoordeeld als *fair*.[1955] Hoe meer de discriminatie ertoe leidt een hele groep te benadelen of past in een gelijkaardige traditie, hoe sneller zij wordt beschouwd als *unfair*.[1956]

668. **Vergelijking met het Canadese en Europese rechtvaardigingssysteem.** Het valt op dat de beoordelingscriteria die worden opgesomd omtrent het vaststellen van deze impact (paragrafen *a* tot en met *e*), factoren zijn die formeel niet terug te vinden zijn in het rechtvaardigingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen. Toch kan niet worden ontkend dat ook in het Europese beschermingssysteem bepaalde categorieën personen, zoals bv. de zwangere vrouw, omwille van hun kwetsbaarheid in de maatschappij, een speciaal erkende bescherming genieten.[1957] Zoals hoger reeds werd gesuggereerd, kan een beroep op het concept "menselijke waardigheid" (één van de beoordelingsfactoren van *section* 14 van de *PEPUDA*) in de toepassing van de artikel 19-Richtlijnen eveneens worden ingezet om de concrete betekenis en rijkweidte van het gelijkheidsbeginsel mee te helpen bepalen.[1958] Zoals hoger beschreven wordt het concept menselijke waardigheid in de Canadese rechtspraak eveneens

---

[1951] Zie A. KOK, "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act: why the controversy?", *l.c.,* 307-308.

[1952] *section* 14(3)(b).

[1953] *Section* 14(3)(a).

[1954] *Section* 14(3)(c). Dit bleek bv. in de rechtspraak van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof in de *Hugo-case,* Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 112: "*The more vulnerable the group aversely affected by the discrimination, the more likely the discrimination will be held to be unfair. Similarly, the more invasive the nature of the discrimination upon the interests of the individuals affected by the discrimination, the more likely it will be held unfair."* Zie ook *Harksen* v. *Lane*, Constitutional Court of South Africa 26 augustus 1997, *Harksen* v. *Lane NO & others*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 1, 300, ov. 64.

[1955] *Section* 14(3)(d).

[1956] *Section* 14(3)(e).

[1957] Zie reeds *supra* nr. 406, met verwijzing naar H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 12. Zie ook artikel 5, lid 3 van de Genderrichtlijn dat bepaalt dat kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, ondanks het optierecht van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, in geen geval mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen (cf. *supra* nr. 524).

[1958] Cf. *supra* nr. 457-462.

aangewend in de beoordeling van de rechtvaardiging van de betwiste handeling (zie de *Meiorin*-case)[1959] al dan niet in combinatie met de beoordeling van het benadelingsvereiste (zie de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in *Law* v. *Canada*-case).[1960]

669. ***Dignity*-beoordeling in de fairness-test.** In verband met de verwijzing naar "*dignity"* in de *PEPUDA*-rechtvaardigingstoets wordt eraan herinnerd dat deze verwijzing geenszins mag worden gekwalificeerd als een "*litmus-test*" die de vraag of er een aantasting is van *dignity* beschouwt als een fundamenteel criterium of een drempel die moet overwonnen worden alvorens er sprake kan zijn van een verdere beoordeling van de gerechtvaardigdheid van de bestreden handeling.[1961] Hierboven werd reeds benadrukt dat in de rechtspraak van het Zuid-Afrikaanse Constitutional Court eerder een expansieve functie wordt toegekend aan het *dignity*-concept, die er toe zou leiden dat personen wiens "menselijke waardigheid" in de ogen van de beoordelaar niet wordt aangetast, nog steeds beroep kunnen doen op het discriminatieverbod.[1962] Eerder is het zo dat hoe meer een groep wordt beschouwd als kwetsbaar of historisch benadeeld, hoe meer kans er bestaat dat discriminatie wordt bestempeld als "unfair". Dit blijkt reeds met zoveel woorden uit paragraaf (c) van section 14(3). De bewoordingen voor deze paragraaf zijn afgeleid uit de rechtspraak van het *Constitutional Court* in de *Hugo-case*.[1963] Het *Constitutional Court* beschouwde ondermeer de volgende groepen als een kwetsbare of in het verleden benadeelde groep:, ongetrouwde vaders[1964], "*non-citizens*"[1965], weduwes[1966], homo's en lesbiennes[1967] en (relevant voor verzekeringsrelaties,) vrouwen als moeder[1968] en

---

[1959] Hierboven werd reeds dieper ingegaan op de rol die een beroep op human dignity kan spelen in het bepalen of de noden van de persoon die wordt "gediscrimineerd" voldoende werden "geaccomodeerd". Zie *supra* nrs. 462en 617, met verwijzing naar Supreme Court of Canada, 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 62.

[1960] Cf. *supra* nrs. 450-451, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497, ov. 51.

[1961] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 44. Zie ook reeds *supra* nr. 451, meerbepaald voetnoot nr. 1389, met verwijzing naar South African Constitutional Court 7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300, ov. 50, dat o.m. verwees naar *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada, 25 mei 1999, *Egan* v. *Canada*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 2, 545.

[1962] Cf. *supra* nr. 451 , met verwijzing naar South African Constitutional Court 1997, *Prinsloo* v. *Van Der Linde & The Minister of Forestry and Water Affairs,* nr. 4/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 3, 1012, ov. 33.

[1963] Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 112.

[1964] Constitutional Court of South Africa 5 februari 1997, *Fraser* v. *Children's Court Pretoria North and Others,* nr. 31/96, *South African Law Reports* 197, afl. 2, 218, ov. 43.

[1965] Constitutional Court of South Africa 16 november 1997, *Larbi-Odam* v. *MEC for Education*, nr. 2/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 1, 745, ov. 20.

[1966] Constitutional Court of South Africa 26 augustus 1997, *Harksen* v. *Lane NO & others*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 1, 300, ov. 60.

[1967] Constitutional Court of South Africa 9 oktober 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* v. *Minister of Home affairs*, nr. 11/98, *South African Law Reports* 2000, afl. 2, 1, 42. Zie voor een toepasssing op grond van de *PEPUDA,* Equality Court of South Africa (Transvaal Provincial Division) 27 augustus 2008, *Strydom* v. *Nederduitse Gereformeerde Gemeente Morelata Park*, nr. 26926, *South African Law Reports* (T) 2009, afl. 4, 510, ov. 25-26 en 33.

[1968] Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, 1, ov.47.

HIV-besmette personen[1969].[1970] Voor alle duidelijkheid moet worden benadrukt dat de formulering omtrent de positie van de benadeelde en de mate van historische benadeling waaraan hij heeft blootgestaan er niet op zichzelf toe kan leiden dat de litigieuze benadeling ook moet worden beschouwd als gerechtvaardigd.

670. ***Dignity*-beoordeling in verzekeringsrelaties.** De rol die een beroep op *human dignity* kan hebben in het rechtvaardigingsproces in verzekeringsrelaties moet niet worden onderschat. Een goede toepassing betreft het gebruik van de factoren geslacht, leeftijd of huwelijkse staat in de premiezetting in motorrijtuigenverzekering. Zo argumenteert KOK dat het koppelen van deze eigenschappen aan onveilig rijgedrag wel degelijk een aantasting van de waardigheid van de betrokken persoon kan betekenen.[1971] Dit is met name het geval wanneer "veilige chauffeurs" te horen krijgen dat zij louter omwille van hun geslacht, leeftijd of huwelijkse staat, een hoger risico vormen. Een geval waarbij dergelijke eigenschappen onterecht in rekening worden gebracht zal sneller worden gezien als *unfair*. Daar staat tegenover dat verzekerden die passen binnen het sterotiepe beeld van de onveilige chauffeur veel minder snel geneigd zullen zijn om een discriminatievordering in te stellen.[1972]

671. **De beoordeling van "*impact*" en premieverschillen**. Naast een eventuele aantasting van menselijke waardigheid kan ook de meer algemene impact van de behandeling op de verzekeringnemer mee in rekening worden gebracht in verzekeringsrelaties.[1973] KOK suggereert een toepassingsvoorbeeld inzake de hoegrootheid van het verschil in premies tussen verzekerden. Hoe kleiner bv. het verschil in premie tussen groepen die enkel worden vastgesteld op grond van de beschermde kenmerken, hoe hoger de kans dat de discriminatie wordt beoordeeld als *fair.*[1974] Dit wil meteen ook zeggen dat grote verschillen in premies en uitkeringen een grotere kans hebben om als *unfair discrimination* te worden beschouwd. Zo suggereert KOK dat actuariële en statistische gegevens misschien een groot premie-verschil mogen voorschrijven tussen personen die al dan niet drager zijn van een beschermd kenmerk. Volgens hem kan "actuariële fairness" echter niet worden beschouwd als synoniem met "constitutionele" *fairness* of *fairness* in de zin van de *PEPUDA*.[1975]

[1969] Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, afl. 1, 1, ov. 28.

[1970] Zie C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 38-39.

[1971] A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 73.

[1972] Ibidem.

[1973] Zie *section* 14 (3) (b) van de PEPUDA. Voor een toepassing, zie Equality Court of South Africa (Transvaal Provincial Division) 27 augustus 2008, *Strydom* v. *Nederduitse Gereformeerde Gemeente Morelata Park*, nr. 26926, *South African Law Reports* (T) 2009, afl. 4, 510, ov. 33.

[1974] Ibidem.

[1975] *Ibidem*, 74, met verwijzing naar P. HAVENGA, "Equality in insurance law – the impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 281. HAVENGA stelt inderdaad dat "*The argument that the use of discriminating factors to assess the risk is actuarially sound, will certainly not suffice*".

(ii) Rechtvaardiging sensu stricto

672. Factoren (*f*) tot en met (*i*) van de rechtvaardigingsbeoordeling uit *section* 14(3) van de *PEPUDA* gaan zoals gezegd dieper in op het gedrag en de eigenlijke rechtvaardiging van de *verweerder.* In tegenstelling tot de opsomming onder (*a*) tot en met (*e*) komen deze beoordelingsfactoren inhoudelijk sterk overeen met de rechtvaardigingstoets uit de Canadese rechtspraak omtrent discriminatie in horizontale relaties, alsook met de open rechtvaardigingsformule uit de artikel 19-Richtlijnen.

1/ Legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid

673. **Vergelijking met de Canadese en Europese rechtvaardigheidstoets.** *Section* 14 (3) van de *PEPUDA* vraagt dat in de beoordeling van het gerechtvaardigd karakter van de bestreden handeling, aandacht wordt besteed aan de vraag of de discriminatie een legitieme doelstelling kent (zie paragraaf *f*), of de ingezette middelen geschikt zijn om het doel te bereiken (paragraaf *g*) en of er minder belemmerende en minder benadelende maatregelen voorhanden zijn (paragraaf *h*).[1976] Dit patroon komt inderdaad overeen met het rechtvaardigingsschema uit de artikel 19-Richtlijnen, waarbij in de zogenaamde open rechtvaardigingsformule eveneens wordt gefocust op de legitimiteit van de doelstelling en de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de ingezette middelen.[1977] Zoals hierboven reeds aangetoond, kunnen dezelfde elementen ook worden teruggevonden in de opeenvolgende stappen van de Canadese *Meiorin*-toets.[1978] Ondanks de hierboven gedane vaststelling dat de in *section* 14 opgesomde beoordelingselementen niet worden gezien als strikt op elkaar volgende stappen in het beoordelingsproces[1979], blijkt uit de rechtspraak dat indien de rechtvaardiging van de verweerder faalt op de legitimiteitsbeoordeling, als dusdanig niet meer wordt overgegaan tot een onderzoek naar geschiktheid of noodzakelijkheid.[1980]

674. **Subjectieve component?** Een aspect dat op het eerste gezicht wel ontbreekt in de formulering van de rechtvaardigingstoets in de *PEPUDA*, en dat wel voorkomt in de Canadese *Meiroin*-toets (en tot op zekere hoogte ook in de Europese *Bilka*-toets), is de vraag of de verweerder verkeerde in een *good faith belief* dat de getroffen maatregel noodzakelijk was voor het bereiken van de vooropgestelde doelstelling. Het betreft de zogenaamde subjectieve component in de *Meiorin*-toets,[1981] of de vraag of de getroffen maatregelen tegemoetkomen aan de "*werkelijke behoefte van de onderneming"* in de Bilka-toets.[1982] Het ontbreken van een overwegingsmogelijkheid omtrent de subjectieve over-

[1976] Zie ook A. KOK, "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act: why the controversy?", *l.c.,* 308.

[1977] Cf. *supra* nrs. 553 e.v.

[1978] Cf. *supra* nrs. 619-622.

[1979] Cf. *supra* nr. 657.

[1980] Equality Court of South Africa (Transvaal Provincial Division) 27 augustus 2008, *Strydom* v. *Nederduitse Gereformeerde Gemeente Morelata Park*, nr. 26926, *South African Law Reports* (T) 2009, afl. 4, 510, ov. 32.

[1981] Cf. *supra* nr. 616, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 60.

[1982] Cf. s*upra* nr. 621, met verwijzing naar H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36.

wegingen van de verwerende partij, wordt in Zuid-Afrika echter niet als abnormaal beschouwd. Het stemt overeen met de strikte benadering die de Zuid-Afrikaanse rechtspraak over het algemeen hanteert met betrekking tot de irrelevantie van het intentiebegrip.[1983]

675. **Aanvaardbaarheid van economische doelstellingen...** Gezien de vaststellingen in de Canadese[1984] en Europese[1985] beschermingssystemen, loont het de moeite om na te gaan in welke mate zogenaamde economische overwegingen in Zuid-Afrika worden toegelaten als legitieme doelstelling voor de bestreden maatregel. De rechtspraak van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof aanvaardt dat economische overwegingen toelaatbaar zijn in de rechtvaardiging van discriminatie. Niettemin zal rechtvaardiging die specifiek berust op kosten-argumenten steeds erg kritisch worden beoordeeld.[1986] Volgens het Grondwettelijk Hof moet namelijk worden vermeden dat via dit soort argumenten vooroordelen en stereotypering binnensluipen in de rechtvaardigingsbeoordeling. Zo oordeelt het Grondwettelijk Hof in *Hoffmann* v *South African Airways* dat

> *"Legitimate commercial requirements are, of course, an important consideration […]. However, we must guard against allowing stereotyping and prejudice to creep in under the guise of commercial interests. The greater interests of society require the recognition of the inherent dignity of every human being, and the elimination of all forms of discrimination. Our Constitution protects the weak, the marginalised, the socially outcast, and the victims of prejudice and stereotyping. It is only when these groups are protected that we can be secure that our own rights are protected."*[1987]

676. **…in verzekeringsrelaties.** In de Zuid-Afrikaanse literatuur wordt met betrekking tot het formuleren van een legitieme doelstelling van discriminatoir onderscheid in verzekeringsrelaties graag beroep gedaan op de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in de (hoger besproken) Zurich-*case*, waar het stelde dat *charging premiums that are commensurate with risk* een legitieme bedrijfsdoelstelling uitmaakte.[1988] Vanaf het moment dat de premie dus overeenstemt met het te verzekeren risico, zou dus voldaan zijn aan het legitimiteitsvereiste. In het geval de verzekerde echter kan aanto-

---

[1983] J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 368. Zie ook reeds *supra* nr. 363, met verwijzing naar Constitutional Court of South Africa 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 43.

[1984] Cf. *supra* nrs. 591 en 593 (*Zurich*-case), 615 (*Meiorin*-case), 624 (*Grismer*-case) en 647 (overeenkomst met de *Bilka*-test).

[1985] Cf. *supra* nrs. 554-558.

[1986] J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 369; S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, *l.c.*, 98-99; C. ALBERTYN, "Equality", *l.c.*, 121.

[1987] Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, afl. 1, 1, ov. 34.

[1988] A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 74, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*"). Zie reeds *supra* nr. 591.

nen dat de gebruikte segmentatiecriteria géén accurate voorspelling geven van het te verzekeren risico zou er sprake zijn van een "sterke indicatie" voor geval van *unfair discrimination*.[1989]

677. **Geschiktheidscriterium in verzekeringsrelaties.** De toepassing van *Section* 14(3) van de *PEPUDA* op verzekeringsrelaties impliceert niet enkel dat het litigieuze differentiatiebeleid van de verzekeraar moet voldoen aan een legitieme doelstelling, maar ook dat dit beleid in staat is om deze doelstelling te bereiken (zie s*ection* 14(3)(g). In de Zuid-Afrikaanse rechtsleer wordt voor het vertalen van het geschiktheidscriterium (de vraag of de gebruikte middelen geschikt zijn om het vooropgestelde legitieme doel te verwezenlijken) naar verzekeringsrelaties, andermaal inspiratie gehaald uit het Canadese voorbeeld in de *Zurich*-case. Men onderzoekt of het gebruikte onderscheidingscriterium een adequate factor is om het te verzekeren risico te meten.[1990] Opnieuw naar analogie met de Canadese rechtspraak rijst daarbij ook in Zuid-Afrika de vraag of er tussen het gebruikte differentiatiecriterium en het te verzekeren risico een causale band, dan wel een gewone statistische correlatie dient te bestaan.[1991] Men refereert hierbij graag naar de hierboven besproken *dissenting opinion* van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in de Zurich-*case* voor het Canadese Supreme Court, waarin zij stelde dat "*the rational connection* [*to the insured risk*] *must be something more than a statistical correlation; a causal connection between the distinction and the insured risk must be established.*"[1992]

678. **Causale relatie tussen beschermd kenmerk en risico?** KOK wijst erop dat als de rechtbanken zouden aandringen op een causaal verband tussen het gebruikte segmentatiecriterium en het verzekerde risico, het gevaar bestaat dat de differentiatiefactoren geslacht, leeftijd en huwelijkse staat per definitie niet meer verenigbaar kunnen worden geacht met het gelijkheidsbeginsel.[1993] Immers, van een werkelijk causaal verband tussen deze factoren en het te verzekeren risico kan in de verzekeringspraktijk slechts zeer uitzonderlijk worden gesproken. Zij vormen inderdaad slechts een surrogaat (of beter gezegd een *proxy*) voor de echte (en meer neutrale) oorzakelijke factoren. Volgens KOK moet het weliswaar mogelijk zijn om in *section* 14 (f) en (g) van de *PEPUDA* het vereiste te zien van een rationele band tussen het gebruikte differentiatiecriterium en het te verzekeren risico, maar het vereisen van een heus causaal verband zoals hij dat leest in de *dissenting opinion* van L'HEUREUX-DUBÉ, gaat volgens hem wellicht te ver.[1994]

[1989] A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 74.

[1990] Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Application of Principles to the Facts*"). Zie ook *supra* nr. 594.

[1991] A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 74; Zie ook P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 279-280.

[1992] Zie reeds *supra* nr. 598, met verwijzing naar L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*").

[1993] A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 75.

[1994] Ibidem.

Het is van belang er hier op te wijzen dat het 'causaliteitscriterium' zoals L'HEUREUX-DUBÉ dat beschreef in haar *dissenting opinion* in de Zurich-case, niet noodzakelijk impliceerde dat een differentiatiecriterium enkel kan worden toegelaten als er sprake is van een zuiver causale relatie met het te verzekeren risico. Zoals hoger reeds werd aangetoond, ligt het zwaartepunt van de beoordeling van L'HEUREUX-DUBÉ in de vraag of de door de verzekeraar samengestelde risico-groepen niet '*over-inclusive'* zijn.[1995] De verzekeraar hoort te vermijden dat personen die binnen een bepaalde risicogroep niet thuishoren, omdat hun persoonlijke risicoprofiel niet overeenstemt met het gemiddelde risicoprofiel binnen de groep, toch binnen deze risicogroep blijven ingedeeld en een premie betalen die overeenstemt met dit gemiddelde risico. Het gebruik van factoren zoals "*mileage*" (aantal gereden kilometers over een bepaalde periode) of "*accident records*, waarvan zij vermoedt dat zij in een verhoogd correlatief verband staan met het risico, kan de verzekeraar in staat stellen om risico-groepen tot stand te brengen die *minder* over-inclusive zijn.[1996] Hiermee wordt duidelijk dat de beoordeling van het geschiktheidscriterium moeilijk los kan worden gezien van de vraag naar mogelijke alternatieve, minder belemmerende maatregelen.

679. **Bewuste weglating van "statistische gegevens" als rechtvaardigingsvereiste in *section* 14.** In tegenstelling tot hetgeen het geval is in de Europese artikel 19-Richtlijnen (meerbepaald de *opting-out* clausules uit de Genderrichtlijn[1997], de Kaderrichtlijn arbeid[1998] en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid[1999]) is in de *PEPUDA* geen bepaling opgenomen die differentiatie in verzekeringsrelaties toelaatbaar acht wanneer zij gebaseerd is op actuariële en statistische gegevens.[2000] Dit is een bewuste keuze, zo blijkt uit de voorbereidende werken bij de *PEPUDA*.[2001] Men wou vermijden dat door een verwijzing naar statistische en actuariële gegevens, een verhoogde bewijslast zou komen te liggen op de *eisende* partij. Om een *prima facie* bewijs van discriminatie te kunnen leveren, mag van de eiser in geen geval worden verlangd dat hij aantoont dat de differentiatie waar hij het slachtoffer van is, *niet* gebaseerd is op actuariële en statistische gegevens. Bewijzen dat de verzekeraar zijn beleid niet heeft gebaseerd op actuariële en statistische gegevens is slechts haalbaar indien de verzekerde toegang heeft tot dergelijke gegevens. Nu dat in de praktijk niet het geval is, zou door de hoge bewijslast de toegang tot de rechter worden afgesneden voor gewone slachtoffers van discrimina-

---

[1995] Zie reeds *supra* nr. 598, met verwijzing naar *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*"): "*the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test, particularly in the evaluation of available alternatives and the proportionality of the discriminatory classification.*"

[1996] Ibidem.

[1997] Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, cf. *supra* nrs. 520 e.v.

[1998] Zie artikel 6, lid 2 van de Kaderrichtlijn Arbeid, cf. *supra* nr. 536.

[1999] Zie artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, cf. supra nrs. 539 en 547.

[2000] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 116; ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITEE, *l.c.*, 5.

[2001] Zie het antwoord van Dr. H. DAVIES op een vraag van Mrs. S.M. CAMERER in REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, *Debates of the nationale assembly*, Second Session – Second Parliament, 21 tot 26 januari 2000, 380-479, consulteerbaar in S. B. O. GUTTO, *o.c.* 41-42.

tie.[2002] Voorts was men van oordeel dat commerciële belangen, ook al zouden ze gebaseerd zijn op objectieve criteria, telkens moeten worden bekeken in samenhang met hun sociale context. Men achtte het in dit opzicht geschikter dat niet enkel de wetgever, maar ook de rechter de contouren moest kunnen helpen bepalen rond hetgeen moest worden beschouwd als "*unfair discrimination*."[2003] Differentiatie, zelfs op grond van objectieve statistische gegevens of commerciële overwegingen, kan afhankelijk van de omstandigheden toch *unfair discrimination* omvatten. Men voorspelt dan ook dat een segmentatiebeleid waarvan geoordeeld wordt dat het in staat is om de menselijke waardigheid aan te tasten of dat leidt tot een totale uitsluiting van bepaalde groepen van verzekerden, waarschijnlijk niet zal worden toegelaten op grond van de *PEPUDA*, *no matter how statistically supportable* [it] *may be.*[2004]

680. **Statistische gegevens als rechtvaardigingsgrond.** De Zuid-Afrikaanse *Life Offices Association* heeft de tekst van de *PEPUDA* aangegrepen om een auto-regulerende *Code on Equality* te publiceren waarin zij zich voorneemt om in hun segmentatiebeleid niet te differentiëren tussen personen op grond van de beschermde criteria, *tenzij* deze differentiatie

> *"is based on actuarial, statistical or medical data, or in the absence of such data, reputable medical or other applicable opinion, upon which it is reasonable to rely:*
>
> *and the differentiation is reasonable having regard to the applicablity of such data or opinion to the circumstances."*[2005]

BRACHER wijst erop dat deze code, buiten een algemene uiting van de intentie niet te discrimineren, weinig juridische waarde heeft voor de interpretatie van de *PEPUDA*. In ieder geval mag er niet uit worden afgeleid dat verzekeraars automatisch voldoen aan de *PEPUDA* indien zij een segmentatiebeleid hanteren dat gebaseerd is op statistisch bewijs of actuariële beoordeling.[2006] Zo kunnen het gebruikte statistische materiaal of de actuariële vaststellingen die op basis ervan zijn gemaakt reeds op zichzelf worden beoordeeld als *unfair*. Bovendien zal het feit dat er gebruik is gemaakt van actuariële en statistische gegevens verder dienen te worden afgewogen tegen de andere beoordelingscriteria van *section* 14. Zo zal rekening moeten worden gehouden met de vraag of de verzekeraar praktische alternatieven ter zijner beschikking had, of rekening had kunnen houden met meer neutrale risicometers.[2007]

[2002] *Ibidem*, 41.

[2003] *Ibidem*, 42.

[2004] P. BRACHER, *l.c.*, 245.

[2005] P. BRACHER, l.c., 244, met verwijzing naar "Life offices' association 'Code of Conduct – Chapter 23 Code on equality", http://www/loa.co.za/downloads/CodeOfConduct/Chapter23.pdf.

[2006] P. BRACHER, *l.c.*, 244; P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 281.

[2007] Zie daarvoor *section* 14(3)(h) van de PEPUDA. Zie ook C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 115-116; P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", 281; A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 73.

681. **Aanwezigheid van minder belemmerende maatregelen.** In de *PEPUDA* is ook deze laatste vraag (eventuele aanwezigheid van minder belemmerende maatregelen) aan de orde als deel van de rechtvaardigheidsbeoordeling van de bestreden handeling. Volgens paragraaf (h) van *section* 14(3) dient in de beoordeling van het gerechtvaardigd karakter, rekening te worden gehouden met de vraag "*whether there are less restrictive and less disadvantegeous means to achieve the purpose*". In de rechtsleer wordt dit vereiste vertaald naar de vraag of er in het segmentatiebeleid van de verzekeraar geen alternatieve of meer neutrale differentiatiefactoren beschikbaar waren. Op het vlak van motorrijtuigenverzekering wordt bv. gewezen op de factor *vehicle use* (type voertuig, gebruik van de wagen in het spitsuur), *mileage*, *vehicle ownership* (eigenaar van de wagen zou voorzichtiger zijn), *colour of the vehicle* (zichtbaarheid van de wagen), *number of drivers of the vehicle* en *geographical location*.[2008] Met betrekking tot dit laatste criterium wordt erop gewezen dat verzekeringsmaatschappijen zich in de Zuid-Afrikaanse context gemakkelijk schuldig kunnen maken aan indirecte discriminatie op grond van *ras*. Dit is te verklaren door de nog steeds voelbare effecten van vroegere apartheidsregelingen die door de installatie van "*black areas*" en "*white areas*", ras en geografische locatie sterk met elkaar hebben verbonden.[2009]

Naast een onderzoek naar meer neutrale differentiatiefactoren kan verder ook worden gedacht aan het gebruik van zgn. *loss control incentives* die kunnen worden ingezet om de premie te helpen drukken en nog beter te helpen aanpassen aan het te verzekeren risico. Zo wordt in motorrijtuigenverzekering gedacht aan speciale verminderingen voor personen die niet meer dan een bepaald aantal kilometers per jaar afleggen, verminderingen gekoppeld aan het volgen van rijlessen of het gebruik van *no claim bonuses*, die er zoals in een bonus-malussysteem voor zorgen dat de premie zakt naarmate er binnen een bepaalde periode geen vorderingen worden ingesteld bij de verzekeraar.[2010]

2/ Redelijke aanpassingen

682. **Redelijke aanpassingen als deel van de rechtvaardigingstoets.** Onder paragraaf (*i*) van *section* 14 (3) wordt vervolgens nog een bijkomend criterium beschreven. Hier stelt men de vraag of en in welke mate de verweerder redelijke stappen heeft gezet om tegemoet te komen aan de benadeling die de bestreden handeling met zich meebrengt en daarmee de diversiteit te "accomoderen". Indirect

---

[2008] *Ibidem*, 81-83. Zie ook P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 281; C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 116.

[2009] Zie in dit verband de rechtspraak van het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof van 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 32, i.v.m. het toepassen van een ongelijk tarief voor water en electriciteit in '*old (white) Pretoria*' en *Mamelodi* en Atteridgeville. "*It is sufficient for the purposes of this judgment to say that this conduct which differentiated between the treatment of residents of townships which were historically black areas and whose residents are still overwhelmingly black, and residents in municipalities which were historically white areas and whose residents are still overwhelmingly white constituted indirect discrimination on the grounds of race. The effect of apartheid laws was that race and geography were inextricably linked and the application of a geographical standard, although seemingly neutral, may in fact be racially discriminatory.*"

[2010] A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 83, met verwijzing naar L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *l.c.,* 877 e.v.

wordt hierdoor een verplichting opgelegd om positieve maatregelen te nemen om discriminatie te verminderen.[2011]

De formulering onder *section* 14 (3) (i), komt in grote mate overeen met de onder de *Meiorin*-toets beschreven "*duty to accommodate to the point of undue hardship*". In tegenstelling tot de open rechtvaardigingsformule uit de artikel 19-Richtlijnen blijkt de *PEPUDA* het Canadese voorbeeld te volgen waarbij de plicht tot redelijke aanpassingen wordt beschouwd als een expliciet deel van de rechtvaardigingstoets. Het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof benadrukt wel dat de *fairness*-test niet mag worden herleid ("*reduced*") tot het aspect van redelijke aanpassingen. Zo verklaart *Justice* LANGA in de zaak *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others* v. *Pillay*

> *"There may be circumstances where fairness requires a reasonable accommodation, while in other circumstances it may require more or less, or something completely different. It will depend on the nature of the case and the nature of the interests involved."*[2012]

Het feit dat redelijke aanpassingen niet werden voorzien is dus niet steeds decisief voor de kwalificatie van de bestreden handeling als een schending van het verbd van discriminatie onder de *PEPUDA*.

683. **Inspiratie vanuit de rechtspraak in arbeidsrelaties.** Nu is het vreemd genoeg zo dat in de *Employment Equity Act* (die van toepassing is op arbeidsrelaties) de verplichting tot redelijke aanpassingen, *niet* formeel is opgenomen in de in deze wet geformuleerde rechtvaardigingstoets

> In de *Employment Equity Act* wordt de verplichting tot redelijke aanpassingen wel geformuleerd als een vorm van *affirmative action*[2013], die in Zuid-Afrika weliswaar onder ruime voorwaarden wordt toegelaten, en ten opzichte van zogenaamde *designated groups* zelfs geformuleerd wordt onder de vorm van een verplichting.[2014] Het feit dat redelijke aanpassingen als vorm van *affirmative action* toch verplicht wordt gemaakt, leidt er volgens sommigen toe dat deze plicht ook afdwingbaar kan worden gemaakt door werknemers.[2015] Het feit dat de opstellers van de *Employment Equity Act* het Canadese voorbeeld, waarbij de

---

[2011] C. ALBERTYN, "Equality", *l.c.*, 117. Zie ook S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, *l.c.*, 98.

[2012] Zie Constitutional Court of South Africa 5 oktober 2007, *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others* v. *Pillay*, nr. 51/06, *South African Law Reports* 2008, afl. 1, 474, ov. 78. Volgens *Justice* LANGA zijn twee factoren in ieder geval relevant ter omschrijving van situaties waarin redelijke aanpassingen vereist zijn: "*First, reasonable accommodation is most appropriate where, as in this case, discrimination arises from a rule or practice that is neutral on its face and is designed to serve a valuable purpose, but which nevertheless has a marginalising effect on certain portions of society. Second, the principle is particularly appropriate in specific localised contexts, such as an individual workplace or school, where a reasonable balance between conflicting interests may more easily be struck.*" Het gebruik van de woorden "most appropriate" geeft aan dat LANGA geenszins de bedoeling heeft de plicht tot redelijke aanpassingen te herleiden tot als een exclusieve beoordelingsfactor voor indirecte discriminatie.

[2013] Zie Section 15(2)(c) van de Employment Equity Act: Affirmative action measures implemented by a designated employer must include […] (c) making reasonable accommodation for people from designated groups in order to enure that they enjoy equal opportunities and are equitably represented in the workforce of a designated employer.

[2014] Zie Section 13(1) van de Employment Equity Act: Every designated employer must, in order to achieve equity, implement affirmative action measures for people from designated groups in terms of this Act.

[2015] Zoals hoger reeds toegelicht (*supra* voetnoot nr. 1936) wordt *affirmative action* in sommige rechtspraak conceptueel niet enkel beschouwd als "*shield*" voor de werkgever die een bepaald beleid wil bestempelen als niet-discriminatoir, maar evenzeer als "*sword*" voor de werknemer die het beleid van de werkgever, die geen maatregelen van *affirmative action* heeft genomen, kan bestempelen als discriminatoir. Zie J. GROGAN, *Dismissal, discrimi-*

verplichting tot redelijke aanpassingen deel uitmaakt van de rechtvaardigingstoets, niet hebben gevolgd waar het de arbeidsrelaties betreft, wordt in de Zuid-Afrikaanse literatuur echter betreurd.[2016] Ondanks het feit dat redelijke aanpassingen worden ingeschreven onder de verplichting tot *affirmative action* meent men dat unieke karakteristieken en omstandigheden van de individuele werknemer nog steeds te weinig in rekening zullen worden gebracht en het nog steeds moeilijk zal blijven de werkgever ter verantwoording te roepen in verband met de redelijke inspanningen die hij al dan niet heeft geleverd om aan deze omstandigheden tegemoet te komen.[2017]

684. **Inspiratie vanuit rechtspraak in arbeidsrelaties.** Ondanks het feit dat de verplichting tot redelijke aanpassingen door de *Employment Equity Act* niet letterlijk is opgenomen in de rechtvaardigingstoets voor discriminatie, blijkt de rechtspraak omtrent discriminatie in arbeidsrelaties het *reasonable accommodation*-criterium toch toe te passen. Dit bleek bijvoorbeeld in de zaak *Woolworths* v. *Whitehead* voor het *Labour Appeal Court*. Onder de criteria die kunnen worden gebruikt voor de beoordeling van de *fairness* van de discriminatie somt het Hof heel wat elementen op die ook zijn terug te vinden onder *section* 14 van de *PEPUDA* en die formeel niet zijn ondergebracht in de *Employment Equity Act.* Eén van de aspecten die volgens het *Labour Appeal Court* expliciet moet worden onderzocht is

> *"whether and to what extent the respondent has taken reasonable steps to address the disadvantage caused by the discrimination, or to accommodate diversity."*[2018]

Uit dit voorbeeld blijkt dat in Zuid-Afrika, ondanks een verschillende formulering in de wetgevende akten, de rechtvaardigingsmethodes voor arbeidsrelaties en niet-arbeidsrelaties, (net zoals in Canada) voor een groot stuk gelijksporen. De opname van het *reasonable accommodation*-criterium door het *Labour Appeal Court* in een arbeidsdiscriminatiegeschil bewijst dat de verwezenlijkingen die in het ene domein (niet-arbeidsrelaties) worden bewerkstelligd, goed kunnen dienen als voedingsbodem voor de rechtvaardigingstoets in het andere domein (arbeidsrelaties). Het loont daarom zeker de moeite om omgekeerd ook de arbeidsdiscriminatierechtspraak in het oog te houden voor een verdere interpretatie van de rechtvaardigingstoets in *niet*-arbeidsrelaties. Interessant is daarbij de uitgesproken focus in de Zuid-Afrikaanse arbeidsdiscriminatierechtspraak op de vraag in welke mate de werkgever in zijn arbeidsbeleid heeft rekening gehouden met de *individuele karakteristieken en omstandigheden* van de werknemer.

---

nation and unfair labour practices, Lansdowne, Juta, 2005, 46, met verwijzing naar Labour Court of South Africa 9 mei 2003, *Harmse* v. *City of Cape Town*, C 966/2002, http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2003/53.html, ov. 44. *Supra* nr. 661, meerbepaald onder voetnoot nr. 1938, werd ook verwezen naar M. MONTALTI en A. BELLENGÈRE, *l.c.*, 165, die wijzen op de plicht tot maatregelen van *affirmative action* die uitgaat van *section* 9(2) van de Zuid-Afrikaanse Grondwet. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat maatregelen van *affirmative action* in Zuid-Afrika niet worden gezien als een preferentiële maatregel, maar wel als een gelijkmakende (*equalizing*) maatregel. Zie M.S. KENDE, "Gender stereotypes in South African and American Constitutional Law: The advantages of a pragmatic approach to equality and transformation", *South-African Law Journal* 2000, afl. 4, 762.

[2016] T. COHEN, *l.c.*, 267.

[2017] Ibidem.

[2018] Labour Appeal Court of South Africa 3 april 2000, Woolworths v. Whitehead, CA 06/99, http://www.saflii.org/za/cases/ZALAC/2000/4.html, ov. 124.

685. **Aandacht voor de individuele karakteristieken (van de werknemer).** Zo heeft het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof zich in de eerder genoemde zaak *Hoffmann* v. *South African Airways* expliciet uitgesproken voor de noodzaak aan een geïndvidualiseerde beoordeling (*individualized assessment*) in zaken waar een werkgever in zijn aanwervingsbeleid differentiaties wil aanbrengen op grond van gezondheidstoestand.[2019] Het Grondwettelijk Hof accepteerde dat *sommige* HIV-besmette personen, onder bepaalde omstandigheden misschien ongeschikt zijn voor het uitoefenen van het werk van cabine-personeel in de luchtvaart, maar dat dit geenszins de uitsluiting rechtvaardigt van *alle* personen die HIV besmet zijn.[2020] HIV-patiënten moeten volgens het Hof steeds de kans krijgen om hun gezondheidstoestand te laten evalueren in het licht van de bestaande medische kennis.[2021]

> *"[Otherwise] they would be vulnerable to discrimination on the basis of prejudice and unfounded assumptions - precisely the type of injury our Constitution seeks to prevent."*[2022]

Ook de meer recente beslissing van het *Labour Court* in de zaak *IMATU* v. *City of Cape Town* wijst in de richting van een verhoogde aandacht in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak voor een meer geïndividualiseerde benadering van de (kandidaat-)werknemer.[2023] Het Hof oordeelde dat een *blanket ban* om diabetici aan te werven als brandbestrijder een ongeoorloofde vorm van discriminatie uitmaakte, omdat ondanks de geschiktheid om met een dergelijke maatregel de publieke veiligheid te willen garanderen, de maatregel aan diabetici karakteristieken toeschreef

> *"which were generalised assumptions about groups of people to each individual who was a member of the group, irrespective of whether the individual displayed the characteristics in question."*[2024]

Hoewel de kandidaat-werknemer afhankelijk was van insuline, bleek hij toch fysiek geschikt en had hij de optimale controle over zijn ziekte. Het feit dat de werkgever hiervoor de ogen had gesloten deed het Hof oordelen dat er wel degelijk sprake was van discriminatie.

686. **Individuele risico-beoordeling in verzekeringsrelaties?** Dat een meer geïndividualiseerde beoordeling van de behoeften van de benadeelde partij in Zuid-Afrika uitgerekend in arbeidsrelaties wordt aanvaard, impliceert dat een dergelijke beoordeling misschien zelfs *a fortiori* kan worden opgelegd binnen het domein van de goederen- en dienstensector. De zogenaamde *duty to accommodate* is in de *PEPUDA* (die van toepassing is op het leveren van goederen en diensten) immers formeel

---

[2019] J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 369.

[2020] Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, afl. 1, 1, ov. 32.

[2021] A.G. NIENABER en D. VAN DER NEST, *l.c.*, 303.

[2022] Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, afl. 1, 1, ov. 32.

[2023] J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 369-370.

[2024] Labour Court of South Africa 18 juli 2005, *IMATU* v. *City of Cape Town*, http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2005/10.html, ov. 111.

opgenomen als een volwaardige beoordelingsfactor van de rechtvaardiging van de bestreden maatregel.[2025] Zoals hierboven reeds aangetoond, kan de verplichting tot redelijke aanpassingen zoals die is opgenomen in de Canadese rechtspraak omtrent rechtvaardiging van discriminatie in horizontale relaties (arbeidsrelaties en niet-arbeidsrelaties) eveneens leiden tot een beoordeling van de vraag of in de gegeven omstandigeden een meer geïndividualiseerde beoordeling mogelijk was geweest van de behoeften van de vermeend gediscrimineerde partij.[2026] Of een meer geïndividualiseerde beoordeling door de Zuid-Afrikaanse rechtspraak ook als vorm van accommodatie zou kunnen worden opgelegd in verzekeringsrelaties blijft dan de vraag. Het Canadese Supreme Court erkende in de zaken *Zurich* en *Potash* dat de realiteit van verzekerings (-en pensioen)relaties niet strookt met het vereisen van een individuele beoordeling van het risico.[2027] In de lagere rechtspraak kon echter worden vastgesteld dat een dergelijke geïndividualiseerde risico-beoordeling in uitzonderlijke omstandigheden toch kan worden opgelegd aan de verzekeraar.[2028] Rekening houdend met de belangrijke impact die de Canadese rechtspraak toch schijnt te hebben op het Zuid-Afrikaanse anti-discriminatierecht[2029], is het niet uitgesloten dat een vergelijkbare houding zou kunnen worden aangenomen in toepassing van de *PEPUDA.*

(d) objectieve en redelijke rechtvaardiging "intrinsic to the activity concerned"

687. **Formulering.** Onder *section* 14(2)(c) tenslotte wordt verklaard dat de *unfairness* van de betwiste handeling moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag of zij

> *"reasonably and justifiably differentiates between persons according to objectively determinable criteria, intrinsic to the activity concerned".*

[2025] Cf. *supra* nrs. 666 en 682.

[2026] Zie voor arbeidsrelaties, Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 32-33.

[2027] Zie voor de meerderheid Justice SOPINKA in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321: "Although not all persons in the class share the same risk characteristics, no one would suggest that each insured be assessed individually. That would be wholly impractical. (onder titel "Reasonable and Bona Fide Grounds") Zie eveneens (dissenting) Justice L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321 (onder titel "Analysis"): "I recognize, as did the Divisional Court, that while individual testing may be both feasible and desirable in the employment context, it is not possible in the insurance context where, as my colleague points out, rates are based on characteristics shared by members of an identifiable group." Zie reeds supra nr. 598. Zie ook Justice MCLACHLIN in de Potash-case (m.b.t. het gebruik van een maximum-leeftijd in een pensioenplan), alwaar zij verklaart dat de rechtvaardiging op zich niet dient te worden gevoerd met betrekking tot de situatie van de individuele werknemers, maar wel met betrekking tot het pensioenplan in zijn geheel. Cf. supra nr. 636, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 18 juli 2008, New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan, Supreme Court Reports 2008, afl. 2, 604, ov. 78: "Pension plans are premised on treating groups of people in similar fashion. An individual approach belies this premise."

[2028] Cf. *supra* nr. 642, met verwijzing naar British Columbia Human Rights Tribunal 21 oktober 2004, *Fraser* v. *ING Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 2004, D/542, 163; British Columbia Human Rights Tribunal 21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43, ov. 62.

[2029] J .PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 309; C.R.M. DLAMINI, "Equality or Justice? Section 9 of the Constitution revisited?", *Journal for Juridical Science* 2002, afl. 2, 28; M.S. KENDE, *l.c.*, 763.

Section 14(2)(c) doet terug denken aan de rechtvaardigingsformule zoals die ook werd geformuleerd onder de oorspronkelijke Belgische Anti-discriminatiewet van 2003.[2030] Het in die wet gehanteerde rechtvaardigingsschema kwam er eveneens op neer dat iedere *prima facie* vorm van discriminatie (direct of indirect) kon worden gerechtvaardigd aan de hand van een "objectieve en redelijke rechtvaardiging".[2031]

De beoordelingsfactoren uit *section* 14(2)(c) van de *PEPUDA* kunnen worden opgesplitst in 3 bestanddelen. In de rechtvaardiging moet kunnen worden aangetoond dat gebruik werd gemaakt van objectief vaststelbare criteria, dat er een intrinsieke verbondenheid bestaat met de betrokken activiteit en dat de bestreden handeling redelijk moet zijn.

688. **Meerwaarde van *section* (14)(2)(c).** De beoordelingsfactoren uit *section* 14(2)(c) komen inhoudelijk sterk overeen met de hierboven besproken beoordelingscriteria uit *section* 14(3). Voor die beoordelaar van het geschil is *section* 14(2)(c) dan ook niet eenvoudig toepasbaar. In feite wordt hem gevraagd de beoordelingscriteria uit *section* 14(3) opnieuw toe te passen. Toch zou er sprake zijn van een verschil met *section* 14(3). De toelaatbaarheid van de bestreden behandeling zou in deze fase van de beoordeling niet meer worden gevoerd vanuit *fairness*-perspectief, maar wel vanuit een soort bijkomend "redelijkheids"-standpunt.[2032] Uit de voorbereidende werken bij de *PEPUDA* blijkt dat *section* 14(2)(c) door de Zuid-Afrikaanse wetgever echter vooral wordt gezien als een bevestiging van het feit dat "*economic considerations*" *een* rol kunnen spelen in de rechtvaardiging van discriminatie.[2033] Er wordt hierbij zelfs verwezen naar de specificiteit van verzekeringsrelaties. In de voorberei-

---

[2030] Cf. *supra* nr. 159.

[2031] Zie artikel 2, §§1-2 van de Anti-discriminatiewet van 2003: "Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, rechtstreeks gebaseerd is op […]"; "Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen op wie een van de in § 1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd."

[2032] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 46. Hierbij zij nog opgemerkt dat de beoordelingsfactoren uit *section* 14(2)(c), sterk overeenkomen met de beoordelingsfactoren uit *section* 36 van de *Bill of Rights* in de Zuid-afrikaanse Grondwet, die onder de titel *limitations of rights* bepaalt dat de rechten die in deze *Bill of Rights* zijn opgenomen "*may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including 1. the nature of the right; 2. the importance of the purpose of the limitation; 3. the nature and extent of the limitation; 4. the relation between the limitation and its purpose; and 5. less restrictive means to achieve the purpose.*" Daar verzekeringsmaatschappijen echter private personen zijn, zo beweert KOK, kunnen zij geen aanspraak maken op *section* 36, dat haar werking immers beperkt tot "*terms of law of general application*". KOK is wel van oordeel dat om grondwettelijke problemen te vermijden, het aangewezen blijft om de in *section* 36 opgenomen beoordelingsfactoren, in *section* 14 van de *PEPUDA* "in te lezen". Dit zou impliceren dat *unfair* discrimination in geen geval zou mogen worden gezien als rechtvaardigbaar. Zie A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 73. Zie echter ook, O. DUPPER, *l.c.*, 152-153 die beweert dat uit de rechtspraak van het Constitutional Court niet mag worden afgeleid dat "*it is impossible for a measure classified as unfair discrimination to ever be saved under the limitations clause*", met verwijzing naar *Justice* KRIEGLER in Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, 1, ov. 77, die over *section* 36 schrijft dat het een rechtvaardigingsmogelijkheid inhoudt, "*notwithstanding unfairness*".

[2033] Zie het antwoord van Dr. H. DAVIES op een vraag van Mrs. S.M. CAMERER in REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, *Debates of the nationale assembly*, Second Session – Second Parliament, 21 tot 26 januari 2000, 380-479,

dende werken bij de *PEPUDA* kan men lezen dat de wetgever met *section* 14(2)(c) heeft willen tegemoet komen aan commerciële belangengroepen wiens activiteiten totaal afhankelijk zijn van de mogelijkheid om te kunnen differentiëren tussen verschillende categorieën van personen, zoals met name de verzekeringssector.[2034] Er wordt letterlijk gesteld dat de *PEPUDA* in ieder geval niet de intentie heeft om verzekeringsmaatschappijen te verhinderen om een 50-jarige roker als een hoger risico aan te merken dan een 25-jarige niet-roker. Nog volgens de voorbereidende werken mag aan jonge mannen in bepaalde gevallen een hogere premie worden aangerekend dan aan anderen. Dit kán het geval zijn indien statistieken aantonen dat deze mannen effectief een hoger risico vormen ten opzichte van anderen.[2035] Ook in de rechtsleer wordt erkend dat *section* 14(2)(c) de wettelijke mogelijkheid in zich draagt voor de verzekeraar om zich in de rechtvaardiging van zijn segmentatiebeleid te beroepen op objectief bepaalbare criteria die intrinsiek verbonden zijn aan de uitoefening van het verzekeringsbedrijf.[2036]

689. **Objectief vaststelbare criteria.** Een eerste beoordeling die in *section* 14(2)(c) aan bod komt is de vraag of de aangevochten differentiatie gebaseerd is op objectief vaststelbare criteria. Het betreft een criterium dat inhoudelijk blijkt overeen te stemmen met het zogenaamde objectiviteitscriterium uit de rechtspraak van het Belgisch Arbitragehof.[2037] Het objectiviteitscriterium kan er overeenkomstig deze interpretatie op neer komen dat de aangevochten discriminatie aantoonbaar dient gebaseerd te zijn op criteria die geen mogelijkheid laten tot een subjectieve beoordeling van de hoedanigheid van de vermeend gediscrimineerde partij. Een objectief vaststelbaar criterium kan bv. zijn de HIV-status van een kandidaat-verzekerde die gekend is op grond van een bloed-test[2038], of een differentiatie op grond van obesitas, die is vastgesteld op grond van een schaal op de *body-mass index*. Indien de differentiatie niet is gebaseerd op een dergelijk objectief onderscheidingscriterium kan er alsnog sprake zijn van een verboden vorm van discriminatie.

---

consulteerbaar in S. B. O. GUTTO, *Equality and non-discrimination in South-Africa - the political economy of law and law making*, Claremont, New Africa Education, 2001, 41. Zie ook F. BARKER, "Concerns over the promotion of equality act remain", *Contemporary Labour Law* oktober 2000, afl. 3, 27, S. LIEBENBERG, "The new Equality legislation: Can it advance Socio-Economic Rights?", *l.c.*, 8: C. ALBERTYN, “Equality”, *l.c.*, 120.

[2034] *Debates of the National Assembly*, Second Session – Second Parliament, 21 tot 26 januari 2000, 380-479, consulteerbaar in S. B. O. GUTTO, *o.c.*, 41.

[2035] Ibidem.

[2036] P. BRACHER, *l.c.*, 244; S. LIEBENBERG en M. O’SULLIVAN, *l.c.*, 98; C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*¸ 115; B. PITYANA, *l.c.*, 6.

[2037] Zie Arbitragehof 10 maart 1998, nr. 25/98, *B.S.* 10 april 1998, ov. B.6.2; Arbitragehof 5 juli 1990, nr. 25/90, *B.S.* 6 oktober 1990, ov. 9.B.2.; Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.* 8 november 1989, ov. B.2.11. Ter herinnering: van deze rechtspraak werd uitgegaan dat zij (ook in verzekeringsrelaties) richting gaf aan de opvulling van de rechtvaardigingsformule in Belgische anti-discriminatiewet van 2003. Zie o.m. J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, “Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 37-38, (zie voor het objectiviteitscriterium, meer specifiek, nr. 42); B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.,* 249; Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 654. (zie voor het objectiviteitscriterium, meer specifiek, nr. 38); Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, “Discriminatie in verzekering”, *l.c.*, nr. 12 (zie voor het objectiviteitscriterium, meer specifiek, nr. 14); B. WEYTS, “Verzekeraars en de anti-discrimatiewet”, *l.c.*, 1089 (zie voor het objectiviteitscriterium, meer specifiek, nr. 25).

[2038] Zie bv. C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 47.

690. **Intrinsieke verbondenheid met de activiteit.** Ten tweede dient te worden aangetoond dat het betwiste gebruik van een onderscheidingscriterium intrinsiek verbonden is aan de activiteit in het kader waarvan de bestreden maatregel werd genomen. De voorwaarde van intrinsieke verbondenheid geeft aan dat de verhouding tussen het gebruikte differentiatiecriterium en de activiteit zodanig hecht dient te zijn dat de activiteit in kwestie niet mogelijk zou zijn indien het onderscheidingscriterium niet zou worden toegepast.[2039] In deze vereiste is een duidelijke parallel zichtbaar met de hoger besproken eerste stap uit de Canadese *Meiorin*-rechtspraak die de beoordelaar van het geschil vraagt na te gaan of de bestreden maatregel past in een doelstelling die *redelijkerwijze verbonden* is aan de uitvoering van het werk of de bestreden activiteit.[2040]

691. **Redelijkheid.** Ten derde dient te worden aangetoond dat de bestreden maatregel "*reasonable and justifiable*" is. Verdere toelichting over de invulling van dit beoordelingscriterium wordt in de *PEPUDA* niet gegeven. Iedere interpretatie van dit beoordelingscriterium dient echter steeds in overeenstemming te zijn met de doelstellingen van de Zuid-Afrikaanse Grondwet en de *PEPUDA* om een zo groot mogelijke materiële gelijkheid te promoten. Zodoende dient het beoordelingscriterium ook in overeenstemming te kunnen worden gebracht met de rest van *section* 14.[2041]. Ter inhoudelijke invulling van de termen *reasonable* en *justifiable* komen op die manier de hierboven besproken beoordelingsfactoren van *section* 14(3) terug in beeld. Om onnodige herhaling van deze beoordelingsfactoren te vermijden wordt in de rechtsleer voorgesteld deze bepaling te integreren in de beoordeling van de factoren van *section* 14(3) als een bijkomende gelegenheid om een *belangenafweging* tot stand te brengen tussen de economische overwegingen van de verwerende partij enerzijds en de benadeling van het vermeende slachtoffer anderzijds.[2042] Een dergelijke afweging van belangen die met de maatregel worden gediend en belangen die met de maatregel worden geschonden, loopt gelijk met het onderzoek naar het hierboven reeds besproken *true proportionality* zoals dat ook soms wordt gevoerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie.[2043] Een vergelijkbaar beoordelingscriterium waarbij het evenwicht wordt nagegaan tussen de voor- en de nadelen die de bestreden maatregel met zich meebrengt is ook zichtbaar in de rechtspraak van het Belgisch Arbitragehof en het Europees Hof voor

---

[2039] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 47; C. ALBERTYN, "Equality", *l.c.*, 120.

[2040] Cf. *supra* nr. 615, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 57-59 (*Meiorin*); Zie ook Supreme Court of Canada 16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, *Supreme Court Reports* afl. 3, 868, ov. 20.

[2041] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 47.

[2042] Ibidem.

[2043] Zie reeds *supra* nr. 563, met verwijzing naar H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Jur.* 2002, I-2891, ov. 39; H.v.J. 26 oktober 1999, *Angela Maria Sirdar/Secretary of State for Defence*, C-273/97, *Jur.* 1999, I-7403, ov. 26; H.v.J. 11 januari 2000, *Tanja Kreil/Bondsrepubliek Duitsland*, C-285/98, *Jur.* 2000, I-69, ov. 23; H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29-30; H.v.J. 27 oktober 1993, Enderby/*Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 28. Zie ook J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 288-289 en 304; S. SOTTIAUX, *l.c.*, 240; C. BAYART, *o.c.*, 223.

de Rechten van de Mens.[2044] In de Zuid-Afrikaanse rechtsleer wordt erop gewezen dat deze beoordelingsfase een belangrijke functie vervult wanneer zogenaamde economische overwegingen worden aangevoerd als rechtvaardiging voor de bestreden handeling.[2045] In de mate dat dergelijke economische overwegingen al toegelaten zijn (in Zuid-Afrika geldt er zoals gezegd een kritische benadering van kostenargumenten[2046]), zullen zij door de evenredigheidsbeoordeling weliswaar niet kunnen worden uitgespeeld als een "troefkaart" die in staat is om alle andere overwegingen en belangen in een geschil aan de kant te schuiven.[2047]

§ 4. Besluit bij deze afdeling

692. **Mogelijkheid tot belangenafweging.** Uit deze afdeling is gebleken dat de rechtvaardigingsmogelijkheid van discriminatie een cruciale plaats inneemt bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van het differentiatiebeleid van de verzekeraar. Waar in de artikel 19-Richtlijnen het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie nog van bijzonder belang is om te weten of en onder welke termen een handeling rechtvaardigbaar is, wordt in Canada en Zuid-Afrika een uniform rechtvaardigingssysteem nagestreefd voor beide vormen van discriminatie. Het blijkt dat de rechter in deze laatste systemen grote autonomie geniet bij het beoordelen van het discriminatoir karakter van de bestreden behandeling. Deze autonomie kent het voordeel dat rekening houdend met de concrete context van ieder geschil, een afweging tot stand kan komen van alle in het geschil betrokken belangen.

693. **Rechtvaardigbaarheid in Europese verzekeringsrelaties.** Het idee dat directe discriminatie in principe niet rechtvaardigbaar is, zo werd ingezien door de Europese wetgever, is in bepaalde sectoren, zoals met name de verzekeringsindustrie, niet houdbaar. Als gevolg van de moeilijkheid om in de besluitvorming binnen de Raad unanimiteit te bereiken, is de beslissingsbevoegdheid om een rechtvaardigingsmogelijkheid toe te staan, via het gebruik van opt-out mogelijkheden in de artikel 19-Richtlijnen, verschoven naar de lidstaten. Het waren de nationale wetgevers die, binnen de strikte voorwaarden voorzien in de Genderrichtlijn, de cruciale keuze moesten maken of de verzekeraar, op grond van actuariële en statistische gegevens een differentiatiebeleid mag voeren waarbij mannen en vrouwen verschillend mogen worden behandeld op het gebied van premies en uitkeringen. In het nieuwe *Voorstel* van Kaderrichtlijn buiten arbeid, voorziet men een gelijkaardig systeem voor onderscheiden op grond van handicap en leeftijd. Ook in de aanvullende sociale voorzieningen worden dergelijke keuzes aan de lidstaten gelaten in verband met onderscheid op grond van leeftijd. In aanvullende pensioenen zijn, als gevolg van de *ad hoc*-rechtspraak van het Hof van Justie een aantal

---

[2044] Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90, *B.S.* 27 juli 1990, ov. B.9.2; Arbitragehof 14 juli 1990, nr. 26/90, *B.S.* 4 augustus 1990, ov. 6.B.8; EHRM 24 februari 1995, *McMichael/ United Kingdom*, nr. 16424/90, §98; EHRM 28 oktober 1987, *Inzel Austria*, nr. 8695/79, §41.

[2045] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 47.

[2046] *Cf. supra* nr. 675, met verwijzing naar Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, afl. 1, 1, ov. 34. Zie ook J. PARTINGTON en A. VAN DER WALT, *l.c.*, 369; S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, *l.c.*, 98-99; C. ALBERTYN, "Equality", *l.c.*, 121.

[2047] C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 47.

beperkte uitzonderingen opgenomen in verband met geslacht. Het resultaat is een lappendeken van rechtvaardigingsmogelijkheden dat klaarblijkelijk een hiërarchie schept in de beschermde discriminatiegronden, afhankelijk van het rechtsdomein en het territoriaal toepassingsgebied van de nationale anti-discriminatieregels. In de domeinen waar rechtvaardiging van directe discriminatie ontoelaatbaar bleef, blijft er voor de verweerder niets anders over dan een beroep op argumenten van onvergelijkbaarheid en het moeilijke bewijs dat de bestreden handeling niets van doen heeft met de bestreden discriminatiegrond. Enkel de rechtvaardigingsmogelijkheid voor indirecte discrinatie is geformuleerd in ruime bewoordingen, toepasbaar op een veelheid van situaties. Deze open rechtvaardigingsformule vertoont tot op zekere hoogte gelijkenissen met de rechtvaardigingsformules die in Canada en Zuid-Afrika worden toegepast op gevallen van directe en indirecte discriminatie.

694. **Evenwichtige belangenafweging in Canada en Zuid-Afrika.** De Canadese en Zuid-Afrikaanse rechtspraak heeft grote inspanningen geleverd om op grond van *broad, generous en purposive interpretation* van de bestaande constitutionele en quasi-constitutionele gelijkheidsclausules een systematiek te ontwikkelen voor de beoordeling van rechtvaardiging van discriminatie in horizontale verhoudingen. De beoordelingsfactoren die in deze systemen naar voor treden blijken de mogelijkheid in zich te houden van een evenwichtige belangenafweging die zowel rekening houdt met de economische realiteit waarbinnen de benadeling zich voordoet, als met de impact van de bestreden handeling op de verweerder. In de beoordeling van de mate waarin door de verweerder is voorzien of kon worden voorzien in redelijke aanpassingen, blijkt ook een streven naar materiële gelijkheid.

695. **Economische noodzaak en de goede werking van het verzekeringsstelsel.** Een eerste rode draad die doorheen het Canadese en het Zuid-Afrikaanse beschermingssysteem kan worden getrokken is de aanvaardbaarheid van rechtvaardiging op grond van een bewezen economische noodzaak. Voor zover dit beoordelingscriterium kon worden toegepast in de concrete context van verzekeringsrelaties, bleek daaruit dat de verzekeraar moet kunnen aantonen dat het bestreden differentiatiebeleid nodig is om de goede of evenwichtige werking van zijn verzekeringsactiviteit in stand te houden. Een dergelijk vereiste kan in het kader van de artikel 19-Richtlijnen worden gekoppeld aan de open rechtvaardigingsformule voor (indirecte) discriminatie. In het kader van het bepalen van een legitieme doelstelling, die kan bestaan in het nastreven van de werkelijke behoefte van de onderneming, kan eveneens worden verwezen naar het gezond financieel beheer van het verzekeringsstelsel.

696. **Verband tussen beschermd kenmerk en nagestreefde doelstelling.** Een tweede rode draad die wordt teruggevonden in de beoordelingsfactoren binnen de Canadese en Zuid-Afrikaanse rechtspraak is de vraag of er een redelijk of noodzakelijk verband bestaat tussen het beschermde discriminatiekenmerk en de nagestreefde doelstelling. Dit vereiste wordt in verzekeringsrelaties vertaald naar de vraag of statistische of actuariële gegevens kunnen worden bijgebracht die een band aantonen tussen het betrokken kenmerk en het verzekerde risico. Deze band dient niet noodzakelijk causaal te zijn, maar minstens wordt een bijzondere vorm van correlatie verwacht. In de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen kan een dergelijke beoordeling worden thuisgebracht onder het zogenaamde geschiktheidscriterium (de vraag of de bestreden handeling in staat is om de vooropgestelde legitieme doelstelling te bereiken).

697. **Redelijke alternatieven en de *duty to accommodate.*** Een derde beoordelingsfactor die zowel in het Canadees als het Zuid-Afrikaans beschermingssysteem prominent naar voor treedt, betreft de vraag naar de aanwezigheid van redelijke maar voor de eiser minder belemmerende alternatieven die op de verweerder rusten in het kader van de *duty to accommodate* (*diversity*).

In het kader van verzekeringsrelaties kan dit gegeven op een meer algemeen niveau worden vertaald naar de vraag of op grond van de beschikbare statistische gegevens, risico-groepen werden samengesteld die zo weinig mogelijk *over-inclusive* zijn. Daarbij staat een bewijs van afwezigheid van statistische gegevens niet noodzakelijk gelijk aan een bewijs dat dergelijke statistische gegevens niet bestaan of niet te verzamelen zijn. Op een meer individueel niveau wordt de *duty to accommodate* in verzekeringsrelaties vertaald naar de vraag of er geen alternatieve beoordelingsfactoren konden worden gebruikt. In uitzonderlijke omstandigheden kan deze vraag inhouden dat de verzekeraar bewijs dient bij te brengen waarom hij er niet in is geslaagd om de betrokken verzekerden aan een meer geïndividualiseerde risico-beoordeling te onderwerpen.

De *duty to accommodate* wordt in principe afgelijnd door het *undue hardship-criterium*. Maatregelen van *accommodation* kunnen niet tot in het oneindige worden verwacht. In de beoordeling van de haalbaarheid van mogelijke minder belemmerende alternatieven, kan rekening worden gehouden met de economische levensvatbaarheid van dergelijke alternatieven, kostenoverwegingen, de omvang van de onderneming en de mogelijke benadeling voor anderen. In de beoordeling van de *duty to accommodate* kan ook steeds rekening worden gehouden met de context waarbinnen de bestreden benadeling plaatsvondt en de eigenlijke impact die zij op de (waardigheid) van de benadeelde heeft gehad.

Ook binnen het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen krijgt de beoordeling van minder belemmerende alternatieven een plaats. In het zogenaamd noodzakelijkheidsvereiste wordt een evaluatie mogelijk gemaakt van de inhoud van alternatieve maatregelen die door de verweerder konden worden voorzien. In de Europese rechtspraak wordt dit vereiste echter niet fomeel gekoppeld aan een verplichting tot redelijke aanpassingen. Zoals zal blijken onder de volgende afdeling wordt een dergelijke verplichting (onder de artikel 19-Richtlijnen) enkel geëxpliciteerd voor personen met een handicap. Er zal dan ook moeten worden onderzocht in welke mate een dergelijke verplichting kan gelden voor andere discriminatiegronden.

698. **Context, impact en *true proportionality*.** Een laatste gemeenschappelijk kenmerk van het Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssysteem is de gerichtheid op de context waarbinnen de bestreden handeling zich voordoet en de impact die deze handeling heeft op de (waardigheid) van de benadeelde. Op die manier is de rechter in staat om een verdere afweging te maken van de in het geding zijnde belangen. Toegepast op verzekeringsrelaties kunnen de voordelen die aan het differentiatiebeleid zijn verbonden, worden afgewogen tegen de gevolgen van de bestreden handeling (of van de al dan niet genomen maatregelen van *accommodation*), op de achtergestelde of kwetsbare situatie van de betrokkene en zijn nood aan bepaalde levensnoodzakelijke vormen van verzekering. Ook in de Europese rechtspraak blijkt de mogelijkheid om in de beoordeling van het gerechtvaardigd

karakter na te gaan of er sprake is van een evenwicht (*true proportionality*) tussen de in het geding zijnde belangen. In de beoordeling van deze strikte evenredigheidstoets is een beroep op het concept menselijke waardigheid niet uitgesloten.

699. **Perspectieven.** In een verder stadium zal worden getracht om de verschillende beoordelingsfactoren voor rechtvaardiging van discriminatie die uit de onderzochte beschermingssystemen konden worden geput, verder toe te passen op een concrete verzekeringscontext.[2048] In de hiernavolgende afdeling zal eerst worden nagegaan in welke mate de vergelijking tussen het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen en het Canadees en Zuid-Afrikaans beschermingssysteem kan worden doorgetrokken op het vlak van de verplichting tot redelijke aanpassingen. De vraag rijst in welke mate een dergelijke verplichting ook binnen de Europese context kan worden geïntegreerd in de beoordeling van vermeend discriminatoire handelingen.

[2048] Zie *infra* nrs. 831 e.v.

AFDELING 6. VERPLICHTING TOT REDELIJKE AANPASSINGEN IN EUROPESE CONTEXT

700. **Canada en Zuid-Afrika: redelijke aanpassingen als deel van de rechtvaardigingstoets.** Hoger werd reeds duidelijk dat zowel in Canada als in Zuid-Afrika een verplichting is opgenomen tot het nemen van redelijke aanpassingen teneinde een grotere mate van materiële gelijkheid (*substantive equality*) te kunnen bereiken. In beide rechtsstelsels is deze verplichting geformuleerd als een deel van het onderzoek naar de gerechtvaardigdheid van een benadeling of onderscheid op grond van één van de beschermde kenmerken. Zoals hierboven duidelijk werd, is de verplichting tot redelijke aanpassingen van belang voor verzekeringsrelaties. Een afgebakende plicht tot redelijke aanpassingen maakt namelijk duidelijk in welke mate de verzekeraar op zoek moet gaan naar een meer geëigende samenstelling van risico-groepen (geen *over-inclusiveness*), al dan niet aan de hand van alternatieve risico-factoren of een meer geïndividualiseerde risicobeoordeling.

701. **Redelijke aanpassingen (voor gehandicapten) in de artikel 19-Richtlinen.** Een verplichting tot redelijke aanpassingen is een concept dat niet alleen is ingeschreven in het Canadese en Zuid-Afrikaanse anti-discriminatierecht, maar als dusdanig ook bekend is in de artikel 19-Richtlijnen. Zowel in de Kaderrichtlijn arbeid als in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt een dergelijke verplichting opgenomen. In tegenstelling tot hetgeen nochtans het geval is in Canada en Zuid-Afrika, wordt deze verplichting, of beter de niet-naleving ervan, geformuleerd als een aparte vorm van discriminatie los van het verbod van directe en indirecte discriminatie. Bovendien lijkt deze verplichting enkel te gelden voor personen met een handicap.[2049] Niet te snel mag echter worden aangenomen, zo beweert GOLDSCHMIDT, dat een dergelijke verplichting enkel voor gehandicapten geldt.[2050] Redelijke aanpassingen worden immers (ook in Europa) gezien als een uitwerking van een materieel gelijkheidsbeginsel.[2051] Een dergelijk streven naar materiële gelijkheid kan voor een groot stuk ook in de artikel 19-Richtlijnen worden verondersteld.[2052] Om meer duidelijkheid te verkrijgen omtrent de juiste omvang van de verplichting tot redelijke aanpassingen in de artikel 19-Richtlijnen, wordt nagegaan hoe deze verplichting precies is geformuleerd (§3). Daarbij ligt de aandacht ondermeer op de redelijkheidsbeperking die ook in de artikel 19-Richtlijnen wordt gesteld aan de plicht tot aanpassingen. Voorts zal een antwoord worden geformuleerd op de vraag hoe deze plicht zich verhoudt met het verbod van directe en indirecte discriminatie. Voorafgaand wordt een korte beschrijving gegeven van de achtergrond en betekenis van het concept redelijke aanpassingen in Europese context (§1) en

---

[2049] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, *l.c.*, 376.

[2050] J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *l.c.*, 989.

[2051] Zie reeds *supra* nr. 403. Zie bv. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, *l.c.*, 373-374, met verwijzing naar EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos* v. *Greece*, nr. 34369/97, §44. Zie ook C. BARNARD en B. HEPPLE, "Substantive Equality", *l.c.*, 584.

[2052] Zie reeds *supra* nr. 403, met verwijzing naar D. SCHIEK, "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *l.c.*, 304-305; J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *l.c.*, 988; B. KOOPMAN, *l.c.*, 128; vgl. C. BARNARD en B. HEPPLE, "Substantive Equality", *l.c.*, 584.

van het (belang van het) onderscheid tussen de concepten redelijke aanpassingen en positieve discriminatie (§2).

§ 1. Achtergrond en betekenis van het concept redelijke aanpassingen

702. **Redelijke aanpassingen als invulling van materiële gelijkheid.** De verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen kan worden gezien als een aanvulling op de eerder beschreven strikt formele toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Een formele benadering van het gelijkheidsbeginsel houdt in dat traditioneel achtergestelde groepen die zich in een onaangepaste en daardoor ook nadelige situatie bevinden ten opzichte van anderen, ondanks hun verschil recht hebben op een gelijksoortige behandeling met personen die zich niet in een dergelijke situatie bevinden.[2053] Onderscheid op grond van de beschermde discriminatiegronden is daarom verboden. De verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen gaat echter verder en appelleert eveneens aan een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel die aanvullend aan een formele benadering de verplichting tot het ongelijk of beter aangepast behandelen van ongelijke gevallen impliceert, teneinde ongelijkheid te voorkomen.[2054] Redelijke aanpassingen zorgen ervoor dat personen die zich in een onaangepaste positie bevinden *volwaardig* en op gelijke wijze als andere personen kunnen participeren in de maatschappij.[2055] Redelijke aanpassingen kunnen worden gezien als een vorm van positieve actie: maatregelen die kunnen helpen om een volledige gelijkheid te waarborgen in de praktijk en de nadelen verband houdend met een beschermd discriminatiekenmerk te voorkomen of te compenseren.[2056]

703. **Het wegnemen van barrières.** De gelijkheid die wordt nagestreefd met het nemen van redelijke aanpassingen betreft een gelijkheid van *kansen* die erin bestaat dat achtergestelde groepen *in staat worden gesteld* om zonder onderscheid met anderen te kunnen functioneren in een arbeidsomgeving of toegang te hebben tot het aanbod van goederen en diensten. De mogelijkheid die via redelijke aanpassingen aan gehandicapten wordt geboden om gelijk te kunnen functioneren als niet-gehandicapten wil men bekomen door het *wegnemen van barrières* op een manier die is aangepast aan de individuele noden van de werkgever of dienstverlener en de begunstigde.[2057] Dit plaatst de werkgever of dienstverlener als het ware in een "interactieve dialoog" met de gehandicapte, om de

---

[2053] C. BAYART, "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 321; L. WADDINGTON, "Reasonable Accomodation", *l.c.*, 747; E. BREMS, "Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie", *l.c.*, 46.

[2054] J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *Nederlands Juristenblad* 2001, afl. 21, 989; C. BAYART, "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 321; K. HENRARD, *l.c.*, 277.

[2055] C. BAYART, "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen, *l.c.*, 321; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.,* 493; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer Uitgevers / Ced.Samson, 2003, 121.

[2056] Zie bv. de definiëring van maatregelen van positieve actie in artikel 5 van de Rasrichtlijn, artikel 7 van de Kaderrichtlijn arbeid, artikel 6 van de Genderrichtlijn en artikel 5 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[2057] L. WADDINGTON, "Reasonable Accomodation", *o.c.*, 747; M. DE VOS, *Beyond Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Luxemburg, European Communities, 2007, *o.c.*, 33; R. WHITTLE, "The framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis form a disability rights perspective", *European Law Review* 2002, 311-312; K. HENRARD, *l.c.*, 277.

juiste, misschien zelfs op maat gesneden maatregelen te kunnen nemen die noodzakelijk zijn in de gegeven omstandigheden.[2058] Voor de gehandicapte personen betekent de plicht tot redelijke aanpassingen een rechtszeker statuut om zich in een particuliere situatie te verzetten tegen het ontbreken of onvoldoende aanwezig zijn van de benodigde aanpassingen.[2059] Het weze benadrukt dat de verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen in alle tot nu toe onderzochte beschermingssystemen, ook in dat van de artikel 19-Richtlijnen, afdwingbaar is gemaakt. Deze verplichting geldt dan in essentie enkel voor de betrokken werkgever of de aanbieder van goederen en diensten.[2060] Niettemin kan deze afdwingbaarheid voor de gehandicapte persoon een belangrijk verschil maken.

Het type-voorbeeld van de manier waarop de verplichting tot redelijke aanpassingen invulling geeft aan materiële gelijkheid is het vergemakkelijken van de toegang van een gebouw voor fysisch gehandicapten. Het is duidelijk dat een gebouw dat enkel en alleen toegankelijk is via een trap, op zich geen ongelijke behandeling tussen fysisch gehandicapten en fysisch niet-gehandicapten inhoudt. In formele zin worden de gehandicapte en de niet-gehandicapte gelijk behandeld. Toch heeft het niet voorzien van redelijke aanpassingen tot gevolg dat de fysisch gehandicapte geen toegang heeft tot het gebouw en de niet-gehandicapte wel. Door het nemen van redelijke aanpassingen, bijvoorbeeld in de vorm van een hellend vlak dat een rolstoelpatiënt in staat stelt om rijdend in het gebouw te kunnen komen, krijgt de fysisch gehandicapte wél een gelijke toegang. Het betreft hier slechts een type-voorbeeld.

704. **Brede toepassingsmogelijkheden.** Hoger werd reeds duidelijk dat de verplichting tot redelijke aanpassingen een veel bredere toepassingssfeer kent dan de materiële toegang tot gebouwen. In Canada werd het concept voor het eerst toegepast in *arbeidsrelaties*. In de zogenaamde O'Malley-*case* werd de werkgever verplicht aan te tonen dat het hem in de organisatie van de arbeidsactiviteiten redelijkerwijze niet mogelijk was om rekening te houden met de individuele (merendeels religieuze) behoeften van welbepaalde werknemers.[2061]

> Concreet ging het om een persoon die om religieuze redenen niet kon werken tijdens de sabbat (die liep van vrijdagavond (zonsondergang) tot zaterdagochtend (zonsopgang) en die om die reden verplicht werd om halftijds te gaan werken. Hierdoor kon de werkneemster in kwestie geen beroep doen op een aantal voordelen waar voltijds werknemers wel recht op hadden. Het Canadese *Supreme Court* oordeelde dat de *Ontario Human Rights Code* die in dit geval van toepassing was, in die zin moest worden begrepen dat op de werkgever een verplichting rustte om redelijke stappen te ondernemen die de werkneemster zou kun-

[2058] G. QUINN, *l.c.*, 245.

[2059] Ibidem.

[2060] R. WHITTLE, *l.c.*, 311.

[2061] Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpsons-Sears Ltd.*, *Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 536. Zie voor een verwijzing naar deze zaak, eveneens E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, *l.c.*, 361.

nen accommoderen. In dit geval kon dit gaan om aangepaste werktijden die de werknemer niet zouden hebben verplicht genoegen te nemen met een halftijdse tewerkstelling.[2062]

Het zogenaamde "*reasonable accommodation*"-criterium werd in de Canadese rechtspraak ook buiten arbeidsrelaties geïntroduceerd (meerbepaald op het gebied van het leveren van diensten).

In de zogenaamde *Grismer*-case*,* een geval van discriminatie op grond van handicap, werd een persoon die leed aan een oogafwijking een rijbewijs geweigerd waardoor het hem onmogelijk werd om deel te nemen aan het wegverkeer. Het Supreme Court oordeelde dat de Heer Grismer gediscrimineerd was omwille van het feit dat voor hem geen accommodatie (aanpassingen) konden worden gemaakt. Indien de Heer Grismer aan een individuele beoordeling was onderworpen die had kunnen aantonen of zijn gezichtsbeperking hem al dan niet in staat stelde om op een veilige wijze aan het wegverkeer te kunnen deelnemen, was er wellicht geen sprake geweest van discriminatie.[2063]

Uit deze rechtspraak is derhalve duidelijk gebleken dat het concept redelijke aanpassingen een brede verzamelterm vormt voor alle maatregelen, in welke vorm dan ook, die achtergestelde personen in staat moeten stellen om zonder onderscheid met anderen te kunnen functioneren in een arbeidsomgeving of toegang te hebben tot het aanbod van goederen en diensten.

Uit de formulering van de verplichting tot redelijke aanpassingen, zoals ze voorkomt in de Kaderrichtlijn arbeid en in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, blijkt dat de Europese wetgever (ten minste voor gehandicapten) een minstens even brede interpretatie aan het concept redelijke aanpassingen heeft willen geven. In artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid wordt gesproken over alle maatregelen die een persoon met een handicap in staat kunnen stellen om *toegang te hebben tot* arbeid, *erin te participeren*, erin *vooruit te komen*, dan wel om een *opleiding te genieten*. In artikel 4, lid 1, b) van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt gesproken over maatregelen om personen met een handicap effectieve niet-discriminerende toegang te geven tot *sociale bescherming*, *onderwijs* en *toegang tot en aanbod van publiek beschikbare goederen en diensten*, met inbegrip van *huisvesting* en *vervoer*.[2064]

§ 2. Het onderscheid met positieve discriminatie

705. **Positieve discriminatie en redelijke aanpassingen als vorm van positieve actie.** Zowel in de Kaderrichtlijn als in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt bepaald dat positieve acties, zijnde "*specifieke maatregelen om in het kader van het waarborgen van volledige gelijkheid, nadelen die verband houden met één van de beschermde kenmerken te voorkomen of te compenseren*", zijn toe-

[2062] Supreme Court of Canada 17 december 1985, Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 536, ov. 29.

[2063] Zie ook reeds *supra* nrs. 624-625, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, *Supreme Court Reports* afl. 3, 868, ov. 22, 32-33 en 39.

[2064] Zie ook E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, *l.c.*, 375.

gelaten. Positieve actie kan verschillende vormen aannemen.[2065] Op het brede scala van mogelijke maatregelen van positieve actie kunnen zowel redelijke aanpassingen worden aangetroffen, als maatregelen van zogenaamde positieve discriminatie. Beide zijn erop gericht om nadelen verbonden aan beschermde kenmerken te voorkomen of te compenseren. Het procedureel verschil tussen beide vormen van positieve actie is dat het nemen van maatregelen van positieve discriminatie geenzins *verplicht* wordt gesteld, maar zelfs aan bepaalde voorwaarden is onderworpen.[2066] Als *vorm* van positieve actie worden zij door de artikel 19-Richtlijnen (onder bepaalde voorwaarden)[2067] *toegelaten*. In tegenstelling tot redelijke aanpassingen, gaat het om maatregelen die volledig afhankelijk zijn van de oordeelkundigheid van de betrokken publieke of private actoren.[2068]

706. **Positieve discriminatie als uitzondering op de gelijkebehandelingsnorm.** Eén van de redenen waarom maatregelen van positieve disriminatie niet worden verplicht (en zelfs maar onder bepaalde voorwaarden zijn toegelaten), is dat zij verder gaan dan redelijke aanpassingen. De gelijkheid die wordt nagestreefd met maatregelen van positieve discriminatie betreft een werkelijke gelijkheid van *resultaat,* die tot stand komt door een preferentiële behandeling van achtergestelde groeperingen.[2069] In tegenstelling tot de verplichting tot redelijke aanpassingen, is de mogelijkheid van positieve discriminatie erop gericht om blijvend de verschillende positie van de gehandicapte persoon te benadrukken[2070] om op die manier de gehandicapte te *bevoordelen* ten opzichte van de niet-gehandicapte.[2071]

[2065] M. DE VOS, “Positieve discriminatie en positieve actie in het Europese en Belgische discriminatierecht”, *l.c.*, 302; C. MCCRUDDEN, “Rethinking Positive Action”, *Industrial Law Journal* 1986, 223-225.

[2066] M. DE VOS, *Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Luxemburg, European Communities, 2007, 34; C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen" *l.c.*¸15.

[2067] Door het feit dat de artikel 19-Richtlijnen niet meer doen dan maatregelen van positieve actie *toestaan*, is niet duidelijk in welke mate deze maatregelen dienen te worden onderworpen aan de voorwaarden waaronder maatregelen van positieve actie in de rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen worden toegelaten in het kader van de toegankelijkheid van de arbeidsmarkt voor vrouwen. BAYART en DE VOS menen dat deze rechtspraak transplanteerbaar is naar de artikel 19-Richtlijnen. C. BAYART, *o.c.*, 269-270; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 82-83; meer genuanceerd, M. DE VOS, “Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht”, *l.c.*, 318-319. Maatregelen van positieve actie worden door het Hof van Justitie inderdaad slechts onder bepaalde voorwaarden toegelaten. Maatregelen die tot doel hebben achtergestelde groepen beter in staat te stellen de concurrentie op de arbeidsmarkt aan te gaan, zijn bv. enkel toelaatbaar als zij gericht zijn op het opheffen en verminderen van de problemen die aan de basis van de achterstelling liggen. De voorkeursbehandeling kan ook niet automatisch en onvoorwaardelijk zijn. Zie o.m. H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck/ Hessische Ministerpräsident*, C-158/97, ov. 19-23; H.v.J. 29 november 2001, *Griesmar/ Ministre de l'Economie,* C-366/99, ov. 64; H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij,* C-476/99, ov. 32-33. Zie ook reeds *supra* nr. 208.

[2068] Zie de manier waarop het concept redelijke aanpassingen wordt verduidelijkt door de Europese Commissie in haar working paper *Disability Mainstreaming in the European Employment Strategy,* Brussel, EMCO/11/290605, 2005, http://handicap-international.fr/bibliographie-handicap/4PolitiqueHandicap/thematique/Emploi/DisabilityMainstream.pdf, 3; zie ook G. QUINN, "Disability discrimination law in the European Union" in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union - understanding the article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 264.

[2069] R. WHITTLE, "The framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis form a disability rights perspective", *European Law Review* 2002, *l.c.*, 313; L. WADDINGTON, *o.c.*, 748; M. GIJZEN, *o.c.*, 396.

[2070] D. HOSKING, “Great expectations: protection from discrimination because of disability in community law”, *l.c.*, 683.

[2071] M. DE VOS, Beyond Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, o.c., 33.

Maatregelen van positieve discriminatie zullen zich verder voornamelijk richten op de groep van benadeelde personen in zijn algemeenheid en minder op het wegnemen van individuele barrières.[2072] Maatregelen van positieve discriminatie moeten dan ook eerder worden gezien als een uitzondering op de gelijkebehandelingsnorm, terwijl redelijke aanpassingen moeten worden beschouwd als een onderdeel ervan.[2073] Door hun niet-verplicht karakter zijn maatregelen van positieve discriminatie niet in staat om subjectieve rechten te creëren.[2074]

707. **Redelijke aanpassingen als *onderdeel* van de gelijkebehandelingsnorm** In tegenstelling tot maatregelen van positieve discriminatie, dienen redelijke aanpassingen te worden beschouwd als een onderdeel of een illustratie van de gelijkebehandelingsnorm.[2075] Redelijke aanpassingen zijn geen vorm van positieve actie "*left to the discretion of public or private operators*" maar wel een verplichting "*whose failure can constitute unfair discrimination.*"[2076] Door het feit dat het nemen van redelijke aanpassingen een wettelijke verplichting vormt tot het ongelijk of aangepast behandelen van ongelijke gevallen kan men stellen dat zij een illustratie vormen van de gelijkebehandelingsnorm[2077], die deel uitmaakt van een materieel gelijkheidsbegrip.[2078]

708. **Illustratie van het onderscheid positieve discriminatie en redelijke aanpassingen.** Een voorbeeld waarmee het onderscheid tussen maatregelen van positieve discriminatie en redelijke aanpassingen goed kan worden geïllustreerd is de toegankelijkheid van een restaurant voor blinden. Maatregelen van positieve discriminatie zouden neerkomen op het voorzien van menu's in brailleschrift. De ver-

---

[2072] R. WHITTLE, l.c., 312; M. DE VOS, Beyond Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, o.c., 33; G. QUINN, l.c., 245; M. GIJZEN, o.c., 397.

[2073] J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa, Implementatie van nieuw gelijkebehandelingsrecht in Europa", *l.c.*, 989; D. HOSKING, "Great expectations: protection from discrimination because of disability in community law", *l.c.,* 683: M. DE VOS, *Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, *o.c.*, 33: "*although both accommodation and positive discrimination imply a different treatment for the beneficiary, only the latter will do so as an exception to the principle of equality.*"

[2074] G. QUINN, *l.c.*, 245. Ook in Zuid-Afrika wordt volgens de geldende rechtspraak geen recht op positieve discriminatie of *preferential treatment* ingeschreven. Het vormt voorlopig enkel een rechtvaardigingsmiddel voor de werkgever die positief discrimineert. Zie reeds *supra* nr. 436, met verwijzing naar Labour Court of South Africa 16 januari 2004, *Dudley* v. *Cape Town*, C 828/02, http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2004/1.html; Labour Appeal Court of South Africa 21 augustus 2008, *Dudley* v. *City of Cape Town*, CA 1/05, http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZALAC/2008/10.html&query=dudley%20v.%20cape%20town. In tegenstelling tot Europa worden hieraan geen voorwaarden gesteld. Zie reeds *supra* nr. 659, met verwijzing naar G.S. VOGT, *l.c.*, 203.

[2075] Ibidem.

[2076] Zie EUROPESE COMMISSIE, working paper Disability Mainstreaming in the European Employment Strategy, Brussel, EMCO/11/290605, 2005, http://handicap-international.fr/bibliographie-handicap/4PolitiqueHandicap/thematique/Emploi/DisabilityMainstream.pdf.

[2077] Zie M. DE VOS, *Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Luxemburg, European Communities, 2007, 33. Merk op dat de verplichting tot ongelijke behandeling van ongelijke gevallen volgens DE VOS eveneens deel uitmaakt van het formeel gelijkheidsbegrip.

[2078] J. GOLDSCHMIDT, "De hete adem van Europa, Implementatie van nieuw gelijkebehandelingsrecht in Europa", *l.c.*, 989. GOLDSCHMIDT laat doorschijnen dat redelijke aanpassingen ook zonder een geëxpliciteerde verplichting deel uitmaken van het gelijkheidsbegrip.

plichting tot redelijke aanpassingen zou zo ver niet gaan. Men zou immers kunnen volstaan met het voorlezen van het menu door een ober of een andere werknemer.[2079]

Ook in verzekeringsovereenkomsten is het onderscheid tussen redelijke aanpassingen en maatregelen van positieve discriminatie van belang. Maatregelen van positieve discriminatie zouden neerkomen op een gelijke premieberekening van gehandicapten waarvan duidelijk is dat zij effectief een hoger risico vormen. Men bereikt op die manier een gelijkheid in *resultaat*. Dergelijke maatregelen zijn niet verplicht, maar kunnen worden toegestaan. De verplichting tot redelijke aanpassingen reikt niet zo ver. *Redelijke aanpassingen* voor gehandicapten kunnen wel inhouden dat, voor zover dit geen onevenredige belasting vormt voor de verzekeraar, gehandicapten een gelijke premie dienen te betalen als niet-gehandicapten wanneer bv. uit een meer geïndividualiseerde risico-beoordeling blijkt dat het risico dat zij vertegenwoordigen niet noemenswaardig groter is dan dat van een niet-gehandicapte. Men bereikt op die manier een gelijkheid van *kansen.* In dit geval is er geen preferentiële behandeling van gehandicapten, maar worden wel barrières weggenomen met als doel gehandicapten op een gelijke wijze te behandelen als niet-gehandicapten.

709. **Belang van het onderscheid.** Doordat maatregelen van positieve discriminatie enkel worden gedoogd, en dan nog onder bepaalde voorwaarden, zoals de tijdelijkheid ervan[2080] is het van groot belang dat “maatregelen van positieve discriminatie” en “redelijke aanpassingen” niet met elkaar worden verward. Ervaring uit de Verenigde Staten met de *Americans with Disabilities Act* leren bv. dat indien “redelijke aanpassingen” worden gezien als een “speciale behandeling”, zij steeds afhankelijk zullen zijn van de *good-will* en de per definitie beperktheid van de middelen van de onderneming die dergelijke maatregelen wil voorzien.[2081]

§ 3. De bijzondere Europese formulering van de verplichting tot redelijke aanpassingen

710. **Overzicht.** In de Kaderrichtlijn en in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt, naast een verbod op (directe en indirecte) discriminatie op grond van godsdienst, overtuiging, leeftijd, seksuele geaardheid én handicap, expliciet voorzien in de plicht tot het nemen van passende maatregelen voor personen met een handicap. Ook de Belgische Algemene anti-discriminatiewet houdt een dergelijke verplichting in.

[2079] Zie DEPARTMENT FOR WORK AND PENSIONS, “Disability Discrimination Act – Access to goods, services and facilities – Regulatory Impact Asessment”, *http://www.dwp.gov.uk/publications/dss/2001/disdiscrimact/ria.pdf*, 27.

[2080] M. GIJZEN, *o.c.*, 397. Zie de vermelding van deze eis in de Belgische wetgeving, (die nochtans spreekt van het meer algemene “positieve actie”), *supra* nr. 207-208, met verwijzing naar §2 van artikel 10 van de Algemene anti-discriminatiewet en de Anti-Racismewet en artikel 16 van de Genderwet. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof: Arbitragehof 14 juli 1997, nr. 42/97, *B.S.* 3 september 1997, ov. B.20.

[2081] R. WHITTLE, *l.c.*, 313.

De plicht tot redelijke aanpassingen zoals die onder deze bepalingen wordt geformuleerd, vervult een belangrijke rol als een promotor van positieve actie en een efficiënt middel tot bewerkstelliging van materiële gelijkheid voor personen met een handicap. Aan deze rol wordt aandacht besteed onder punt A.

711. De plicht tot het nemen van redelijke aanpassingen is niet onbeperkt. Onder punt B wordt beschreven op welke manier aan deze beperking is vorm gegeven.

Onder punt C zal worden nagegaan of er nog sprake kan zijn van directe of indirecte discriminatie wanneer de verweerder kan aantonen dat het weigeren van aanpassingen verantwoord is omwille van de onredelijke last die dit met zich zou meebrengen. Hierbij zal de verhouding worden onderzocht tussen de beschikbare rechtvaardigingsgronden voor directe en indirecte discriminatie en de evenredigheidstoets die zit verwerkt in de definiëring van redelijkheid van aanpassingen.

Onder punt D zal aandacht worden besteed aan de bijzondere bijkomende verplichting die in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt geformuleerd ten opzichte van het beleid van de lidstaten.

Onder punt E wordt nagegaan of de verplichting tot redelijke aanpassingen, zoals in andere jurisdicties vaak het geval is, zich uitstrekt tot andere discriminatiegronden.

Aansluitend wordt onder punt F de mogelijkheid geanalyseerd/verdedigd om de plicht tot redelijke aanpassingen te integreren onder het rechtvaardigingsschema voor directe en indirecte discriminatie.

A. Promotor van positieve actie

712. **Kaderrichtlijn arbeid.** De plicht tot het nemen van redelijke aanpassingen wordt in artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid geformuleerd als een plicht (voor de werkgever) om via deze maatregelen een persoon met een handicap in een concrete situatie in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen.[2082] De plicht houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen om deel te nemen aan het arbeidsproces[2083], tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Er wordt aan toegevoegd dat wanneer deze belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, er geen onevenredigheid is.

Het principe van redelijke aanpassingen zoals het wordt neergelegd in artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid kan worden gezien als een verplichting tot positieve actie. Het uitblijven van dergelijke positie-

[2082] Artikel 5 van de Kaderrichtlijn

[2083] Geformuleerd als “toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten”.

ve actie wordt beschouwd als een vorm van discriminatie.[2084] Redelijke aanpassingen zijn dus een middel om te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap wordt nageleefd. De Europese Commissie beschouwt de verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen als een kernbeginsel van de moderne wetgeving inzake de bestrijding van discriminatie op grond van een handicap en verwijst naar de internationale erkenning die reeds bestond voor dit begrip in de Britse Disability Discrimination Act van 1995, de Zweedse *Act on discrimination of people with disabilities* van 1999, de Ierse *Employment Equality Bill* van 1997 en de Nederlandse wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte[2085].[2086]

713. **Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.** Net zoals in de Kaderrichtlijn arbeid, krijgt de verplichting tot redelijke aanpassingen, in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid de functie toebedeeld van promotor van positieve actie. Artikel 4, lid 1, b) bepaalt dat met het oog op het waarborgen van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap moet worden voorzien in een verplichting om de nodige redelijke aanpassingen te waarborgen, alsook in een verplichting om effectieve niet-discriminerende toegang te garanderen aan personen met een handicap. Het toepassingsgebied wordt ruim omschreven in artikel 4, lid 1, a) en heeft betrekking op sociale bescherming, sociale voordelen, gezondheidszorg, onderwijs én toegang tot en aanbod van goederen en diensten. Deze verplichting moet door de lidstaten worden omgezet in hun nationale recht, alwaar zij zich richt tot de betrokken rechtsonderhorigen-dienstenverstrekkers. De lidstaten krijgen zelf ook de verplichting opgelegd om personen met een handicap effectieve niet-discriminerende toegang te geven tot de aspecten waarop de Kaderrichtlijn arbeid van toepassing is (zie artikel 4, lid 1 a)). In artikel 4, lid 2 wordt bepaald op welke manier moet worden beoordeeld of de bedoelde maatregelen een onevenredige belasting vormen. Rekening kan worden gehouden met de omvang en de middelen van de organisatie, haar aard, de geraamde kosten, de levensduur van de goederen en diensten en de mogelijke voordelen van een verbeterde toegang. Ook hier geldt dat wanneer de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid (inzake gelijke behandeling), zij niet als onevenredig mag worden beschouwd.

714. **Belgische Algemene anti-discriminatiewet.** De Belgische wetgever heeft de plicht tot redelijke aanpassingen voor personen met een handicap geïntegreerd in artikel 14 van de Algemene anti-discriminatiewet en dit voor alle domeinen waar deze wet op van toepassing is (leveren van goederen en diensten, de arbeidsbetrekkingen, de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, enz…). Door de plicht tot redelijke aanpassingen te laten gelden op het vlak van het leveren van goederen en diensten, gaat de Belgische wetgever verder dan strikt genomen vereist door de bestaande Kader-

---

[2084] C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 15.

[2085] Deze wet was ten tijde van de totstandkoming van de Kaderrichtlijn nog niet gestemd, maar er was wel reeds een wetvoorstel. De eigenlijke wet kwam er in 2003. Zie Wet van 3 april 2003 inzake gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, *Stb.* 2003, 206. Zie ook *http://www.cgb.nl/artikel/wet-gelijke-behandeling-op-grond-van-handicap-chronische-ziekte-wgbhcz*.

[2086] Zie Voorstel van Kaderrichtlijn arbeid, *l.c.*, 9.

richtlijn Arbeid. De definitie van het begrip redelijke aanpassingen beatwoordt letterlijk aan deze van de Kaderrichtlijn arbeid.[2087]

B. De evenredigheidsbeperking van de plicht tot aanpassingen

715. **Evenredigheidsbeperking.** Zowel in de Kaderrichtlijn arbeid, als in het Voorstel van kaderrichtlijn buiten arbeid gaat men ervan uit dat van de werkgever of dienstverlener niet het onredelijke mag worden gevraagd in het voorzien van aanpassingen. Deze grens uit zich in de twee regelgevingen als een evenredigheidsbeperking. Ter evaluatie van deze evenredigheid worden in de overwegingen of in de eigenlijke bepalingen van de Richtlijn nadere beooordelingsfactoren geformuleerd.

716. **Kaderrichtlijn arbeid.** Volgens artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid is het mogelijk om redelijke aanpassingen te weigeren indien deze maatregelen voor degene die ze moet treffen een *onevenredige belasting* vormen. In overweging 21 van de Kaderrichtlijn arbeid wordt bepaald dat deze onevenredigheid moet worden beoordeeld aan de hand van o.m.:

- de financiële en andere kosten van de aanpassingen,
- de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming en
- de mogelijkheid om overheidsgeld of andere vormen van steun te krijgen.

Naast deze beoordelingsfactoren voegde Advocaat-Generaal GEELHOED hier in de zaak *Chacón Navas* door nog een andere factor aan toe, zijnde

- de toegankelijkheid voor de betrokken gehandicapte tot andere beroepen of bedrijven waarvoor diens handicap geen of een aanmerkelijk geringere belemmering zou opleveren.[2088]

Deze voorwaarden komen niet voor in de Belgische anti-discriminatiewetgeving. Zij kunnen wel worden beschouwd als richtingaangevend bij de beoordeling van de onevenredigheid van de aanpassingen.

717. **Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.** Ook in artikel 4, lid 2 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt bepaald dat het nemen van redelijke aanpassingen geen *onevenredige* belasting mag vormen voor degene die de aanpassingen voorziet. In het voorstel wordt in de bepalingen van de Richtlijn zélf een opsomming gegeven van de factoren waarmee in de beoordeling van de evenredigheid van deze maatregelen rekening dient te worden gehouden. Volgens artikel 4, lid 2 blijken van bijzonder belang te zijn:

[2087] Zie artikel 4, 12° van de Algemene anti-discriminatiewet.

[2088] Advocaat-Generaal GEELHOED, Conclusie van 16 maart 2005 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 83. De toevoeging van deze laatste beoordelingsfactor is enigszins bedenkelijk. Het creëert het risico dat ondernemingen die geen middelen hebben aangewend voor redelijke aanpassingen meegenieten van de inspanning die andere ondernemingen wél deden. In een competitieve omgeving (zoals bv. de verzekeringsmarkt) kan het gebruik van een dergelijk beoordelingscriterium er toe leiden dat uiteindelijk geen enkele onderneming nog verdere inspanningen zal leveren om aanpassingen te voorzien.

- de omvang en de middelen van de organisatie,
- haar aard,
- de geraamde kosten,
- de levensduur van de goederen en diensten
- én de mogelijke voordelen van een betere toegang voor personen met een handicap.

718. **Bestaande maatregelen van het door de lidstaten gevoerde beleid.** Net zoals in de Kaderrichtlijn Arbeid wordt in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid (en in de Belgische Algemene anti-discriminatiewet) bepaald dat wanneer de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake gelijke behandeling, zij niet als onevenredig kunnen worden beschouwd.[2089] Particulieren moeten rekening houden met de initatieven die reeds van overheidswege zijn genomen ter verbetering van de positie van gehandicapten. Hun eigen inspanningen dienen maar te worden beoordeeld in de mate dat zij een aanvulling vormen op de door de overheid voorziene maatregelen.

719. **Inspiratie uit de Canadese rechtspraak.** De manier waarop in de Kaderrichtlijn arbeid en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid invulling wordt gegeven aan de redelijkheid van de aanpassingen, vertoont opvallende parallelen met de manier waarop bv. de Canadese rechtspraak grenzen trekt aan de plicht tot redelijke aanpassingen (de zgn. *duty to accommodate*). Hoger werd beschreven dat de Canadese rechtspraak de grens van hetgeen moet worden beschouwd als redelijk, invult via het *undue hardship*- criterium. Of een werkgever of dienstverlener *undue hardship* ondervindt kan o.m. worden bepaald aan de hand van de volgende factoren:

- financial cost and attached to this the size of the operation and the economic conditions confronting it,[2090]
- a service provider's capacity to shift and recover costs throughout its operation,[2091]
- the likelihood that bearing the net cost woud threaten the survival of the enterprise or alter its essential character[2092]

[2089] Zie artikel 5, laatste zin van de Kaderrichtlijn arbeid, artikel 4, lid 2, laatste zin van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid en artikel 4, 12° van de Algemene anti-discriminatiewet.

[2090] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 63; Supreme Court of Canada 13 september 1990, Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1990, afl. 2, 489, 520-521; Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131; Supreme Court of Canada 23 juni 1994, Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, Supreme Court Reports 1994, afl. 2, 546.

[2091] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131; British Columbia Human Rights Tribunal 1993, Howard v. University of British Columbia, Canadian Human Rights Reporter 1993, D/533.

[2092] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131-132; zie ook Ontario Board of Inquiry 1995, Quesnel v. London Educational

- the prospect of substantial interference with the rights of other employees[2093]
- the impact and availability of external funding. [2094]

Ook in Canada ligt het zwaartepunt van de beoordeling van de evenredigheid op het kostenaspect van de aanpassingen, de relatieve impact van deze kosten op de organisatie van de werkgever en de dienstverlener en de inspanningen die reeds van overheidswege werden geleverd. De Europese rechtspraak kan zich voor de verdere interpretatie van de plicht tot redelijke aanpassingen dan ook voor een groot stuk laten inspireren door de Canadese toepassingsgevallen terzake. Voor de beoordeling van de redelijkheid van aanpassingen in verzekeringsrelaties zullen de meer specifieke invullingen met betrekking tot de mogelijkheid van de dienstverlener om de te maken kosten te verplaatsen of te recupereren binnen de organisatie, de benadeling van andere partijen, alsook de impact van de kosten op het essentieel karakter of voortbestaan van de onderneming, bijzonder behulpzaam zijn.

720. **Afweging tussen kost van de maatregel en betekenis ervan voor de benadeelde.** Uit de beschrijving van de hierboven genoemde beoordelingscriteria blijkt duidelijk dat maatregelen die voor de werkgever of dienstverlener betaalbaar of op een andere manier uitvoerbaar zijn, rekening houdend met de middelen die zich in de onderneming bevinden, ook moeten worden uitgevoerd. Toch behelst deze uitlegging niet de volledige betekenis van het evenredigheidsvereiste. Ware evenredigheid (*true proportionality*) veronderstelt immers een graad van afweging tussen twee concurrerende "belangen". Dit wordt impliciet bevestigd door Advocaat-Generaal GEELHOED, die in zijn conclusies in de zaak Chacon-Navás schrijft dat het redelijkheidsvereiste inhoudelijk (mede) wordt bepaald door

> *de met de in aanmerking komende middelen gemoeide kosten, […] en de daardoor mogelijk gemaakte vermindering of compensatie van de handicap.*[2095]

Hieruit blijkt dat de belangen die aan elkaar dienen te worden afgewogen aan de ene kant de hoegrootheid betreffen van de inspanningen en de kosten die een bedrijf moet maken om in een concreet geval aanpassingen te voorzien, hierbij rekening houdend met de "aard van de onderneming", de omvang en de middelen van de organisatie, enz.… Aan de andere kant is er de mate waarin deze kosten ook werkelijk kunnen leiden tot een verbetering van de aanpassingen voor de gehandicapte persoon. Dit impliceert dat niet van iedere maatregel die voor een bedrijf betaalbaar of uitvoerbaar is

---

Health Centre, Canadian Human Rights Reporter 1995, D/474; Supreme Court of Canada 24 september 1992, Central Okanagan School District No.23 v. Renaud, Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 984.

[2093] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 63; Supreme Court of Canada 24 september 1992, Central Okanagan School District No.23 v. Renaud, Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 984.

[2094] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 132; zie ook Ontario Board of Inquiry 2000, Brock v. Tarrant Film Factory Ltd., Canadian Human Rights Reporter 2000, D/305.

[2095] Zie Advocaat-Generaal GEELHOED, Conclusie van 16 maart 2005 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/ Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 82.

(omwille van het feit dat er voldoende middelen aanwezig zijn in de onderneming om deze maatregelen te kunnen ondernemen), vanzelfsprekend moet worden aangenomen dat zij aan de dienstverlener of werkgever kan worden opgelegd. Van een werkgever of dienstverlener kan enkel worden verwacht dat inspanningen worden geleverd die leiden tot een merkbare verbetering van de situatie waarin de gehandicapte persoon zich bevindt. Maatregelen zonder betekenis kunnen niet worden verwacht.

721. **Gelijkaardige afweging in Amerikaanse en Canadese rechtspraak.** Een sterk vergelijkbare houding ten opzichte van de af te wegen belangen in de beoordeling van het redelijkheidsgehalte van *accommodation* kan opnieuw worden teruggevonden in de Angelsaksische rechtspraak. Kenmerkend in dit verband is het citaat van *Justice* POSNER in de zaak *Van de Zande* voor het Amerikaanse Court of Appeal:

> *"even if an* employer *is so large or wealthy ,[…] [he] would not be required to expend enormous sums in order to bring about a trivial improvement in the life of a disabled employee".*[2096]

Men zou dan ook kunnen zeggen dat de beoordeling van de onevenredigheid van de belasting die verbonden zijn aan het voorzien van redelijke aanpassingen, overeenkomsten vertoont met de uitvoering van een heuse kosten-batenanalyse.[2097]

Ook het Canadese Supreme Court denkt in deze richting door de zogenaamde *undueness analysis* (verwijzing naar het *undue hardship*-criterium als grens aan de *duty to accommodate*) te omschrijven als een test

> *"that is balancing the significance of the obstacles to persons with disabilities with the cost of the corrective measures, having regard to the objective of economic viability."*[2098]

De baten waartegen de kosten van de maatregelen dienen te worden afgewogen, worden door het Supreme Court dus eveneens vertaald naar de *betekenis* die deze maatregelen hebben voor gehandicapten.

722. ***Material* plus *emotional harm*?** Men kan zich afvragen wat moet worden verstaan onder de betekenis van de mogelijke maatregelen van *accommodation* voor de benadeelde. Deze betekenis kan ruim worden geïnterpreteerd. Zo dient er volgens SUNSTEIN (in een repliek op de uitspraken in *Van de Zande*) bij het uitvoeren van de zgn. kosten-batenanalyse verbonden aan de redelijkheid van *accommodation,* niet enkel rekening te worden gehouden met de zgn. "*material harm*" waarmee de ge-

---

[2096] United States Court of Appeal 7th Circuit 5 oktober 1994, Van de Zande/State of Wisconsin, 44 F.3 d 538. Zie ook http://www.projectposner.org/case/1995/44F3d538.

[2097] L. WADDINGTON, "When it is unreasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accomodation is "reasonable" from a comparative perspective", *Comparative Labour Law and Policy* 2008, afl. 3, 329.

[2098] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with disabilities v. Via Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 355.

handicapte persoon wordt geconfronteerd wanneer *accommodation* uitblijft, maar eveneens met "*emotional harm*". Het vermijden van wat hij bestempelt als "stigmatisering" en "vernedering" zal voor de gehandicapte persoon even hoog, zo niet hoger worden ingeschat als de *praktische* redenen die hij heeft om een toegankelijke werkplek of dienstverlening te verlangen.[2099]

Hierbij dient te worden gewezen op de eventuele zwaktes van het betrekken van een beoordeling van "*emotional harm*" in de evenredigheidstoets van redelijke aanpassingen. Een dergelijke benadering is erg subjectief en verondertelt een beoordeling van de gevoelens van de benadeelde en een heuse oefening in empathie. Genoeg aanleiding tot sceptiscisme indien een rechter na rijp beraad tot de conclusie komt dat de gehandicapte in kwestie geen aanleiding had om zich in zijn gevoelens geraakt te weten.[2100] Ook genoeg aanleiding voor praktische hindernissen voor de werkgever of dienstverlener die voor iedere gehandicapte afzonderlijk zou dienen na te gaan wat de graad is van "*emotional harm*" waarmee deze persoon wordt geconfronteerd indien er geen aanpassingen worden gemaakt. Zeker voor verzekeraars die polissen aanbieden aan het grote publiek en zich dus richten tot een enorme variëteit aan potentiële verzekeringnemers, is het ondenkbaar dat hij op voorhand kan inschatten welke maatregelen in welke gevallen geschikt zijn, indien hierbij rekening zou moeten worden gehouden met de subjectieve ervaringen van iedere potentiële gehandicapte verzekeringnemer.

C. Het weigeren van aanpassingen als vorm van indirecte of directe discriminatie

723. **Weigeren van aanpassingen als indirecte discriminatie.** Het is mogelijk zich situaties in te denken waarbij het niet nemen van redelijke aanpassingen *de vorm* aanneemt van (*prima facie*) indirecte discriminatie. Het feit dat een arbeidsorganisatie of de dienstverlening niet is afgestemd op maat van gehandicapten zal in de meeste gevallen inderdaad gebaseerd zijn op een (ogenschijnlijk) neutrale afwezigheid van redelijke aanpassingen.[2101]

724. **Weigeren van aanpassingen als directe discriminatie.** Het weigeren van redelijke aanpassingen zou in bepaalde gevallen zelfs kunnen worden gekwalificeerd als een vorm van directe discriminatie. Dit zal het geval zijn wanneer een gehandicapte persoon door het weigeren van aanpassingen ongunstiger wordt behandeld dan een andere persoon die (afgezien van het feit dat hij niet gehandicapt is), zich in een vergelijkbare positie bevindt als de gehandicapte. Het feit dat het weigeren van redelijke aanpassingen kan worden beschouwd als *directe* discriminatie blijkt expliciet uit de bepalingen van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten Arbeid. In artikel 2, lid 5 van het Voorstel wordt namelijk gesteld

---

[2099] C.R. SUNSTEIN, "Cost-benefit analysis without analyzing cost or benefits: resaonable accomodation, balancing and stigmatic harms", *Chicago John M. Olin Law & economics Working Paper No. 325, http://www/law.uchicago.edu/lawecon/index.html,* zie ook *http://ssrn.com/abstract_id=959712* januari 2007, 8.

[2100] Zie in dezelfde lijn R. O'CONNELL, *l.c.*, 284-285.

[2101] Wordt in de artikel 19-Richtlijnen beschouwd als indirecte discriminatie, iedere "ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze" die personen die worden beschermd door een discriminatiegrond bijzonder benadeelt.

dat het ontzeggen van redelijke aanpassingen wordt beschouwd als discriminatie in de zin van artikel 2, lid 1. In dit artikel wordt zowel gerefereerd aan indirecte als aan *directe* discriminatie.

725. **Overlapping met de rechtvaardigingsmogelijkheden voor directe en indirecte discriminatie.** Wanneer aanpassingen worden geweigerd omwille van het feit dat deze aanpassingen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet kunnen worden uitgevoerd, rijst de vraag of deze weigering eveneens zal dienen te worden verantwoord op grond van de in de Richtlijnen voorziene rechtvaardigingsgronden. Deze vraag is cruciaal, daar deze rechtvaardigingsgronden ten eerste inhoudelijk niet noodzakelijk overeenkomen met de evenredigheidsbeperking die geldt ten opzichte van het concept redelijke aanpassingen en ten tweede, in het geval van directe discriminatie zelfs afwezig kunnen zijn.

In de bepalingen van de Kaderrichtlijn Arbeid en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten Arbeid wordt weinig duidelijkheid verschaft over de vraag op welke manier de rechtvaardigingsgronden voor indirecte en directe discriminatie zich verhouden met de redelijkheidstoets van de verplichting tot aanpassingen. Onder artikel 2, lid 2, b, ii van de Kaderrichtlijn Arbeid wordt weliswaar gestipuleerd dat wanneer een lidstaat het principe in zijn wetgeving voorschrijft dat elke werkgever gebonden is om passende maatregelen te voorzien ten behoeve van personen met een handicap, deze verplichting kan worden aangewend als rechtvaardigingsgrond voor indirecte discriminatie.[2102] Deze bepaling houdt concreet in dat de werkgever die de nadelige gevolgen van zijn organisatie voor gehandicapten opheft, die organisatie zal mogen handhaven niettegenstaande haar intrinsiek nadelige impact op de groep van werknemers waartoe de begunstigde gehandicapte behoort.[2103] Indien dus redelijke aanpassingen werden *genomen* voor gehandicapte werknemers, kan er geen indirecte discriminatie worden vastgesteld op grond van handicap.

Daarmee is echter nog geen antwoord geformuleerd op de vraag wat er gebeurt indien de werkgever *niet* in staat blijkt om via redelijke aanpassingen de nadelige gevolgen van zijn organisatie voor gehandicapten te compenseren. Kan er dan wél nog sprake zijn van indirecte discriminatie? Ook in de hypothese dat het weigeren van aanpassingen wordt gezien als een vorm van *direct* onderscheid, rijst de vraag in welke mate de verweerder die zich beroept op de onredelijkheid van de te nemen maatregelen, zich alsnog kan schuldig maken aan *directe* discriminatie.

Hieronder zullen onder punt 1, resp. punt 2, de hypotheses worden besproken waarbij het niet nemen van redelijke aanpassingen wordt gekwalificeerd als een vorm van directe, resp. indirecte discriminatie.

[2102] C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen", *l.c.*, 16-17; A. RAHMÉ, F. HENDRICKX, O. VANACHTER en A. VAN BEVER, *Discriminatie op grond van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, voetnoot 412.

[2103] M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 79.

1. Verhouding met het verbod van indirecte discriminatie

726. **Evenredige afwezigheid van aanpassingen nog steeds potentiële vorm van indirecte discriminatie.** Door sommigen wordt ervan uitgegaan dat het verbod van indirecte discriminatie in het geval van gehandicapten volledig kan worden herleid tot een verplichting tot redelijke aanpassingen.[2104] Dat zou dan betekenen dat indien de werkgever kan aantonen dat het voor hem redelijk niet haalbaar is om aanpassingen te voorzien, er automatisch ook geen sprake meer kan zijn van indirecte discriminatie. Dit is ook het standpunt dat later werd overgenomen door de Belgische wetgever. In artikel 9 van de Algemene anti-discriminatiewet wordt bepaald dat elk indirect onderscheid kan worden gerechtvaardigd, *hetzij* op grond van de open rechtvaardigingsformule, *hetzij* in het geval wordt aangetoond dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden. In het geval geen redelijke aanpassingen kunnen worden getroffen, kan er in de ogen van de Belgische wetgever geen sprake meer zijn van discriminatie.

Dit standpunt kan echter niet worden gevolgd. Uit de bewoordingen van de Kaderrichtlijn Arbeid kan op geen enkel punt worden afgeleid dat het verbod van indirecte discriminatie geheel wordt vervangen door de verplichting tot redelijke aanpassingen. Artikel 2, lid 2, b, ii is immers niet meer als een uitzondering op het anderszins toepasselijk verbod van indirecte discriminatie. DE VOS verdedigt op dit vlak het standpunt dat in het geval de werkgever niet in staat bleek om redelijke aanpassingen te voorzien voor gehandicapten nog steeds indirecte discriminatie op grond van handicap kan worden vastgesteld.[2105] Anders oordelen zou het verbod van indirecte discriminatie volledig zinloos maken.[2106] De Belgische wet moet eveneens in deze zin worden geïnterpreteerd wanneer men zich bevindt binnen het toepassingsgebied van de Kaderrichtlijn arbeid. Ook buiten het toepassingsgebied van de Kaderrichtlijn arbeid (o.m. het leveren van goederen en diensten) strekt het tot aanbeveling aan te knopen met de bedoelingen van de Europese wetgever, zoals die blijken uit de Kaderrichtlijn arbeid en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid. In artikel 2, lid 4 van het Voorstel wordt bepaald dat het ontzeggen van redelijke aanpassingen steeds kan worden beschouwd als een vorm van (zowel directe als) indirecte discriminatie. Dit betekent dat ook onder de bewoordingen van dit Voorstel van Kaderrichtlijn, aanpassingen die wegens hun onredelijkheid niet mogelijk worden geacht, nog steeds kunnen worden beschouwd als een vorm van indirecte discriminatie indien zij niet kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van de open rechtvaardigingsformule.

727. **Onevenredige afwezigheid van aanpassingen schendt het discriminatieverbod.** Indien de niet-naleving van de verplichting tot redelijke aanpassingen inderdaad een bijkomende discriminatievorm uitmaakt, los van de vaststelling van indirecte discriminatie, is het wellicht verkieslijk de beoordeling

---

[2104] “In de mate dat de werkgever verplicht is passende maatregelen te treffen”, zo schrijft BAYART, “kan hij aan de vaststelling van indirecte discriminatie ontsnappen.” Zie C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen", l.c., 18.

[2105] M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 81-82.

[2106] Ibidem.

of er al dan niet redelijke aanpassingen mogelijk waren, te laten plaatsvinden, voorafgaand aan de vraag of er sprake is van indirecte discriminatie.[2107]

Een eerste onderzoek dient dan te gebeuren naar de vraag of een werkgever evenredig heeft gehandeld door geen verdere aanpassingen te voorzien voor gehandicapten. Indien dit niet het geval is schendt hij de plicht tot redelijke aanpassingen en is er *ipso facto* sprake van discriminatie.

728. **Rechtvaardiging van evenredige afwezigheid van aanpassingen.** Volgens artikel 5 van de Kaderrichtlijn arbeid wordt de plicht tot aanpassingen niet geschonden wanneer wordt aangetoond dat de te nemen maatregelen voor de werkgever een "onevenredige belasting" vormen: van de werkgever mag niet worden verwacht dat hij zichzelf onderwerpt aan onredelijke financiële implicaties.[2108] Indien de werkgever kan aantonen dat aanpassingen in het concrete geval een onevenredige belasting voor hem vormden, zal hij nog steeds kunnen worden verplicht om aan te tonen dat zijn beleid als *prima facie* vorm van indirecte discriminatie op grond van handicap gerechtvaardigd is. Indien hij er niet in slaagt om in dat geval, op grond van de door de Kaderrichtlijn arbeid opgelegde open rechtvaardigingsformule (de zgn. *Bilka*-formule) een rechtvaardiging te bieden (legitiem doel, geschiktheid, noodzakelijkheid), kan de werkgever nog steeds worden beschuldigd van discriminatie. In dat geval kan hij er op grond van de tekst van de Kaderrichtlijn arbeid toe worden gedwongen om in zijn organisatie aanpassingen door te voeren die de plicht tot redelijke aanpassingen overstijgen.[2109]

729. **Mogelijkheid van *ongerechtvaardigde* evenredige afwezigheid van aanpassingen?** De hierboven aangegeven mogelijkheid dat een werkgever of dienstverlener in gebreke zou blijven om een gebrek aan aanpassingen voor gehandicapten te rechtvaardigen, ook al kon hij aantonen dat een gebrek aan aanpassingen redelijkerwijze niet konden worden verlangd, is niet irreëel. De kans bestaat namelijk dat de rechter oordeelt dat de werkelijke behoefte van de onderneming niet wordt geschaad door het niet nemen van aanpassingen. In dit geval strandt de rechtvaardiging van de verweerder tegelijk op de geschiktheidstoets en de legitimiteitstoets van de open rechtvaardigingsformule.

[2107] Zie bv. een gelijkaardig standpunt in de Britse rechtspraak terzake: House of Lords 1 juli 2004, *Archibald/Fife Council, Industrial Relations law Report* 2004, *Industrial Law Journal* 2004, 651, ov. 18-19; Supreme Court of Judicature Court of Appeal (civil division) 2004, *Northampton County Council v. Meikle*, *Industrial Relations law Report* 2004, 703, ov. 67. (zie ook http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/859.html), noot P. HUGHES, "Disability discrimination and the duty to make reasonable adjustments: recent developments", *Industrial Law Journal* december 2004, 364, "[*The Court of Appeal rejected*] *the submission that the only reasonable adjustment which should be considered when deciding whether cutting Mrs Meikle's pay while she was on long term sick amounted to unjusitifiable less favourable treatment, was whether a reasonable adjustment to the sick pay policy itself should have been made. The Court of Appeal* […] *held that, when considering jusitification of less favourable treatment, the tribunal must consider what the position would have been if all the reasonable adjustments had been made*." Op p.366 wijst HUGHES er verder op dat deze rechtspraak van bijzonder belang is voor de verdere interpretatie door de Britse rechtspraak van de wetgeving die in Groot-Brittanië werd uitgevaardigd op grond van de Kaderrichtlijn.

[2108] C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen", *l.c.*, 18.

[2109] M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 81-82; K. HENRARD, *l.c.*, 290.

Het is zelfs mogelijk dat de onredelijke financiële implicaties die de werkgever ondervindt bij het doorvoeren van aanpassingen voor gehandicapten, op zich niet worden aanvaard als legitieme doelstelling van zijn vermeende indirect discriminatoire arbeidsorganisatie. Hoger werd inderdaad reeds gewezen op het feit dat budgettaire overwegingen door het Hof van Justitie (minstens in de rechtspraak met betrekking tot geslachtdiscriminatie) zeer moeilijk worden aanvaard in de rechtvaardiging van discriminatie.[2110] Toch zal het niet snel voorkomen dat een rechter in het ene geval beweert dat de financiële implicaties voor de organisatie voldoen om geen aanpassingen te moeten verlenen en daarop aansluitend beweert dat deze financiële implicaties, in het kader van de rechtvaardigingstoets geen legitieme doelstelling uitmaken. DE VOS hoopt dat de rechtspraak hier met "*een verfijnd net van rechtvaardigingsgronden*" een evenwicht zal vinden tussen "*een beleid van gelijke kansen en het vrij ondernemerschap*".[2111] In de context van gelijke kansen voor gehandicapten zou de rechtspraak zich volgens DE VOS inderdaad de mogelijkheid moeten kunnen toeëigenen om budgettaire overwegingen te laten meespelen in het beoordelen van de rechtvaardiging van indirecte discriminatie.[2112]

730. **Conceptuele oplossing voor het probleem van *overlap*.** Via de hierbij gedane suggestie om in de rechtvaardiging van indirecte discriminatie ook budgettaire overwegingen toe te laten als rechtvaardiging voor indirect onderscheid, kan de rechtvaardiging voor het niet nemen van redelijke aanpassingen worden vereenvoudigd. De werkgever kan op deze manier het niet nemen van redelijke aanpassingen verantwoorden aan de hand van een onevenredig verband tussen het praktisch nut van deze aanpassingen en de kosten-of budgettaire overwegingen. In een volgende fase kan hij diezelfde overwegingen laten meespelen in de formulering van een legitieme bedrijfsdoelstelling waarna hij wel nog dient aan te tonen of het niet nemen van aanpassingen in de gegeven omstandigheden ook geschikt en noodzakelijk waren om deze bedrijfsdoelstelling te verwezenlijken. Het valt verder af te wachten in welke mate de rechtspraak geneigd zal zijn om op basis van de tekst van de Kaderrichtlijn arbeid (of het voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid) tot eenzelfde conclusie te komen. Inspiratie kan alvast worden gevonden in het hierboven beschreven rechtvaardigingssyteem in de Canadese rechtspraak, waar budgettaire overwegingen, als element van de *undue hardship*-beoordeling, volwaardig deel uitmaken van de *duty to accommodate* en bijgevolg van de eigenlijke rechtvaardigheidstoets.[2113] De beoordeling van de onevenredigheid van de aanpassingen vindt in

---

[2110] Cf. *supra* nr. 554, met verwijzing naar H.v.J. 17 juni 1998, *Hill en Stapleton/The Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998, I-3739, ov. 40; H.v.J. 20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741, ov. 61. Zie ook M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 80-81; C. BAYART, "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 315. Zie echter voor de mogelijke toelaatbaarheid van de rechtvaardigingsbeoordeling op grond van het gezond financieel beheer van het verzekerings- of pensioenstelsel, *supra* nrs., 557-558, met verwijzing naar H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-57.

[2111] M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *l.c.*, 82.

[2112] *Ibidem.* Ook BAYART komt tot de conclusie (weliswaar nog op basis van de verkeerde premisse dat de verplichting tot redelijke aanpassingen het verbod van indirecte discriminatie vervangt) dat de rechter in staat moet zijn om de economisch-financiële belangen van de verweerder steeds te kunnen afwegen tegen de toegang van de gehandicapte tot het arbeids (-en bij uitbreiding ook het dienstverlenings?)proces. Zie C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen", *l.c.*, 18.

[2113] Cf. *supra* nrs. 617-626 (*Meiorin*) 628 (*Grismer*) en 644 (*Via Rail*).

deze systemen wel zijn natuurlijke plaats in de finale fase van de rechtvaardigheidsbeoordeling. Het betreft de beoordelingsfase die in de artikel 19-Richtlijnen overeenstemt met de noodzakelijkheidstoets binnen de open rechtvaardigingsformule. Conceptueel zou het ook in het kader van de artikel 19-Richtlijnen eenvoudiger zijn om de beoordeling van de onredelijkheid van de aanpassingen te integreren binnen deze noodzakelijkheidstoets.[2114] Het zou vermijden dat de rechtvaardigingstoets van indirecte discriminatie en de beoordeling van redelijke aanpassingen elkaar verder kunnen overlappen. Hierbij wordt (in tegenstelling tot de huidige tekst van artikel 9 van de Belgische Algemene anti-discriminatiewet) geen afbreuk gedaan aan de bescherming van gehandicapten, daar de verweerder nog steeds dient aan te tonen dat de bestreden handeling niet alleen noodzakelijk maar ook geschikt is om te voldoen aan de werkelijke behoefte van de onderneming.

2. Verhouding met het verbod van directe discriminatie

731. **Overzicht.** Hierboven werd duidelijk dat de werkgever (of dienstverlener) die kan aantonen dat het nemen van aanpassingen voor gehandicapten in zijn organisatie een onevenredige belasting vormt, zich niet automatisch onttrekt aan het verbod van indirecte discriminatie. Ook werd vastgesteld dat de kostenargumenten die gebruikt worden om de onredelijkheid aan te tonen van de te nemen aanpassingen, niet automatisch zullen volstaan om *prima facie* vastgestelde indirecte discriminatie te rechtvaardigen. Daarbij is echter nog niets gezegd over de vraag op welke manier de verplichting tot redelijke aanpassingen zich verhoudt tot het verbod van *directe* discriminatie. Onderscheid moet worden gemaakt tussen drie hypotheses.

Een eerste hypothese betreft het geval waarbij de lidstaten geen rechtvaardigingsmogelijkheid hebben toegestaan voor directe discriminatie op grond van handicap. (*a*)

Een tweede hypothese betreft het geval waarbij de lidstaten op het vlak van arbeidsrelaties toestaan dat een directe discriminatie kan worden gerechtvaardigd aan de hand van het concept van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.[2115] (*b*) Aangezien, zoals zal blijken, de Europese wetgever en het Hof van Justitie op dit gebied enkele leidraden hebben geformuleerd ter verdere interpretatie van de tekst van de Kaderrichtlijn arbeid, zal de hypothese onder (b) worden aangewend om een oplossing te formuleren ten opzichte van het conflict dat zich voordoet in een *derde* hypothese die van belang is voor verzekeringsrelaties.

De derde hypothese betreft het geval waarbij de lidstaten gebruik zouden maken van de rechtvaardigingsmogelijkheid onder artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid. Zoals hierboven reeds werd beschreven zal het gebruik van handicap op grond van deze tekst kunnen worden gerechtvaardigd op grond van het feit dat handicap voor het betrokken product een essentiële factor

---

[2114] Zie in verband met de mogelijkheid tot integratie van de beoordeling van redelijke aanpassingen voor personen met een bepaalde religie, in de noodzakelijkheidstoets van indirecte discriminatie, E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, *l.c.,* 376. Zie ook *infra* nr. 744.

[2115] Zie artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid.

is in de risicobeoordeling. De vraag rijst opnieuw hoe deze rechtvaardigingsgrond zich verhoudt tot de rechtvaardiging verbonden aan de redelijkheid van aanpassingen.(*c*)

(a) geen rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie op grond van handicap

732. **Verzoening.** Zoals hierboven werd toegelicht is directe discriminatie onder de Kaderrichtlijn arbeid (alsook het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid), principieel niet rechtvaardigbaar. De vraag rijst echter hoe moet worden geoordeeld over het geval waarbij het ontzeggen van redelijke aanpassingen de vorm aanneemt van directe discriminatie. Het niet nakomen van deze plicht kan immers wél worden "gerechtvaardigd", en wel aan de hand van de financiële en andere kosten van de aanpassingen, de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming, e.d.m.[2116] De enige mogelijke manier om het verbod van directe discriminatie dan te verzoenen met de plicht tot redelijke aanpassingen is er van uit te gaan dat 1) directe discriminatie, minstens voor gehandicapten, de vorm kan aannemen van een plicht tot een ongelijke (lees aangepaste) behandeling van onvergelijkbare gevallen én 2) dat er in dat geval een door de Europese wetgever toegestane rechtvaardigingsmogelijkheid voorligt in de vorm van het aantonen van de onevenredigheid van de aanpassingen.

(b) Niet-gehandicapt zijn als wezenlijke en bepalende beroepsvereiste

733. **Leidraden uit de Kaderichtlijn (en de rechtspraak van het Hof).** Hoger werd reeds beschreven dat indien het kenmerk op basis waarvan er sprake is van discriminatie, een *wezenlijke en bepalende beroepsvereiste* vormt en de betreffende lidstaat deze rechtvaardigingsmogelijkheid toestaat, er geen sprake is van directe discriminatie.[2117] Hier ontstaat dan de moeilijkheid dat deze rechtvaardigingsmogelijkheid inhoudelijk niet overeenstemt met de rechtvaardigingsmogelijkheid van de "onevenredige belasting" van de aanpassingen. Langs de ene kant kan de verweerder beweren dat het niet-gehandicapt zijn een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt voor het uitoefenen van een functie en aan de andere kant is er het verweer dat er voor een gehandicapte geen redelijke aanpassingen konden worden genomen omdat zij onevenredig zijn.

In de overwegingen bij de Kaderrichtlijn arbeid wordt voor dit specifieke geval toch een leidraad meegegeven. In overweging 17 leest men dat de Kaderrichtlijn niet vereist dat iemand in dienst wordt genomen, bevorderd of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren, *onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien.* Op basis van deze overweging kan worden afgeleid dat de beoordeling van de rechtvaardiging van direct onderscheid (aan de hand van het argument dat het niet-gehandicapt zijn in het specifieke geval een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is) dient te worden beoordeeld *nadat* onderzocht is of voldaan is aan de verplichting tot redelijke aanpassingen.[2118] In deze overwe-

[2116] Cf. *supra* nrs. 716-717, met verwijzing naar overweging 21 van de Kaderrichtlijn en artikel 4, lid 2 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.

[2117] Cf. *supra* nr. 529 i.v.m. artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid.

[2118] Zie ook K. HENRARD, *l.c.*, 289.

ging kan ook een grens worden gelezen aan de uitgebreidheid van de redelijke aanpassingen: de plicht tot redelijke aanpassingen bestaat niet ten opzichte van personen die zelfs na redelijke aanpassingen niet in staat zijn de essentiële functies van een bepaalde job uit te oefenen.[2119] Deze zienswijze wordt bevestigd door Advocaat-Generaal GEELHOED in zijn conclusie bij de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Chacon-Navàs*, waarin hij schrijft dat

> *"het ontslag gerechtvaardigd kan zijn, indien de desbetreffende functionele beperkingen – de handicap – de uitoefening van het betrokken beroep of bedrijf onmogelijk maken dan wel ernstig beperken. Evenwel die rechtvaardiging is slechts toelaatbaar indien er voor de werkgever geen redelijke middelen voorhanden zijn, die de betrokken handicap zodanig verminderen of compenseren, dat de gehandicapte zijn beroep of bedrijf kan blijven uitoefenen."*[2120]

Uit dit citaat blijkt enerzijds dat waar een aanpassing tot de mogelijkheden behoort, die de werknemer in staat zou stellen de taken uit te voeren, zodat hij dus 'bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te voeren' en waarbij de werkgever de werknemer ontslaat of weigert op grond van handicap, een dergelijk ontslag ongerechtvaardigde discriminatie op grond van handicap vormt.[2121] Uit het citaat blijkt anderzijds dat indien redelijke aanpassingen er niet voor kunnen zorgen dat de gehandicapte de essentiële functies van zijn beroep kan blijven uitoefenen, het ontslag ook voldoet aan de rechtvaardigingsgrond van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. De onevenredigheid van redelijke aanpassingen wordt hier beoordeeld aan de hand van het nut dat zij hebben voor de gehandicapte persoon. Indien wordt aangetoond dat de maatregelen voor de gehandicapte geen effect hebben, staat dit gelijk met een rechtvaardiging.

(c) Handicap als essentiële factor in de risicobeoordeling

734. **Analogie met de leidraden uit de Kaderrichtlijn.** In het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt zoals hoger besproken, de mogelijkheid geboden om een rechtvaardigingsmogelijkheid te voorzien voor directe discriminatie in de financiële dienstverlening.[2122] Het betreft de voor verzekeringsovereenkomsten relevante uitzondering waarbij lidstaten kunnen toestaan dat proportionele verschillen in behandeling worden gehandhaafd indien het gebruik van leeftijd of handicap voor het betrokken product een essentiële factor is in de risicobeoordeling op basis van relevante en accurate

---

[2119] K. VAN DEN LANGHENBERG, "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse" in UFSIA (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 607.

[2120] Advocaat-Generaal GEELHOED, Conclusie van 16 maart 2005 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 82. Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat het Hof van Justitie deze opmerking van de Advocaat-Generaal onjuist heeft geïnterpreteerd. Het Hof gebruikt de plicht tot redelijke aanpassingen namelijk om het verbod van directe discriminatie te beperken indien daar geen rechtvaardigingsmogelijkheid voor is voorzien, terwijl de Advocaat-Generaal het enkel had over de hypothese waarin een dergelijke rechtvaardiginsmogelijkheid wél wordt voorzien. DE VOS heeft het over een overbodig en conceptueel misplaatst *obiter dictum*. Zie M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *l.c.*, 335-336.

[2121] L. WADDINGTON en M. GIJZEN, *l.c.*, 274.

[2122] Cf. *supra* nrs. 539 e.v.

actuariële of statistische gegevens (zie artikel 2, lid 7 van het Voorstel). Net zoals in de Kaderrichtlijn arbeid doet zich hier opnieuw een overlapping voor van twee verschillende rechtvaardigingsgronden. Aan de ene kant handicap als essentiële factor in de risicobeoordeling en aan de andere kant de onevenredigheid van de belasting om voor een gehandicapte toch redelijke aanpassingen te voorzien in het aanbieden van de verzekeringsovereenkomst (bv. in de vorm van een meer individuele risicobeoordeling). Net zoals het geval was onder toepassing van de Kaderrichtlijn (waar eveneens sprake was van een coëxistentie van rechtvaardigingsmogelijkheden) luidt ook hier de vraag of en in welke mate de plicht tot aanpassingen voor gehandicapte personen is gelimiteerd. Moeten deze aanpassingen zo ver gaan dat een gehandicapte persoon een verzekering moet kunnen bekomen waar dit actuarieel gezien onmogelijk is?

In tegenstelling tot hetgeen het geval was in de Kaderrichtlijn Arbeid, worden omtrent dit probleem geen overwegingen geformuleerd in het Voorstel. Naar analogie kan echter wel de redenering worden toegepast die voorhanden is op basis van overweging 17 van de Kaderrichtlijn arbeid. Op basis daarvan kon worden aangenomen dat de Kaderrichtlijn niet zo ver gaat dat iemand in dienst moet worden genomen die zelfs na redelijke aanpassingen niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te oefenen.[2123] Vertaald naar de rechtvaardigingsmogelijkheid die in artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid wordt voorzien voor verzekeringsrelaties leidt dit tot een gelijkaardige conclusie. Het Voorstel van Kaderrichtlijn gaat niet zo ver dat een gehandicapte persoon die zelfs na redelijke aanpassingen (zoals een bijpremie of de toepassing van een franchise, een uitsluiting of een meer geïndividualiseerde risico-beoordeling) een onverzekerbaar risico blijft, toch zou moeten worden verzekerd. Indien wordt aangetoond dat de maatregelen voor de gehandicapte geen effect hebben, staat dit gelijk met een rechtvaardiging. Waar een aanpassing echter tot de mogelijkheden behoort, die de verzekerde in staat zou stellen aan te tonen dat zijn individuele risico wél verzekerbaar is (bv. door aan te tonen dat handicap geen impact heeft op het risico), en waarbij de verzekeraar de gehandicapte toch weigert te verzekeren, zal deze weigering eveneens een ongerechtvaardigde discriminatie vormen op grond van geslacht.[2124]

D. Bijkomende formulering t.a.v. het beleid van de lidstaten

735. **Verplichting tot nodige maatregelen inzake niet-discriminerende toegang.** Waar artikel 4, lid 1, b) van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid er voornamelijk op gericht is de lidstaten in hun anti-discriminatiewetgeving een verplichting te laten opnemen tot het nemen van redelijke aanpassingen, wordt in artikel 4, lid 1, a) nog een andere, meer algemene verplichting opgelegd. Deze verplichting viseert in de eerste plaats het beleid van de lidstaten zelf. De lidstaten dienen de nodige maatregelen te nemen om de toegang voor personen met een handicap tot sociale bescherming, sociale voordelen, gezondheidszorg, onderwijs en toegang tot en aanbod van goederen en diensten te ver-

[2123] Cf. *supra* nr. 733.

[2124] Zie in dezelfde zin met betrekking tot de interpretatie van de Kaderrichtlijn arbeid, L. WADDINGTON en M. GIJZEN, *l.c.*, 274.

beteren, ondermeer via passende wijzigingen of aanpassingen. In deze opsomming zijn duidelijk ook verzekeringsdiensten begrepen.

In de toelichting bij het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid worden geen voorbeelden gegeven waarin dergelijke maatregelen concreet kunnen bestaan. Meer algemeen kan worden gedacht aan wetgeving die omschrijft op welke manier een winkelinrichting kan voorzien in de noden van fysiek gehandicapten, alsook aan een regeling die meer algemene maatregelen uitwerkt om gehandicapte personen toegang te geven tot dienstverlening waarvan zij traditioneel worden uitgesloten.

In het kader van verzekeringsrelaties gaat het dan bv. om maatregelen die een verbeterde toegang mogelijk maken tot verzekeringsovereenkomsten waarvan gehandicapte personen omwille van een verhoogd gezondheidsrisico worden uitgesloten (denk aan brandverzekering, levensverzekering, motorrijtuigenverzekering, ziekteverzekering of schuldsaldoverzekering). Een goede illustratie wordt geboden door de maatregelen die in Frankrijk en België zijn genomen ter verwezenlijking van een verbeterde toegang tot de schuldsaldoverzekering voor zieken en gehandicapten. Deze voorbeelden worden hieronder kort toegelicht.

736. **Frankrijk – *Convention AERAS.*** Voor Frankrijk kan worden verwezen naar de zogenaamde "*Convention AERAS*" van 6 juli 2006.[2125] Deze *Convention*, ondertekend door de Franse verzekeraars, de organisaties die de belangen van zieken en gehandicapte consumenten vertegenwoordigen en de Franse Staat, is de opvolger van de reeds in 2001 ondertekende "*Convention Belorgey"*. De *Convention AERAS* streeft voor personen die omwille van handicap of ziekte kampen met een verhoogd gezondheidsrisico, een betere toegang na tot krediet (hypothecair krediet, professioneel krediet of consumentenkrediet) alsook een verbeterde toegang tot *verzekering* van dergelijk krediet (schuldsaldoverzekering).[2126]

De *Convention* voorziet o.m. in een *Commission des études et recherche* die voor ziektebeelden die in de schuldsaldoverzekering normaal gezien aanleiding geven tot bijpremies, gegevens verzamelt met betrekking tot mortaliteit en morbiditeit. De verzekeringssector heeft er zich toe gebonden met deze gegevens rekening te houden.[2127] Ook wordt voorzien in een systeem waarbij personen die niet aan een normaal tarief kunnen worden verzekerd, worden doorverwezen naar een aantal hogere ni-

[2125] AERAS staat voor "s'assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé". Zie « Texte de la Convention AERAS signée le 6 juillet 2006 », *http://www.aeras-infos.fr/sections/les_documents_offici/la_convention/texte_de_la_conventi/downloadFile/file/convention_aeras.pdf?nocache=1167154356.09*.

[2126] Zie paragraaf 1/a) van de Préambule bij de Convention AERAS: " l'accès au crédit représente un enjeu important dans le monde moderne, en France notamment. La question se pose avec une acuité particulière lorsqu'elle concerne des personnes candidates à l'emprunt placées, de par les aléas de la vie, en situation de risque de santé aggravé du fait d'une maladie ou d'un handicap, puisque l'assurance est souvent une condition d'obtention des prêts."

[2127] Zie titel V, II) van de *Convention AERAS* (p. 16).

veau's, alwaar een herbeoordeling mogelijk is en waar alternatieve oplossingen kunnen worden voorgesteld zoals de formulering van uitsluitingsclausules of bijpremies.[2128]

> Zo wordt op een zogenaamd tweede niveau nagegaan of de verzekerde op basis van een meer gepersonaliseerde risico-beoordeling, niet kan worden verzekerd aan de hand van een bijpremie of mits het inschrijven van bepaalde uitsluitingen. Indien ook op dit niveau geen oplossing kan worden gevonden, wordt het te verzekeren risico naar een derde niveau verwezen, waar het wordt toegewezen aan een zogenaamde "*pool des risques aggravés*". In deze pool kan het te verzekeren risico worden onderzocht door een groep van herverzekeraars, op voorwaarde dat het gaat om personen onder de 70 jaar en een te dekken leningsbedrag tussen de €200.000 en de €300.000. Op dit niveau kan worden besloten om een risico toch te aanvaarden, mits de eventuele formulering van uitsluitingsclausules of bijpremies. Indien op dit laatste niveau nog steeds niet kan worden besloten tot een aanvaarding van het risico, worden de kredietverleners verplicht om samen met hun cliënt te onderzoeken of er geen alternatieve garanties kunnen worden gesteld, zoals een hypotheek op een ander onroerend goed, een borgstelling of zelfs andere mogelijke vormen van levensverzekering.[2129]

737. **België – Wet van 21 januari 2010**. Op het gebied van schuldsaldoverzekering is recent, via de Wet van 21 januari 2010,[2130] ook in België een vergelijkbaar systeem opgezet. Dit gebeurde naar aanleiding van de toevoeging van een artikel 138*ter*-1 t.e.m. 12 in de W.LVO. Eens in werking getreden[2131] moet de regeling er voor zorgen dat personen met een verhoogd gezondheidsrisico een betere toegang krijgen tot schuldsaldoverzekering. Het gaat om schuldsaldoverzekering die de terugbetaling waarborgt van het kapitaal van een hypothecair krediet dat wordt aangegaan voor de verbouwing of verwerving van de *eigen en enige gezinswoning* van de verzekeringnemer.[2132] De Belgische Commissie voor Verzekeringen was op grond van deze wet reeds aangesteld om tegen 3 augustus 2010 een gedragscode uit te werken die o.m. bepaalt in welke gevallen een standaard medische vragenlijst moet worden ingevuld, op welke wijze de verzekeraar met deze vragenlijst rekening houdt bij het al dan niet toekennen van de verzekering op het bepalen van de premie en in welke gevallen de verzekeraar een bijkomend onderzoek mag vragen aan de kandidaat-verzekerde.[2133] Eventuele bij-

---

[2128] titel IV, 1 van de *Convention AERAS* (p.12).

[2129] Zie "Rapport au Parlement et au gouvernement – Evaluation au 1er juillet 2008 de l'application de la Convention AERAS", http://www.aeras.fr/sections/les_documents_offici/rapport_a_mi-parcour/rapport_au_gouvernem/downloadFile/file/Rapport_a_mi-parcours.PDF?nocache=1224669335.55 , 6-7.

[2130] Zie Wet van 21 Januari 2010 tot wijziging van de W.LVO wat de schuldsaldoverzekeringen voor personen met een verhoogd gezondheidsrisico betreft, *B.S.* 3 februari 2010 (hierna "Wet van 21 januari 2010").

[2131] De wet zal pas in werking treden op een door de Koning nader te bepalen datum. Zie artikel 18 van de Wet van 21 januari 2010. Het artikel dat de Commissie voor verzekeringen aanstelt om een gedragscode uit te werken (zie hieronder), trad wel reeds in werking op de dag van publicatie in het *B.S.* (3 februari 2010).

[2132] Zie artikel 138*ter*-13 W.LVO.

[2133] Zie artikel 138*ter*-1 W.LVO. Tot op heden is de gedragscode nog niet gepubliceerd. Daaruit volgt dat de Koning het gebruik van medische vragenlijsten nu eventueel zelf kan regelen en zelfs verbieden. De Koning kan de vragen die betrekking hebben op de gezondheidstoestand van de verzekerde bepalen, herformuleren of verbieden. Hij kan eveneens de draagwijdte van een vraag in de tijd beperken of een verzekerd bedrag bepalen waaronder enkel de medische vragenlijst kan worden gebruikt. Zie §2-3 van artikel 138*ter*-1 van de W.LVO. Hierbij zij nog opgemerkt dat de Belgische Beroepsvereniging voor Verzekeringsondernemingen heeft aangekondigd dat zij deze wet wenst aan te vechten voor het Belgisch Grondwettelijk Hof. Door de beroepsvereniging wordt de wet "onwerkbaar en verzekeringstechnisch onrealistisch" bevonden. Zie *De Morgen* 23 juni 2010, "Assuralia wil toegang zwaar zieken

premies kunnen worden onderzocht op hun verzekeringstechnische verantwoordheid[2134] en verzekerden die een bijpremie dienen te betalen van meer dan 200% maken recht op een gestandaardiseerde vorm van schuldsaldoverzekering[2135].

> Verzekeraars worden door de nieuwe wet verplicht om kandidaat-verzekerden te informeren over het precieze bedrag van de bijpremie die om reden van de gezondheidstoestand van de verzekerde wordt aangerekend.[2136] Ook worden zij verplicht om in het geval een bijpremie wordt aangerekend, de kandidaat-verzekeringnemer (voorlopig) geweigerd wordt of bepaalde risico's van de dekking worden uitgesloten, te motiveren waarop dergelijke beslissingen precies zijn gesteund.[2137] De wet voorziet verder in een zogenaamd "*Opvolgingsbureau voor de tarifering*" dat de voorstellen tot bijpremie kan onderzoeken en dat daarbij nagaat of de voorgestelde bijpremie medisch en verzekeringstechnisch objectief en redelijk verantwoord is.[2138] Indien een kandidaat-verzekeringnemer niet akkoord is met de door de verzekeraar voorgestelde premie, dient de verzekeraar het dossier te laten herbeoordelen door de herverzekeraar. Wanneer deze laatste beslist om een bijpremie toe te kennen die lager is dan de oorspronkelijk voorgestelde premie, dient de verzekeraar zijn voorstel in die zin aan te passen.[2139] In het geval de verzekeraar een bijpremie aanrekent die meer bedraagt dan 200% van de basispremie (de laagste premie die een persoon met dezelfde leeftijd dient te betalen)[2140] is hij verplicht om een zogenaamde "*gestandaardiseerde waarborg*" aan te bieden aan de verzekeringnemer. [2141] Het gedekte kapitaal zal in dat geval maximaal €200.000 bedragen.[2142] Een zogenaamde "*compensatiekas*" die wordt gesubsidieerd door zowel de schuldsaldoverzekeraars als de hypothecaire kredietgevers[2143] is ertoe gehouden het deel van de bijpremie te betalen dat hoger ligt dan de bijpremie van 200%.[2144]

738. **Ruime of strikte beleidsvrijheid? Invloed van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.** Hierbij zij opgemerkt dat de lidstaten in de keuze van maatregelen die zij wensen te nemen onder de omzettingsverplichting uit artikel 4, lid 1, a), van het Voorstel van Richtlijn, nog altijd over een ruime beleidsvrijheid zullen beschikken. Iedere lidstaat kan steeds voor zichzelf uitmaken welke maatregelen zij "nodig" achten en het valt dan ook niet te verwachten dat de lidstaten ge-

---

tot schuldsaldoverzekering aanvechten", *http://www.demorgen.be/dm/nl/996/Economie/article/detail/1123900/2010/06/23/Assuralia-wil-toegang-zwaar-zieken-tot-verzekering-schuldsaldo-aanvechten.dhtml*; *De Standaard* 23 juni 2010, "Verzekeraars vechten verzekering voor zwaar zieken aan".

[2134] Zie artikel 138*ter*-6, §3 W.LVO.

[2135] Zie artikel 138*ter*-11 W.LVO.

[2136] Artikel 138*ter*-2 W.LVO.

[2137] Ibidem.

[2138] Artikel 138*ter*-6 W.LVO.

[2139] Artikel 138*ter*-3,4 W.LVO.

[2140] Artikel138ter-12, 3° lid W.LVO.

[2141] Artikel 138*ter*-11 W.LVO.

[2142] *Ibidem*. Het betreft de hypothese dat het krediet alleen wordt aangegaan. In hetzelfde artikel wordt bepaald dat indien er een mede-kredietnemer is, de kandidaat-verzekerde zich kan verzekeren tot hetzelfde bedrag, maar beperkt tot 50 % van het ontleend kapitaal.

[2143] Artikel 138*ter*-9 W.LVO.

[2144] Zie voor de precieze bepaling van dit bedrag, artikel 138*ter*-12 van de W.LVO.

makkelijk op deze verplichting kunnen worden aangesproken. Het is echter niet uitgesloten dat de bepaling onder artikel 4, lid 1, a) van het Voorstel uiteindelijk sterker zal worden geformuleerd waar het *bepaalde verzekeringsovereenkomsten* betreft. De Europese Unie is immers, samen met alle lidstaten, partij bij het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap.[2145] In artikel 12, lid 5 van dit Verdrag wordt in meer dwingende bewoordingen gevraagd dat de staten die partij zijn

> *"alle passende en doeltreffende maatregelen [nemen] om de gelijke rechten te garanderen van personen met een handicap op eigendom of het erven van vermogen en te waarborgen dat zij hun eigen financiële zaken kunnen behartigen en op voet van gelijkheid toegang hebben tot bankleningen, hypotheken en andere vormen van financiële kredietverstrekking en verzekeren […] dat het vermogen van personen met een handicap hen niet willekeurig wordt ontnomen."*

Uit dit artikel kan een duidelijke plicht worden afgeleid om de toegang tot krediet te waarborgen, hetgeen kan impliceren dat ook concrete *garanties* moeten worden voorzien inzake de toegang tot schuldsaldoverzekering. Op grond van artikel 25 van het Verdrag zou een dergelijke plicht ook kunnen worden afgeleid voor levensverzekering en ziektekostenverzekering.[2146]

E. Uitbreidbaarheid van de plicht tot redelijke aanpassingen tot andere discriminatiegronden

739. **Bescherming van personen met een handicap.** Eén van de reden waarom de verplichting tot redelijke aanpassingen in de artikel 19-Richtlijnen formeel beperkt blijft tot de grond handicap, ligt wellicht in het feit dat de Europese Commissie zich met haar Voorstel van Kaderrichtlijn arbeid heeft willen laten inspireren door de reeds bestaande systemen in het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Zweden.[2147] In deze landen werd de plicht tot redelijke aanpassingen enkel voorzien voor gehandicapten. In haar poging om in alle lidstaten van de Europese Unie een gelijk beschermingsniveau te creëren tegen discriminatie, heeft men waarschijnlijk willen afzien van een hoger beschermingsniveau dan reeds bestond in de genoemde lidstaten.

[2145] UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, aangenomen te New York op 13 december 2006. Zie *http://www2.ohchr.org/english/law/disabilities-convention.htm*. De meeste lidstaten, waaronder België hebben dit Verdrag ondertussen geratificeerd. Zie voor een overzicht van ratificaties, *http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=257*. Zie voor België, Wet van 13 mei 2009 houdende instemming met volgende Internationale Akten: -Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, -Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen te New York op 13 december 2006, B.S. 22 juli 2009.

[2146] Merk op dat artikel 25, lid e, van dit Verdrag eveneens vraagt dat discriminatie van personen met een handicap bij de acceptatie voor een ziektekostenverzekering en levensverzekering is verboden, indien een dergelijke verzekering is toegestaan volgens het nationale recht en op basis van redelijkheid en billijkheid wordt verstrekt.

[2147] Zie Voorstel van Kaderrichtlijn arbeid, *l.c.*, 9.

Een andere motivatie voor het beperken van de plicht tot redelijke aanpassingen kan worden gevonden in het idee dat gehandicapten het gebrek aan redelijke aanpassingen scherper en vaker zullen aanvoelen dan andere door de Richtlijnen beschermde groepen.[2148]

740. **Bescherming voor andere achtergestelde groepen.** Nu de plicht tot redelijke aanpassingen voor personen met een handicap voor een stuk geïnspireerd is door de traditioneel achtergestelde positie van gehandicapten, rijst de vraag of deze plicht niet kan of moet worden uitgebreid tot andere discriminatiegronden.[2149] Denk bijvoorbeeld aan de positie van de vrouw in de arbeidsomgeving (lager loon, onaangepaste werkomstandigheden, onaangepaste standaarden voor deeltijds werk) of de problemen die ontstaan op de werkvloer voor personen met een bepaalde religie die verplicht worden een bepaald uniform te dragen (bijvoorbeeld helm in plaats van tulband) of geen ruimte of tijd vinden om hun geloof te belijden.[2150] Ook in verzekeringsovereenkomsten zijn buiten gehandicapten een hele reeks andere groeperingen zichtbaar die traditioneel achtergesteld blijven: jongeren in motorrijtuigenverzekering, aids-patiënten in hospitalisatieverzekering, (ex-)kankerpatiënten in schuldsaldoverzekering, … Een uitbreiding van de verplichting tot redelijke aanpassingen tot andere discriminatiegronden zou de efficiëntie van het beschermingssyteem van de artikel 19-Richtlijnen in grote mate kunnen verhogen.[2151] Desondanks wordt gevreesd dat de toepasselijkheid van de plicht tot redelijke aanpassingen op het vlak van discriminatiegronden zoals bv. geloof en religie, "*bijzondere praktische moeilijkheden*" zou meebrengen voor werkgevers en dienstverleners.[2152]

741. **Erkenning van redelijke aanpassingen op grond van religie. De zaak *Prais/Raad*.** Dat een uitbreiding van de verplichting tot redelijke aanpassingen tot andere gronden dan handicap niet onmogelijk is, is reeds in het verleden gebleken uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het eerste gebruik dat het Hof heeft gemaakt van het concept redelijke aanpassingen betrof geen geschil van discriminatie op grond van handicap maar wel een geschil omtrent discriminatie op grond van religie en geloof.[2153] In de zaak *Prais/Raad* was de vermeende schending aan de orde van artikel 27 van het Statuut van de Ambtenaren van de Europese Gemeenschap, dat voorschreef dat bij de keuze der ambtenaren geen onderscheid mag worden gemaakt ten aanzien van ras, geloof of geslacht. *In concreto* rees de vraag of genoemd artikel in die zin moest worden geïnterpreteerd dat een werkgever de datum voor vergelijkende examens derwijze moest vaststellen dat elke kandidaat aan de examens

---

[2148] Zie L. WADDINGTON, "Article 13 EC: Setting priorities in the proposal for a horizontal employment Directive", *Industrial Law Journal* 2000, afl. 2, 178.

[2149] L. WADDINGTON en M. BELL, "Reflecting on inequalities in European equality law", *European Law Review* 2003, afl. 28, 361-362.

[2150] E. HOWARD, "The EU Race Directive: time for change?", *International Journal of Discrimination and the Law* 2007, afl. 8, 253.

[2151] E. HOWARD, *l.c.*, 253; L. WADDINGTON en M. BELL,, "Reflecting on inequalities in European equality law", *l.c.*, 361; L. WADDINGTON, "Article 13 EC: Setting priorities in the proposal for a horizontal employment Directive", *Industrial Law Journal* 2000, afl. 2, 177-178.

[2152] E. ELLIS, EU anti-discrimination law, o.c., 293.

[2153] Zie H.v.J. 27 oktober 1976, *Prais/Raad van de Europese Gemeenschappen*, 130/75, *Jur.* 1976, 1589, ov. 19. Zie ook E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en I. RORIVE, *l.c.*, 377; K. HENRARD, *l.c.*, 275.

kon deelnemen zonder met zijn of haar godsdienstige overtuiging in strijd te komen. Het Hof antwoordde bevestigend door te stellen dat een werkgever, *in casu* de Raad,

> *"gehouden is alle redelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat examens worden georganiseerd op een dag waarop een kandidaat op grond van zijn godsdienst niet aanwezig kan zijn."*

Rekening werd evenwel gehouden met het argument van de Raad dat het een "*ingewikkelde administratieve organisatie zou vereisen*" om rekening te houden met alle in de lidstaten van de Europese Gemeenschap beleden religies. Het Hof maakte op dit punt gebruik van een evenredigheidstoets, door te stellen dat van de werkgever niet onder alle omstandigheden mocht worden gevraagd rekening te houden met een godsdienstige verplichting waarover hij niet was ingelicht.[2154] Feit bleef dat volgens het Hof van de werkgever wel degelijk bepaalde maatregelen konden worden gevraagd om personen met een bepaalde godsdienstbelijding zo goed als mogelijk te accomoderen, zeker als het daarover wél op voorhand was ingelicht.

742. **Voorbeelden uit andere jurisdicties.** Uit de zaak *Prais* blijkt dat het Hof van Justitie in het verleden niet onwillig is geweest om de verplichting tot redelijke aanpassingen te aanvaarden voor de beschermingsgrond religie.[2155] Ook in Canada en de Verenigde Staten is de plicht tot redelijke aanpassingen voor het eerst zichtbaar op het vlak van religie.[2156] Daarna is deze plicht in de Verenigde Staten verder erkend op het terrein van handicap[2157] en in Canada theoretisch zelfs ten opzichte van alle in *section* 15 van het *Canadian Charter of Rights and Freedoms* beschermde discriminatiegronden.[2158] De formele toepasselijkheid van het concept redelijke aanpassingen op alle beschermde discriminatiegronden is in Canada ook zichtbaar in de *Provincial Codes*.[2159] In de Canadese rechtspraak zijn de meeste toepassingen weliswaar gemaakt op het vlak van handicap[2160] en religie[2161], maar

---

[2154] H.v.J. 27 oktober 1976, *Prais/Raad van de Europese Gemeenschappen*, 130/75, *Jur.* 1976, 1589, ov. 18-19.

[2155] K. HENRARD, *l.c.*, 275; E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en I. RORIVE, *l.c.*, 377.

[2156] Dit vooral als gevolg van de toenemende religieuze diversiteit (ten gevolge van immigratie. Zie K. HENRARD, *l.c.*, 280. Zie voor de Verenigde Staten, Title VII van de *Civil Rights Act* van 1964, 42 *United States Code Annotated* 1981, *section* 2000-e, j), waar verklaard wordt dat de term "religion" alle aspecten omvat van "*religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business*". Zie eveneens L. VICKERS, *Religion and belief discrimination –The EU Law*, European Commission, DG for employment, Social affairs and Equal opportunities, http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1689&langId=en, 20. Zie voor *Canada* o.m. de *O'Malley*-case; Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpsons-Sears Ltd.*, *Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 536.

[2157] Zie de Americans with Disabilities Act van 1990, 42 United States Code Annotated 1990, c-126, section 12201, h). Zie ook http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm.

[2158] P. BOSSET, "Reflections on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religion", http://www.cdpdj.qc.ca/en/publications/docs/religion_accommodation_opinion.pdf 2004, 2.

[2159] Zie Ontario Human Rights Code, o.c., section 17(2). (zie ook section 11(2) en 24(2).); zie ook section 11(2) en ook 10(2), 12(2) van de North-West Territories Human Rights Act, Statutes of North-West Territories 2002, c-18, zie http://www.nwthumanrights.ca/publications/Documents/NWTHumanRightsAct-NEW2009.pdf .

[2160] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with disabilities v. Via Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650; Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superinten-

eveneens is er rechspraak bekend waarbij op de plicht tot redelijke aanpassingen beroep werd gedaan voor de gronden geslacht[2162], zwangerschap[2163] en leeftijd.[2164] In de Zuid-Afrikaanse antidiscriminatiewetgeving wordt de plicht tot redelijke aanpassingen formeel opgelegd voor de discriminatiegronden ras[2165], geslacht[2166] en handicap[2167].[2168] Zoals hierboven reeds werd uiteengezet maakt de beoordeling van de plicht tot redelijke aanpassingen in Canada en Zuid-Afrika ook integraal deel uit van de uniforme rechtvaardigingsbeoordeling van directe en indirecte discriminatie.[2169] Onafhankelijk van de discriminatiegrond dient de vraag te worden gesteld of de verweerder in een concreet geschil redelijke stappen heeft gezet om tegemoet te komen aan de benadeling die de bestreden behandeling met zich meebrengt en voldoende inspanningen heeft geleverd om de diversiteit te accomoderen.[2170]

743. **Uitbreidbaarheid naar andere gronden via inlezing in de bestaande discriminatieverboden?** Een groot aantal auteurs pleit ervoor om de verplichting tot redelijke aanpassingen ook in Europa uit te

---

dent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 22; Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, Eldridge v. British Columbia (Attorney General), Supreme Court Reports 1997, afl. 3; British Columbia Human Rights Tribunal 7 februari 2000, Miele v. Famous Players, Canadian Human Rights Reporter, D/1; Zie ook P. BOSSET, l.c., 3, met verdere verwijzing naar Court d'appel du Québec 2002, Commission des droits de la personne du Québec v. Collège Notre-Dame du Sacré-Coeur, Receuil de Jurisprudence du Québec 2002, afl. 5.

[2161] Supreme Court of Canada 17 december 1985, Re Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., Supreme Court Reports 1985, afl. 2, 536; Supreme Court of Canada 13 september 1990, Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1990, afl. 2, 489; Supreme Court of Canada 24 september 1992, Central Okanagan School District No.23 v. Renaud, Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 984; Supreme Court of Canada 23 juni 1994, Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, Supreme Court Reports 1994, afl. 2, 546.

[2162] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3.

[2163] Tribunal des droits de la personne Québec 1995, Commission des droits de la personne v. Lingerie Roxana, Receuil de Jurisprudence du Québec 1995, 1289.

[2164] Court d'appel du Québec 1997, Descroches v. Commission des droits de la personne du Québec, Receuil de Jurisprudence du Québec 1997, 1540.

[2165] Zie *section* 7(e) van de *PEPUDA*.

[2166] Zie *section* 8(h) van de *PEPUDA.*

[2167] Zie *section* 9(c) van de *PEPUDA*.

[2168] Zie ook K. HENRARD, *l.c.*, 279-280, die verklaart dat de plicht tot redelijke aanpassingen in Zuid-Afrika wordt gezien als een afgeleide van het algemeen principe van non-discriminatie.

[2169] Voor Zuid-Afrika, zie *section* 14(3)(1) van de *PEPUDA.* Cf. *supra* nr. 682. Zie ook Constitutional Court of South Africa 5 oktober 2007, *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others* v. *Pillay*, nr. 51/06, *South African Law Reports* 2008, afl. 1, 474, ov. 72. Hetzelfde schijnt te gelden in arbeidsrelaties. Cf. *supra* nr. 684, met verwijzing naar Labour Appeal Court of South Africa 3 april 2000, *Woolworths* v. *Whitehead,* CA 06/99, *http://www.saflii.org/za/cases/ZALAC/2000/4.html*, ov. 124 (aanpassingen voor een zwangere vrouw). Voor Canada, zie *supra* nrs. 617 (met verwijzing naar Supreme Court of Canada 9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3, ov. 61-64) en 624, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, *Supreme Court Reports* afl. 3, ov. 20.

[2170] Hierbij wordt er wel aan herinnerd dat volgens het Zuid-Afrikaans Grondwettelijk Hof, de rechtvaardigingstoets onder *section* 14 van de PEPUDA niet in alle omstandigheden een onderzoek naar de aanwezigheid van redelijke aanpassingen vereist. Zie reeds *supra* nr. 682, met verwijzing naar Constitutional Court of South Africa 5 oktober 2007, *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others* v. *Pillay*, nr. 51/06, *South African Law Reports* 2008, afl. 1, 474, ov. 78.

breiden tot andere gronden.[2171] Als redelijke aanpassingen, in de woorden van artikel 5 van de Kaderrichtlijn, *noodzakelijk* zijn om het beginsel van gelijke behandeling te dienen in het geval van discriminatie op grond van handicap, ziet men niet in waarom dit beginsel ook niet in andere gevallen dienstig zou kunnen zijn om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen verzekereren.[2172] In het decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt van de Vlaamse Gemeenschap wordt de plicht tot redelijke aanpassingen alvast opgelegd voor alle door de Kaderrichtlijn arbeid beschermde discriminatiegronden.[2173] Ook in andere Europese jurisdicties worden (door de rechtspraak) openingen gecreëerd om redelijke aanpassingen op andere discriminatiegronden toe te passen. Zo kan worden gewezen op de Britse zaak *Copsey v. WWB Devon Clays Ltd* voor het England and Wales Court of Appeal[2174] waar *Justice* RIX concludeerde dat een werkgever

> *"may be acting unfairly if he makes no attempt to accommodate his employee's needs.[…] In any event, it seems to me that if respect for the right to manifest one's religion is to have meaning in a democratic society, it is not possible to say that an employer who, in the given situation, would simply ignore any need to seek a reasonable accommodation would be acting fairly."*[2175]

Geïnspireerd door de Canadese gelijkebehandelingsrechtspraak, die zoals hierboven reeds werd toegelicht, het concept redelijke aanpassingen beschouwt als een natuurlijke component van het discriminatiebegrip, gaat *Justice* RIX ervan uit dat de plicht tot redelijke aanpassingen voor religieuze behoeften minstens impliciet aanwezig is in het Britse (ontslag)recht.[2176] De vraag rijst dan ook of het concept redelijke aanpassingen vandaag ook niet reeds zou kunnen worden ingelezen in de bestaande verboden van directe en indirecte discriminatie zoals ze worden omschreven in de wetgeving op grond van de artikel 19-Richtlijnen. Indien dit namelijk het geval is, geldt een krachtig argument voor de bewering dat de plicht tot redelijke aanpassingen eveneens geldt voor de andere discrimina-

---

[2171] G. MOON, *l.c.*, 708 en 721; R. WHITTLE, *l.c.*, 313; K. HENRARD, *l.c.*, 281; L. WADDINGTON, "Article 13 EC: Setting priorities in the proposal for a horizontal employment Directive", *l.c.*, 178-179; E. HOWARD, *l.c.*, 253; M.-A. MOREAU, "Les justifications des discriminations", *Droit Social* 2002, afl. 12, 167.

[2172] G. MOON, *l.c.*, 708.

[2173] Zie artikel 5, §4 van het Decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *B.S.* 26 juli 2002, 33.262.

[2174] England and Wales Court of Appeal 25 juli 2005, Copsey v. WBB Devon Clays Ltd, Civ 932, Industrial Relations Law Reports 2005, 811. Zie ook http://www.casebooks.eu/nonDiscriminationLaw/chapter6/excerpt.php?excerptId=1751.

[2175] *Ibidem*, ov. 71-72. Het dient wel gezegd dat de beslissing niet werd gewezen op grond van de bepalingen inzake het recht om niet gediscrimineerd te worden op grond van religie, maar eerder in toepassing van het Britse verbod op *Unfair dismissal,* vastgelegd in *section* 98 van de Britse *Employment Rights Act* van 1996. Dit komt omdat op het moment van de feiten de zogenaamde Employment Equality (*Religion or Belief*) *Regulations* van 2003, tot omzetting van de Kaderrichtlijn arbeid, nog niet van kracht was. Zie ook L. WADDINGTON, "Reasonable accommodation", *l.c.*, 701, die er nog op wijst dat het oordeel van RIX niet kan worden gezien als het meerderheidsoordeel van het *Court of Appeal*.

[2176] England and Wales Court of Appeal 25 juli 2005, *Copsey* v. *WBB Devon Clays Ltd,* Civ 932, *Industrial Relations Law Reports* 2005, 811, 67. In de argumentatie wordt inderdaad verwezen naar de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in *O'Malley* en *Dairy Pool* dat de *duty to accommodate* aanwendde voor de bescherming tegen discriminatie op grond van geloof. Zie Supreme Court of Canada 17 december 1985, *Re Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpsons-Sears Ltd.*, *Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 536; *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489.

tiegronden die door de artikel 19-Richtlijnen worden beschermd. In een volgende en laatste punt zal daarom worden onderzocht op welke wijze de plicht tot redelijke aanpassingen mogelijk kan worden geïntegreerd in de rechtvaardigingsmogelijkheid van de bestaande discriminatieverboden.

F. Naar een geïntegreerde benadering van redelijke aanpassingen en de rechtvaardiging van discriminatie

744. **De beoordeling van redelijke aanpassingen onder de noodzakelijkheidstoets.** Hierboven werd reeds aangegeven dat het in het kader van de artikel 19-Richtlijnen conceptueel eenvoudiger zou zijn om de beoordeling van de onredelijkheid van de aanpassingen te integreren binnen de rechtvaardiging van (indirecte) discriminatie.[2177] Het zou namelijk vermijden dat de rechtvaardigingstoets van (indirecte) discriminatie en de beoordeling van redelijke aanpassingen elkaar verder kunnen overlappen. Het is beargumenteerbaar dat een dergelijke geïntegreerde benadering mogelijk is onder de huidige bepalingen van de artikel 19-Richtlijnen. De beoordeling van het feit of de verweerder redelijke aanpassingen heeft voorzien komt namelijk sterk overeen met het eerder beschreven noodzakelijkheidsvereiste dat één van de beoordelingsfactoren vormt van de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen.[2178] Zoals hoger reeds werd beschreven, wordt deze noodzakelijkheidstoets in de rechtspraak van het Hof van Justitie vertaald naar de vraag of er alternatieve, minder belemmerende maatregelen mogelijk waren die het door de verweerder na te streven doel eveneens hadden kunnen bereiken.[2179] Een geïntegreerde benadering van de beoordeling van de plicht tot redelijke aanpassingen en de rechtvaardiging van discriminatie wordt dan mogelijk indien binnen deze noodzakelijkheidstoets kan worden onderzocht of onder de alternatieve, minder belemmerende maatregelen, ook maatregelen werden overwogen die de benadeelde partij kunnen "accomoderen".[2180] Een dergelijke oplossing werd op het vlak van religie reeds aangereikt door de Belgische rechtsleer. Zoals BRIBOSIA, RINGELHEIM en VAN DER PLANCKE het voorstellen:

> *"une discrimination indirecte fondée sur la religion peut être justifié selon les critères classiques encadrant les atteintes aux droits fondamentaux: la légitimité de l'objectif poursuivi couplée au rapport de proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés. Or, dans l'exercise de ce controle de proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés peut se poser la question de l'aménagement raisonnable."*[2181]

[2177] Cf. *supra* nr. 730.

[2178] M.-A. MOREAU, *l.c.*, 168 ; E. BREMS, *l.c.*, 48 ; K. HENRARD, *l.c.*, 294.

[2179] Zie reeds *supra* nr. 562, met verwijzing naar H.v.J. 19 november 1992, *Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-226/91, *Jur.* 1992, I-5943, ov. 17 en 19; H.v.J. 30 mei 1989, *Allué/Università degli studi di Venezia*, 33/88, *Jur.* 1989, 1591, ov. 15 en 16; H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello/België,* C-148/02, *Jur.* 2003, I-1613, ov. 42; H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29; H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 38; H.v.J. 10 maart 2005, *Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados*, C-196/02, *Jur.* 2005, I-1789, ov. 48.

[2180] In dezelfde zin, C. BARNARD en B. HEPPLE, *l.c.*, 584; L. VICKERS, *l.c.*, 22.

[2181] E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM en V. VAN DER PLANCKE, *l.c.*, 376.

Indien op het vlak van religie de integratie van de beoordeling van de plicht tot redelijke aanpassingen binnen het kader van de rechtvaardigingsbeoordeling van discriminatie kan worden gebracht, kan niet worden ingezien waarom hetzelfde niet ook het geval kan zijn voor andere discriminatiegronden. Zoals hiervoor reeds beschreven zijn er ook buiten de sfeer van religie en handicap situaties denkbaar waarbij personen die door de anti-discriminatiebepalingen worden beschermd, zich in een achtergestelde positie bevinden.

745. **Vereenvoudiging voor de beoordeling van indirecte (en directe) discriminatie.** Op het vlak van transparantie en voorspelbaarheid moet worden toegegeven dat het laten samensmelten van de beoordeling van de plicht tot redelijke aanpassingen en de noodzakelijkheidstoets uit de open rechtvaardigingsformule zeker aan te moedigen valt. Men vermijdt het hierboven beschreven probleem dat de rechtvaardiging van benadeling op grond van handicap en de beoordeling van onevenredigheid van aanpassingen elkaar overlappen. Men creëert bovendien een uniformiteit tussen de beoordeling van discriminatie op grond van handicap en discriminatie op grond van de andere beschermde gronden. Het alternatief om de onevenredigheid van de te nemen aanpassingen te beoordelen onder de open rechtvaardigingsformule blijft onder het huidig stelsel van de artikel 19-Richtlijnen natuurlijk slechts haalbaar wanneer het ontzeggen van redelijke aanpassingen de vorm aanneemt van indirecte discriminatie. Directe discriminatie blijft principieel niet rechtvaardigbaar. Men kan zich echter afvragen of het conceptueel niet eenvoudiger zou zijn om zowel voor gehandicapten als niet-gehandicapten te voorzien in een rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie. Op die manier zou eveneens eenvormigheid worden gecreëerd tussen de huidige verschillen in toetsingsmethodiek voor directe en indirecte discriminatie. De bestreden handeling zal dan niet langer moeten worden geconstrueerd onder een kwalificatie *that fits the remedy*, maar zal steeds aan een volwaardige belangenafweging kunnen worden onderworpen.

§ 4. Besluit bij deze afdeling

746. **Uiting van het streven naar materiële gelijkheid.** Onder deze afdeling werd nagegaan op welke wijze de plicht tot redelijke aanpassingen een plaats heeft gekregen in de Europese anti-discriminatiewetgeving. De plicht tot redelijke aanpassingen heeft zich zowel in de Kaderrichtlijn arbeid als in het Voorstel van Kaderrichtlijn veruitwendigd als een middel om de achtergestelde positie van gehandicapten te waarderen. Het betreft een verplichte vorm van positieve actie die via het wegnemen van barrières bijdraagt aan materiële gelijkheid. Gehandicapten worden via concrete aanpassingsmaatregelen in staat gesteld om op gelijke wijze als niet-gehandicapten, deel te nemen aan de arbeidsmarkt of het goederen- en dienstenverkeer. Voor verzekeringsrelaties kan dit ondermeer inhouden dat op een meer algemeen niveau wordt voorzien in een meer geëigende samenstelling van risico-groepen (geen *over-inclusiveness*), waarbij dan op een meer individueel niveau kan worden gedacht aan alternatieve risico-factoren of een meer geïndividualiseerde risicobeoordeling.

747. **Evenredigheidsgrens.** In het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen wordt eveneens voorzien in een evenredigheidsbeoordeling voor redelijke aanpassingen. Onevenredige aanpassingen kunnen niet worden verwacht. Indien het bijkomend nut van de aanpassingen voor de ge-

handicapte, omwille van financiële kost of de omvang van de financiële middelen van de betrokken organisatie niet haalbaar zijn, dienen zij niet te worden genomen. Zoals hierboven besproken blijkt de onevenredigheid van aanpassingen eveneens te worden onderzocht in het Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssysteem. In deze systemen maakt de plicht tot redelijke aanpassingen integraal deel uit van het algemeen nagestreefde materiële gelijkheidsbeginsel, en wordt in een laatste fase van de rechtvaardigingsbeoordeling nagegaan of de verweerder geen minder belemmerende maatregelen had kunnen voorzien die bestonden in redelijke aanpassingen. In deze laatste fase wordt dan beoordeeld of deze aanpassingen al dan niet onevenredig of *undue* waren. De beoordeling van de onevenredigheid van de aanpassingen bleek inderdaad een natuurlijke component te zijn van de gerechtvaardigdheidsbeoordeling.

748. **Overlappende rechtvaardigingsmogelijkheden.** In het Europese beschermingssysteem is de verhouding tussen de plicht tot redelijke aanpassingen complexer. De beoordeling van de onevenredigheid van de te nemen aanpassingen vindt plaats voorafgaand aan de beoordeling van de vraag of er sprake is van directe of indirecte discriminatie. In het geval van directe discriminatie is er op dat moment geen verdere rechtvaardiging mogelijk, tenzij dan door middel van het concept van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste of (in het geval van verzekeringsrelaties in het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid) het bewijs dat handicap een essentiële factor is in de risico-beoordeling. Indien wordt aangetoond dat de aanpassingen voor de gehandicapte geen effect zouden hebben (hij zou nog steeds niet kunnen deelnemen aan de arbeid of het zou ondanks een individuele risicobeoordeling actuarieel gezien nog steeds onmogelijk zijn om de gehandicapte te verzekeren), staat dit gelijk met een rechtvaardiging en is er geen discriminatie. Indien geen aanpassingen werden genomen, en kan worden bewezen dat zij wel een effect zouden hebben (en zij niet worden beschouwd als onevenredig), is er geen rechtvaardiging en bijgevolg wel discriminatie.

Ook in het geval van indirecte discriminatie zal eerst worden onderzocht of het ontzeggen van redelijke aanpassingen al dan niet evenredig was. Zelfs al wordt het ontzeggen van aanpassingen beschouwd als evenredig, dan nog kan indirecte discriminatie worden vastgesteld. In dit geval zal de rechter moeten nagaan of de bestreden handeling voldoet aan een legitiem doel, of zij geschikt is en ook noodzakelijk. Indien de rechter vaststelt dat het weglaten van redelijke aanpassingen niet voldoet aan de werkelijke behoefte van de onderneming, kan er nog steeds sprake zijn van discriminatie.

749. **Vereenvoudiging. Integratie in de rechtvaardigingstoets.** Het hierbij beschreven, complexe systeem van elkaar overlappende rechtvaardigingsmogelijkheden, zo werd verdedigd, kan worden vereenvoudigd door de beoordeling van de naleving van de plicht tot aanpassingen, net zoals in Canada en Zuid-Afrika, te integreren in de beoordeling van de open rechtvaardigingsformule in de artikel 19-Richtlijnen. Dit zou dan meerbepaald kunnen gebeuren binnen de evaluatie van het noodzakelijkheidsoordeel, zijnde de vraag of er minder belemmerende maatregelen mogelijk waren die even efficiënt waren, zonder dat zij onevenredig zijn voor de verweerder. Een dergelijke integratie creëert het voordeel dat gehandicapten op een gelijke manier worden beoordeeld als andere achtergestelde groepen, zorgt er voor dat de plicht tot redelijke aanpassingen impliciet ook geldt voor deze andere achtergestelde groepen en het vermijdt elkaar overlappende rechtvaardigingsgronden.

750. **Voordeel van een geïntegreerde beoordeling voor verzekeringsrelaties.** De hierbij beschreven oplossing om de plicht tot redelijke aanpassingen te beschouwen als een deel van de gerechtvaardigdheidsbeoordeling is voorlopig slechts haalbaar voor gevallen van indirecte discriminatie, nu directe discriminatie in principe onrechtvaardigbaar blijft. Voor verzekeringsrelaties zou de opname van het concept redelijke aanpassingen in de rechtvaardigingstoets in ieder geval wel een elegante manier zijn om op transparante wijze een volwaardige belangenafweging tot stand te brengen. Naast de vraag of het bestreden differentiatiebeleid geschikt is om te voldoen aan de door de verzekeraar nagestreefde doelstelling van de goede en financieel evenwichtige werking van het verzekeringsstelsel, kan de belangenafweging via de noodzakelijkheidstoets naar een meer subtiel en gespecialiseerd niveau worden gebracht. De beoordeling van de aanwezigheid van eventuele minder belemmerende alternatieven aan de hand van een evenredigheidstoets die het nut van de maatregelen voor de benadeelde kan afwegen tegen de financiële kost ervan, in het licht van de omvang van de organisatie én het eventueel nadeel voor andere betrokkenen, staat de rechter toe om de verschillende belangen in het geschil een evenwaardige plaats te geven. In een verder stadium zal worden aangegeven op welke manier een dergelijke afweging kan gebeuren, rekening houdend met de kenmerken en subtiliteiten van het differentiatiebeleid van de verzekeraar.[2182]

[2182] Cf. *infra* nrs. 880 e.v.

AFDELING 7. BESLUIT BIJ DIT HOOFDSTUK

751. **Opvulling van de gelijkheidsmaxime.** In dit hoodstuk werden de grenzen afgetast van de zoektocht naar maximale bescherming tegen discriminatie, zoals die zowel in het Europese als het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht is gevoerd. De maxime dat vergelijkbare gevallen gelijk moeten worden behandeld en onvergelijke gevallen ook een ongelijke behandeling verdienen, blijft overeind. Aan deze maxime werd echter verdere invulling gegeven aan de hand van een beschrijving van de beschermde discriminatiegronden, een beoordeling van de vereisten van benadeling en vergelijkbaarheid en een onderzoek naar de rechtvaardigingsmogelijkheden van discriminatie en eventuele plicht tot het maken van redelijke aanpassingen.

752. **Discriminatiegronden, benadeling en vergelijkbaarheid.** Een ongelijke of nadelige behandeling is slechts discriminatoir indien zij gebaseerd is (hoe miniem ook) op één of meerdere van de door de anti-discriminatiewetgeving beschermde discriminatiekenmerken. Om uit te maken of een handeling gebaseerd is op een beschermde grond, wordt geen rekening gehouden met de intenties of goede bedoelingen van de verweerder. In de onderzochte systemen blijkt dat er een erg ruime oplijsting van discriminatiegronden bestaat, die uitbreidbaar is naar analoge of even beschermenswaardige discriminatiegronden. De opsomming van deze discriminatiegronden blijkt in het Europees beschermingssysteem naast de vraag of er een causale relatie bestaat tussen het beschermde kenmerk en de bestreden handeling, eveneens relevant te zijn in de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de persoon die zich benadeeld voelt, met een zogenaamde referentiepersoon. In de feiten blijft het zo dat een man niet vergelijkbaar is met een vrouw, een oudere niet met een jongere en een gehandicapte niet met een niet-gehandicapte. Er is echter gebleken dat het anti-discriminatierecht met een dergelijke onvergelijkbaarheid geen rekening houdt om te bepalen of een ongelijke behandeling kan worden toegestaan. Onvergelijkbaarheid kan maar worden beoordeeld los van de beschermde discriminatiekenmerken. Een man mag slechts op een andere wijze worden behandeld dan een vrouw indien hij zich los van zijn geslacht, in een onvergelijkbare positie bevindt.

Waar vergelijkbaarheidsoordelen nog een rol hebben te spelen in het Europees beschermingssysteem, werden zij in het Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssysteem verlaten. Men kijkt naar de impact die een benadeling heeft op personen die beschermd worden door het anti-discriminatierecht, de context waarbinnen de benadeling plaatsvond en de mogelijke gevolgen van deze benadeling op de menselijke waardigheid. Bevooroordeling, stereotypering en een ontzegde toegang tot levensnoodzakelijke diensten vallen op die manier ook zonder vergelijkbaarheidsoordelen binnen de schijnwerpers van het anti-discriminatierecht. In het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht wordt dan ook zeer zichtbaar gestreefd naar een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel, dat via een aangepaste behandeling van het individu, een gelijkheid van kansen tot stand wil brengen. Een dergelijk streven naar materiële gelijkheid kan nochtans ook voor een stuk worden waargenomen in het Europees beschermingssysteem. Naast het belang dat in Europa wordt toegekend aan de beoordeling van benadeling van het slachtoffer moet worden gewezen op het verbod van van indirecte discriminatie, de plicht om te voorzien in redelijke aanpassingen voor gehandicapten en de uit de

discriminatieverboden af te leiden plicht om ongelijke gevallen ook ongelijk (en niet ongunstiger) te behandelen.

753. **Rechtvaardiging.** In het beoordelen van de vraag of er in een specifiek geval sprake is van een verboden vorm van discriminatie, wordt in de onderzochte beschermingssystemen steeds voorzien in de mogelijkheid tot rechtvaardiging. In Canada en Zuid-Afrika bestaat deze rechtvaardiginsmogelijkheid voor alle vormen van discriminatie, of deze nu rechtstreeks gebaseerd zijn op één van de beschermde kenmerken (directe discriminatie) of via een ongeschijnlijk neutrale handelswijze een nadelig effect hebben op een door het anti-discriminatierecht beschermde categorie van personen. In Europa bestaat deze rechtvaardigingsmogelijkheid in principe enkel voor directe discriminatie, maar heeft de Europese wetgever (o.m. via het verlenen van optie-rechten aan de lidstaten) toch een aantal iets strikter geformuleerde rechtvaardigingsformules toegestaan. Hiermee werd bv. getracht om het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten in bepaalde omstandigheden toe te laten. Het feit dat directe discriminatie principeel niet rechtvaardigbaar blijft, is echter moeilijk te verantwoorden, nu directe en indirecte discriminatie in de meeste gevallen moeilijk van elkaar te onderscheiden zijn. De rechter kan bovendien geneigd zijn om, afhankelijk van de regeling die hem in het concrete geval het gunstigst lijkt, een onderscheid of benadeling te construeren als directe dan wel als indirecte discriminatie. Waar hij deze mogelijkheid niet heeft, zal hij voor gevallen van directe discriminatie in principe geen beroep kunnen doen op een rechtvaardigingsbeoordeling en verschuift zijn belangenafweging naar het terrein van de vergelijkbaarheid of de beoordeling van de causale relatie tussen het beschermde kenmerk en de bestreden handeling. Voor verzekeringsrelaties is dit een ongunstige evolutie, gezien de compexe belangenafweging die steeds zal moeten plaatsvinden om het discriminatoir karakter van het differentiatiebeleid van de verzekeraar te kunnen beoordelen en de nood aan instrumenten om een dergelijke belangenafweging op een zichbare manier tot stand te brengen.

754. **Rechtvaardiging en redelijke aanpassingen.** Het feit dat in Canada en Zuid-Afrika via wetgeving en rechtspraak een uniform beoordelingssysteem is opgezet voor de beoordeling van zowel directe als indirecte discriminatie, heeft binnen deze systemen niet geleid tot een verlaagde beschermingsstandaard voor gevallen van directe discriminatie. De gebruikte beoordelingsfactoren maken het wel mogelijk om de verschillende in het geding betrokken belangen steeds zorgvuldig tegenover elkaar af te wegen. Zo staan deze beoordelingsfactoren toe dat in verzekeringsrelaties weliswaar rekening wordt gehouden met de noodzaak van het voeren van een differentiatiebeleid, maar kan de verzekeraar evenzeer worden onderworpen aan bijzondere en strenge bewijsvoorwaarden. Deze bewijsvoorwaarden zullen niet zelden verwijzen naar de nood aan statistische en actuariële gegevens als grond voor risico-beoordeling. Een op dergelijke gegevens gebaseerd differentiatiebeleid is onder deze beoordelingssystemen niet automatisch geldig. Rekening wordt gehouden met de vraag of een dergelijk beleid ook noodzakelijk is en of het niet had kunnen worden vervangen of aangevuld met maatregelen die de benadeelde had kunnen accomoderen via redelijke aanpassingen. Redelijke aanpassingen kunnen er in verzekeringsrelaties in bestaan gebruik te maken van een meer gediversifieerd segmentatiebeleid, dat eventueel gebaseerd is op alternatieve risico-factoren en misschien

zelfs op een meer geïndividualiseerde risico-beoordeling. In de evaluatie van dergelijke accommodatie-maatregelen kan rekening worden gehouden met kostenoverwegingen of overwegingen met betrekking tot de beschikbare middelen van de verzekeringsonderneming, afgewogen tegen het bijkomend nut dat alternatieve maatregelen voor de benadeelde genereren en de nadelen die zij bij anderen teweegbrengen. Er is aangetoond dat een dergelijke geïntegreerde beoordeling van gerechtvaardigdheid en de redelijkheid van beschibare alternatieven ook in Europa mogelijk is voor die gevallen waar een open rechtvaardigingsformule wordt voorzien waarin de legitimiteit, geschikheid en noodzakelijkheid van de bestreden handeling kan worden beoordeeld.

Verderop, in het laatste deel van dit proefschrift, zal worden nagegaan op welke manier een dergelijke rechtvaardigingsformule kan worden omgezet naar de realiteit van verzekeringsrelaties. Vooraf-gaand zal echter worden ingegaan op de problemen die rijzen wanneer de hierboven beschreven logica van de gelijkebehandelingsnorm wordt geconfronteerd met de logica van het streven van de verzekeraar naar actuariële fairness. Meer concreet wordt gefocust op het recht van de verzekeraar om vrij te contracteren tegen de voorwaarden en tarieven die hem het meest gepast achten. Ook zal worden getracht om het conflict dat rijst tussen het verzekeringstechnische streven naar actuariële fairness en de juridische gelijkebehandelingsnorm, te verklaren aan de hand van de verschillende doelstellingen die in beide logica's worden nagestreefd.

HOOFDSTUK III. DE IMPERATIEF VAN DE JURIDISCHE GELIJKE BEHANDELINGSNORM VS. DE LOGICA VAN DE VERZEKERINGS-TECHNIEK

755. **Impact van de gelijkebehandelingsnorm op het segmenteringsbeleid.** Het is zonder meer duidelijk dat het dwingend opleggen van een verbod van discriminatie op grond van bepaalde criteria, een impact heeft op de manier waarop en de factoren op grond waarvan de verzekeraar classificaties kan maken. De gelijkebehandelingsnorm raakt de kern van de verzekeringsactiviteit. Het discriminatieverbod kan ertoe leiden dat de verzekeraar op zoek moet gaan naar andere (minder verdachte) risico-factoren die verzekeringstechnisch verantwoord zijn. Dit kan resulteren in een toename van de kostprijs voor de verzekeraar en verzekerde: een verhoging van de premie voor de individuen die voorheen tot de groep van "goede risico's" behoorden, een verhoging van de financiële last in hoofde van de verzekeraar omdat de reserves onvoldoende zijn in verhouding tot de schadelast en verhoging van de administratieve kost voor het zoeken naar alternatieve factoren.[2183] Nochtans spreekt de wetgever zich door het opleggen van het anti-discriminatieverbod niet uit over het al dan niet gerechtvaardigd zijn van risicoclassificatie op zich of de toepassing daarbij van actuariële berekeningen op basis van statistiek.[2184] Wel doet hij uitspraak over de risicofactoren die in het segmentatieproces worden aangewend. Ieder gebruik van een door het anti-discriminatierecht beschermde discriminatiegrond maakt een potentiële vorm van discriminatie uit en kan dus mogelijk worden verboden. Men kan stellen dat de wil van de wetgever om het discriminatieverbod ook in verzekeringsrelaties te laten spelen, uiting geeft aan een maatschappelijke en politieke keuze om aan bepaalde vormen van ver-

[2183] Zie C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekering", *l.c.*, 179. Zie voor een toelichting COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 12-14. Verbruikersverenigingen wijzen er bv. op dat de introductie van unisekstarieven in België is gepaard gegaan met algemene premiestijgingen in de ziektekostenverzekering. Zie AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 4. Dit wordt bevestigd door de Belgische Ombudsman van de Verzekeringen die vaststelt dat verzekeringsondernemingen die vaak een verschillend tarief hanteerden voor mannen en vrouwen, dit tarief grondig hebben moeten herwerken zodat het rekening zou kunnen houden met de volledige gelijkheid tussen de geslachten. De Ombudsman wijst ook op diverse klachten waarbij de verschillende leden van een gezin weliswaar werden verzekerd maar waarbij men vragen stelde bij het feit dat zowel de premies voor mannen als die voor vrouwen stegen. Volgens de verzekeringsondernemingen was deze globale stijging te wijten aan het feit dat zij hun portefeuille "globaal en op lange termijn" dienden te bekijken en blijvend dienden tegemoet te komen aan de noodzaak om voldoende reserves voor de toekomst op te bouwen. De verhoging van de tarieven voor zowel mannen als vrouwen moet dan een antwoord vormen op het feit dat na verloop van tijd de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de verzekeringsportefeuille kan veranderen. Zie OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2008, http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2008.pdf*, 78. Hierbij zij er op gewezen dat ondanks de door de verzekeringsondernemingen toegelichte noodzaak van een herschikking van de verzekeringsportefeuille en de daaraan verbonden algemene stijging van de premies voor mannen en vrouwen, er van een dergelijke algemene tariefstijging toch geen sprake blijkt te zijn in motorrijtuigenverzekering. Voor deze tak zijn de tarieven voor mannen en vrouwen volgens de verbruikersverenigingen min of meer naar elkaar toegegroeid in vergelijking met de situatie voor de Gender-wijzigingswet van 21 december 2007. Zie AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 4.

[2184] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekering", *l.c.*, 179.

zekering, subsidërende solidariteit[2185] te verbinden.[2186] Het discriminatieverbod kan inderdaad neerkomen op een plicht tot gelijke behandeling of solidariteit tussen personen met een verschillend geslacht, leeftijd, gezondheidstoestand enz. De wetgever schijnt ervan uit te gaan dat deze onderscheidingscriteria, voor zover zij al bepalend zijn voor het te verzekeren risico, op zich geen onderscheid verantwoorden.

756. **De gelijkebehandelingsnorm vs. contract- en tariferingsvrijheid in een competitieve markt.** Door de belemmering die de gelijkebehandelingsnorm oplegt aan het gebruik van bepaalde risicofactoren, verliest de verzekeraar voor een groot stuk de vrijheid om te contracteren onder de voorwaarden die hij wil en zelfs met de personen met wie hij dat wil. Doordat premies en uitkeringen niet meer mogen worden beïnvloed door factoren zoals het geslacht, handicap of leeftijd ontstaan verder belemmeringen in de zoektocht naar een evenwichtig tarief. Het discriminatieverbod staat dan ook op gespannen voet met de contract- en tariferingsvrijheid van de verzekeraar. In een eerste afdeling zal deze verhouding nader worden beschouwd. Daarbij zal een antwoord worden geformuleerd op de vraag of de contractvrijheid en de vrijheid van tarief de werking van het gelijkheidsbeginsel op enigerlei wijze beperken of dat zij er integendeel aan ondergeschikt blijven.

757. **Individualistische mensenrechtentraditie vs. verzekeringstechnische groepstraditie.** Ondanks de beperkingen die de wetgever oplegt aan het gebruik van bepaalde differentiatiefactoren, staat hij in bepaalde gevallen toch de mogelijkheid toe om een segmentatiebeleid dat op deze differentiatiefactoren is gebaseerd, te rechtvaardigen. Indien de verzekeraar kan aantonen dat de aanwending van beschermde discriminatiegronden in de gegeven omstandigheden objectief en redelijk verantwoord is, zal het gemaakte onderscheid niet worden beschouwd als discriminatie en aldus worden gedoogd. De rechter krijgt op dit punt de mogelijkheid krijgen om een belangenafweging uit te voeren tussen het individueel recht op gelijke behandeling van de verzekerde en het streven naar actuariële rechtvaardigheid van de verzekeraar. Om een dergelijke belangenafweging op objectieve wijze te kunnen uitvoeren is het noodzakelijk om een goed begrip te verwerven van de eigenlijke tegenstelling die zich hier voordoet alsook van de precieze oorzaken die aan dit spanningsveld ten grondslag liggen. Het juridisch gelijkheidsbeginsel en het streven naar actuariële fairness zijn misschien gebaseerd op

---

[2185] Subsidiërende solidariteit is de solidariteit die ontstaat wanneer niet-homogene risico's worden verzameld binnen dezelfde risicogroep en die bovenop de zuivere overdrachten komt die het gevolg zijn van de zuivere kanssolidariteit tussen geluksvogels en pechvogels. Cf. *supra* nr. 259, met verwijzing naar het verslag van de "Werkgroep segmentering" binnen de Commissie voor verzekeringen, N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 150-151.

[2186] F.K. GREGORIUS, "Verzekering en discriminatie bezien door de bril van een actuaris", *Pre-advies*, Vereniging voor Verzekeringswetenschap, 1991, 283 e.v. Zie ook het advies van de Belgische Commissie voor verzekeringen naar aanleiding van het Voorstel van Genderrichtlijn, COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2004_3.pdf , 6 en 26: "*Het feit dat een tariefcriterium objectief gerechtvaardigd is, betekent echter niet dat het gebruik van dit criterium legitiem of maatschappelijk wenselijk is. Het debat verplaatst zich dan naar het terrein van de politieke keuze en op dit vlak lopen de meningen radicaal uiteen. Het is aan de wetgever om uit te maken of het al dan niet wenselijk is dat er een solidariteit wordt opgelegd tussen mannen en vrouwen, terwijl deze solidariteit niet spontaan voorvloeit uit de wetten van de markt. We spreken dan van een subsidiërende solidariteit die opgelegd wordt door de wet.*"

een vergelijkbare doelstelling - een gelijke behandeling van gelijke gevallen en een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen -, toch wordt deze doelstelling geheel verschillend ingevuld. Op deze verschillende invulling zal worden ingegaan in afdeling 2. Er zal duidelijk worden gemaakt dat verzekeraar en wetgever (*human rights legislator)* een verschillende houding blijken aan te nemen ten opzichte van gelijkheid en daarmee verband houdend zelfs ten opzichte van rechtvaardigheid. Verzekeraars gaan uit van een verzekeringstechnische "groeps-benadering" en streven naar actuariële rechtvaardigheid. De wetgever gaat uit van een eerder "individualistische" mensenrechten benadering en streeft naar "sociale rechtvaardigheid.[2187] Vanuit de spanning die heerst tussen deze twee tradities zal worden verklaard waarom de verzekeraar zich ter verdediging van zijn segmentatiebeleid niet kan beroepen op het feit dat hij er (overeenkomstig de doelstellingen van de anti-discriminatiewetgeving) naar streeft om vergelijkbare gevallen gelijk te behandelen en ongelijke gevallen ongelijk.

758. **Overbruggingsmogelijkheden.** Na duidelijk te hebben gemaakt hoe de het gelijkheidsbeginsel zich juridisch verhoudt ten opzichte van de principes van onderschrijvingsvrijheid en tariefvrijheid in een competitieve verzekeringsmarkt en na het daaruitvolgend conflict tussen de van elkaar verschillende opvattingen omtrent gelijkheid en rechtvaardigheid te hebben blootgelegd, ontstaat de vraag naar een mogelijke verzoenbaarheid tussen het juridisch gelijkheidsbeginsel en de nood aan segmentatie in verzekering. De mogelijkheid tot verzoening of overbrugbaarheid, zo zal worden gesuggereerd, kan worden gecreëerd door ruimte te laten voor belangenafweging. Deze suggestie zal dienen als aanloop naar een derde en laatste deel van dit proefschrift, waar zal worden getracht de overbruggende rol van belangenafweging verder uit te diepen binnen de grenzen van de bestaande anti-discriminatieregelgeving.

[2187] *Ibidem*, *l.c.*, 173. Zie ook D. SCHIEK, *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierunsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 242.

AFDELING 1. VERHOUDING TUSSEN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL EN DE CONTRACT- EN TARIFERINGSVRIJHEID VAN DE VERZEKERAAR

759. **Overzicht.** De verzekeraar die opereert binnen een competitieve markt wenst te kunnen genieten van de vrijheid om risico's te onderschrijven onder de voorwaarden die hij noodzakelijk acht voor de goede werking van zijn activiteit. Hij geniet daarbij van een principiële vrijheid om contracten aan te gaan met wie hij dat wil en onder de voorwaarden die hij wil. In het kader van het bewaren van een gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille wenst hij ook de vrijheid te genieten om evenwichtige tariefgrondslagen vast te stellen. Zoals hierboven werd toegelicht lijkt de toepassing van het gelijkheidsbeginsel de uitoefening van deze vrijheden te belemmeren. Onder deze afdeling zal dan ook wordt onderzocht hoe de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en deze vrijheden juridisch moet worden begrepen.

§ 1. Contractvrijheid

760. **Contract- en onderschrijvingsvrijheid van de verzekeraar.** De contractvrijheid vomt één van de grondslagen van het contractenrecht. Zij bestaat inhoudelijk uit drie elementen: de vrijheid om binnen de door de wet en rechtspraak bepaalde perken (a) *al dan niet* overeenkomsten aan te gaan; (b) overeenkomsten aan te gaan *met wie men wil* en (c) met het akkoord van de wederpartijen zelf ook de *inhoud, werking en vorm* van de overeenkomst te bepalen.[2188] Ondanks het feit dat de contractvrijheid niet *expressis verbis* is erkend in de Belgische Grondwet, noch in een door België goedgekeurd internationaal Verdrag of een gewone wet[2189] en ondanks de talrijke beperkingen die er in de loop der jaren aan werden aangebracht, wordt de contractvrijheid zowel op nationaal als op Europees vlak gezien als een algemeen rechtsbeginsel[2190].[2191]

[2188] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge,* II, Brussel, Bruylant, 1964, 437-438; A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), Algemene Rechtsbeginselen, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 104; E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 54; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008 - XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 441; N. VAN LEUVEN, *o.c.*, 155. Zie eveneens in Nederland, DEN TONKELAAR, J.D.A., "Contractsvrijheid", in A.R. BLOEMBERGEN en W. KLEIJN (eds.), *Contractenrecht*, Kluwer, Deventer, *losbladig*, I, nr. 136-138.

[2189] Zie eventueel wel het *Decreet d'Allarde* van 2 maart 1791 betreffende de vrijheid van koophandel, nijverheid en arbeid en de uitspraak van het Hof van Cassatie van 13 september 1991 (Cass. 13 september 1991, *Arr. Cass.* 1992, 38) dat het decreet gebruikte als rechtsgrondslag voor een beslissing omtrent de vrijheid om niet in te gaan op een contractueel aanbod, tenzij een wetsbepaling daartoe verplicht. Zie eveneens, A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "Kroniek van het verbintenissenrecht 1985-1992", in *R.W.* 1992-1993, 1211.

[2190] In die zin dat zij op een bepaald ogenblik wezenlijk wordt geacht voor de samenleving en daarom een rechtsregel is en moet zijn. Zie P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *9de VRG-Alumnidag. Recht in Beweging. 15 maart 2002*, Leuven, KUL, Rechtsfaculteit, 2002, 37.

[2191] Zie A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht, *l.c.*, 105, met verwijzing naar H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge,* II, Brussel, Bruylant, 1964, nr. 463*ter,* 448; A. DE BOECK, *l.c.*, 419; J. NEUNER, "Protection against discrimination in European Contract Law", *European review of Contract Law* 2006, afl. 1, 38, met verwijzing naar H.v.J. 5 oktober 1999, *Spanjel Commissie*, C-240/97, *Jur.* 1999,

Traditioneel wordt de contractvrijheid in verzekeringsrelaties zwaar beklemtoond. Het behoort namelijk tot de technische grondslagen van de verzekeringsverrichting dat de verzekeraar in zijn polis omschrijft *wat* het risico is waarvoor hij dekking kan verlenen en dat deze verzekeraar ook selecteert voor *welke* (individuele) risico's hij *bereid* is dekking te verlenen.[2192] Op juridisch vlak worden echter ook belemmeringen opgeworpen aan de contractvrijheid van de verzekeraar. Zo wordt de inhoud van het verzekeringscontract gereguleerd door dwingende wetgeving zoals de W.LVO of via reglementering houdende minimumgarantievoorwaarden[2193].[2194] Het spreekt voor zich dat ook de toepassing van het *discriminatieverbod* in de verhouding tussen burgers onderling, aanleiding kan geven tot een belemmering van de contractvrijheid van de verzekeraar. Een contractsweigering die wordt gemotiveerd door één van de beschermde discriminatiegronden kan leiden tot een door de wet verboden discriminatie. Hetzefde geldt voor de premiezetting of het bepalen van uitsluitingen of wachttermijnen. De vraag rijst dan ook hoe de contractvrijheid of onderschrijvingsvrijheid van de verzekeraar zich verhoudt tot het beginsel van gelijke behandeling en het verbod op discriminatie.

761. **Verhouding tussen contractvrijheid en het gelijkheidsbeginsel.** Het is algemeen erkend dat de contractsvrijheid niet onbegrensd is: zij kan door een *wet* worden begrensd óf doordat anderen over *gelijkwaardige vrijheden of grondrechten* beschikken.[2195] Omdat het gelijkheidsbeginsel een dergelijk *grondrecht* uitmaakt, kon discriminerend gedrag in het sluiten van (verzekerings)overeenkomsten ook reeds voor er sprake was van horizontaal werkende anti-discriminatiewetgeving, worden tegengegaan. Hierbij kon beroep worden gedaan op de zgn. indirecte horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel[2196] dat via open begrippen zoals de algemene zorgvuldigheidsnorm, de openbare or-

---

I-6571, ov. 99. Het beginsel wordt als zodanig vanzelfsprekend geacht dat de meeste Europese (Burgerlijke) wetboeken het niet expliciet als uitganspunt mee hebben opgenomen. In de bekende *Principles of European Contract law* (PECL - artikel 1:102), wordt de contractvrijheid wél letterlijk als basisbeginsel genoemd. Zie H.N. SCHELHAAS, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2004.

[2192] COUSY wijst erop dat deze zogenaamde onderschrijvingsvrijheid van het verzekeringscontract in de meeste gevallen echter ook een toetredingscontract maakt, waarbij de inhoud grotendeels wordt opgelegd door de verzekeraar. In feite worden daardoor ook economische belemmeringen opgeworpen aan de contractvrijheid van de *kandidaat-verzekerde* in die zin dat hij kan stuiten op een contractsweigering vanwege de verzekeraar of enkel onder zeer zware voorwaarden wordt toegelaten tot het verzekeringscontract. Zie H. COUSY, "De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering", *l.c.*, nr. 1.

[2193] Zie bv. het K.B. van 24 december 1992 betreffende de verzekering tegen brand en andere gevaren wat de eenvoudige risico's betreft, *B.S.* 31 december 1992. Zie ook het K.B. van 14 december 1992 betreffende de modelovereenkomst voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigenwerden. *B.S.* 3 februari 1992. Merk op dat deze modelovereenkomst van 1992 niet meer geheel conform de geldende wetgeving was. Sinds december 1992 werden de WAM-wet en de W.LVO namelijk meermaals gewijzigd en werd de vergoedingsregeling voor de zwakke weggebruiker ingevoegd. Recent heeft de Commissie voor Verzekeringen een advies, samen met een ontwerptekst van nieuwe minimumvoorwaarden, overgemaakt aan de voogdijminister voor verzekeringen. Zie COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 10 maart 2009 over het ontwerp van minimumvoorwaarden verzekering BA motorrijtuigen, http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2008_4.pdf. Zie ook de Bijlage Ontwerp Minimumvoorwaarden BA Auto, http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/ontwerp_minimumvoorwaarden.pdf.

[2194] H. COUSY, "De contractsvrijheid op de proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering", *l.c.*, nr. 1.

[2195] W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *o.c.*, 50 e.v.; N. VAN LEUVEN, *o.c.*, 155.

[2196] Zie over het begrip indirecte horizontale werking van grondrechten reeds *supra* nr. 194, met verwijzing naar het arrest van het Grondwettelijk Hof van 12 februari 2009, waar het toepassing makend van open normen zoals de zorgvuldigheidsnorm en de openbare orde, theorieën van indirecte horizontale werking van het grondwettelijk ge-

de, de goede trouw, de leer van het rechtsmisbruik of de onrechtmatige bedingen, doorwerking kon krijgen in de relatie tussen particulieren.[2197] Bij gebrek aan een wettelijke regeling was er evenwel veel ruimte voor discussie omtrent de concrete draagwijdte van zowel de contractvrijheid als het discriminatieverbod.[2198]

De huidig geldende anti-discriminatiewetgeving vermindert deze ruimte voor discussie en bevestigt dat het discriminatieverbod de contractsvrijheid begrenst. Stelt een rechter een geval van ongeoorloofde discriminatie vast, dan moet de contractvrijheid wijken.[2199] Dit betekent echter niet dat de contractvrijheid volledig wordt uitgehold. Zo heeft de wettelijk vastgestelde discriminatienorm in sommige omstandigheden geen vat op ongelijke behandeling. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de ongelijke behandeling zich voordoet op op basis van niet-opgelijste gronden. Dit is eveneens het geval wanneer de ongelijke behandeling zich voordoet in de niet-publieke sfeer.[2200] In die zin kan worden

---

lijkheidsbeginsel aanvaardt. Zie Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009, ov. B.14.7. Zie ook D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", *l.c.*, 30-31. Zie voor het onderscheid met het concept *directe* horizontale werking, *supra* voetnoot nr. 575.

[2197] Zie o.m. G. SCHOORENS, *l.c.*, 233-237; K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 278-280; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 153; L. SCHUERMANS, *o.c.*, 57; K. VANDERSCHOT, *l.c.*, 50-68. Zie over het begrip indirecte horizontale werking van grondrechten reeds *supra* voetnoot nr. 575).

[2198] Zo is bijvoorbeeld de hele polemiek tussen aanhangers van directe horizontale werking en indirecte horizontale werking van grondrechten (Cf. *supra* voetnoot nr. 575) voor een groot stuk gebaseerd op de *reikwijdte* van de contractvrijheid. Volgens de grondleggers van de theorie van *indirecte* horizontale werking van grondrechten doet het rechtstreeks inroepen van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties fundamenteel afbreuk aan de "private autonomie" en raakt het de contractsvrijheid raakt "in de wortel". Fundamentele rechten zoals het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van geweten zouden volgens de theorie van indirecte derdenwerking dan ook telkens opnieuw moeten worden afgewogen tegen de belangen verbonden aan de contractsvrijheid. Zie o.m. K.M. LEWAN, *l.c.*, 594. Zie ook J. BASEDOW, *l.c.*, 251. Hoewel de theorie van de indirecte horizontale werking van grondrechten veel bijval geniet, is zij in de praktijk niet echt in staat gebleken om discriminaties in privaatrechtelijke verhoudingen aan te pakken. Zie C. BAYART, *o.c.*, 35-36; G. SCHOORENS, *l.c.*, nr. 36 en 88; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 153. Zie ook D. SCHIEK, "Freedom of contract and a non-discrimination principle - Irreconcilable antonyms?" in T. LOENEN en P. RODRIGUES (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers - Kluwer Law International, 1999, 86, die schrijft: "*As long as contract law does not include non-discrimination among its principles, freedom from contract with 'other persons' is allowed to prevail over their freedom to contract.*"

[2199] Zie I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 4.

[2200] De Belgische anti-discriminatiewetgeving, alsook de Europese Richtlijnen waarop deze wetgeving is gebaseerd, bepalen inderdaad dat het toepassingsgebied van deze wetgeving beperkt wordt tot goederen en diensten, voor zover ze *publiekelijk beschikbaar* zijn. [Zie bv. artikel 3, lid 1, h) van de Rasrichtlijn en artikel 3, lid 1 van de Genderrichtlijn; zie ook artikel 5, §1, 1° van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 6, §1, 1° van de Genderwet en artikel 5, §1, 1° van de Anti-racismewet.] Deze beperking is ingegeven vanuit de wil om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties niet te laten raken aan andere grondrechten zoals bv. de bescherming van de privé-sfeer en de vrijheid van vereniging. [Zie bv. overweging 4 van de Rasrichtlijn en overweging 3 en 16 van de Genderrichtlijn.] Men kan zich de vraag stellen in welke mate de bestaande anti-discriminatiewetgeving van toepassing is op aanbieders van verzekering, wiens activiteiten beschermd zijn door de vrijheid van vereniging. Hierbij kan bv. worden gedacht aan *onderlinge verzekeringsverenigingen* en ook aan *mutualiteiten* die hun diensten in beginsel enkel zullen aanbieden aan hun leden. Dezelfde vraag rees al eens naar aanleiding van de Belgische anti-discriminatiewet van 2003 die ook enkel toepasselijk was op goederen en diensten die publiekelijk werden aangeboden en die niet wou tornen aan de verenigingsvrijheid. [Zie art. 3 van de Anti-discriminatiewet van 2003 die bepaalt dat er met de wet geen afbreuk kan worden gedaan aan andere fundamentele rechten en vrijheden. Zie meer specifiek voor de verenigingsvrijheid, Toelichting wetsvoorstel *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/1, 5; zie ook amendement nr. 49 van de heer Mahoux, *Parl. St.* Senaat, 2000-2001, nr. 2-12/7, 18-19.] Als oplossing werd in de Belgische rechtleer aangenomen dat onderlinge verzekeringsverenigingen die hun "*lidmaatschap openstellen voor een ruim publiek en die de voorwaarden tot lidmaatschap in algemene termen bepalen bij de selectie van hun leden*" niet aan het toepassingsgebied ontsnappen. Zie J. VELAERS, "De anti-discriminatiewet

gesteld dat buiten de grenzen van hetgeen in de anti-discriminatiewetgeving wordt beschouwd als een schending van het gelijkheidsbeginsel, de contractvrijheid als algemeen rechtsbeginsel nog steeds in concurrentie kan treden met het gelijkheidsbeginsel.[2201] Gezien het breed omschreven toepassingsgebied van de huidig geldende anti-discriminatiewetgeving zal van een dergelijke spanning echter slechts bij uitzondering sprake zijn.

§ 2. Vrijheid van tarief in een competitieve verzekeringsmarkt

762. **De vrijheid van tarief binnen het recht van de EU.** Het horizontaal werkend discriminatieverbod legt een beperking op aan het gebruik van klassieke segmentatiecriteria zoals het geslacht, de leeftijd, gezondheidstoestand of handicap. Als dusdanig heeft het dan ook een onmiskenbare invloed op de *premiezetting* bij het onderschrijven van risico's. Hierbij rijst de vraag of met een dergelijke regeling geen afbreuk wordt gedaan aan het in het Europees verzekeringsrecht geïncorporeerde beginsel van de tariferingsvrijheid.[2202] Deze tariferingsvrijheid is gebaseerd op de zogenaamde *derde* generatie Richtlijnen tot daadwerkelijke organisatie van een meer competititeve verzekeringsmarkt en garantie van de verdragsrechtelijk bepaalde vrijheid van vestiging en van dienstverlening.[2203] Binnen deze richtlijnen wordt het aan de lidstaten o.m. verboden om een voorafgaande goedkeuring of systematische mededeling van tarieven of stijgingen van de premies te vereisen als een voorwaarde voor het lanceren van een polis op de markt.[2204] Door het terugdringen van staatsinterventionisme op dit vlak wou men tegemoetkomen aan de doelstelling om verzekeringsondernemingen aan te moedigen hun

---

en de botsing van grondrechten", *l.c.*, 349; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 79; L. KERZMANN, "Le droit des assurances à l'épreuve de la Loi Antidiscrimination" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 1, Brugge, Die Keure, 81. Zie voor een gelijkaardige opvatting in de Canadese rechtspraak, Supreme Court of Canada 19 mei 1993, *University of British Columbia* v. *Berg*, *Supreme Court Reports* 1993, afl. 2, 533, waarbij gesteld werd dat een onderscheid waarbij het lidmaatschap wél onder het toepassingsgebied van de gelijkebehandelingwetgeving zou vallen en de diensten verbonden aan dit lidmaatchap niet, artificieel en onaanvaardbaar was. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 247-248.

[2201] Vgl. D. SCHIEK, "Freedom of contract and a non-discrimination principle - Irreconcilable antonyms", *l.c.*, 87, die beweert dat zowel de contractvrijheid als het gelijkheidsbeginsel zich in hun ontwikkeling steeds meer zijn gaan richten op het effect van een zo groot mogelijke vrijheid om contracten *aan te gaan*, zodat er steeds minder sprake is van een conflict tussen beiden.

[2202] De vraag kwam bijvoorbeeld expliciet aan bod in het Voorstel van Genderrichtlijn COM(2003)657, 8. Hier stelde de Europese Commissie dat verzekeringsmaatschappijen weliswaar vrij zijn om hun tarieven te bepalen binnen de grenzen van het gemeenschapsrecht, maar verklaart zij ook dat deze vrijheid ondergeschikt is aan het beginsel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Ook in het advies van de Commissie voor Verzekeringen over het Voorstel van Genderrichtlijn, werd in de omschrijving van de impact van het Voorstel op verzekeringsrelaties, naar de tariferingsvrijheid verwezen. Zie COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 16 en 27.

[2203] Zie reeds *supra* nr. 244, met verwijzing naar de Derde Schadeverzekeringsrichtlijn en de Derde Richtijn Leven (deze laatste ondertussen omgezet in de Levensverzekeringsrichtlijn). Zie o.m. H. COUSY, "Le marché intérieur de l'assurance en Europe", *l.c.*, 303; H. COUSY en H. CLAASSENS, "Ex post control of insurance in Belgium", *l.c.*, 46-59.

[2204] Zie reeds *supra* nr. 244, meerbepaald voetnoot 795, met verwijzing naar artikel 34 van de huidige Levensverzekeringsrichtlijn en artikel 29 van de Derde Schadeverzekeringsrichtlijn.

producten te innoveren en hun gamma aan diensten uit te breiden tegen gunstiger tarieven.[2205] Het is op basis van deze regel van het verbod van *a priori* -of systematische *a posteriori* controle van tarieven en voorwaarden, dat het Hof van Justitie later spreekt over "*la libre commercialisation des produits d'assurance*" (Arrest Commissie tegen Frankrijk van 2000)[2206] en daarna ook over het beginsel van de tariferingsvrijheid of het "*principe de liberté tarifaire* (Arrest Commissie tegen Italië van 2003)[2207].[2208] In deze laatste zaak werd Italië bv. veroordeeld omdat zij een verplicht bonus-malussysteem oplegde dat *de facto* neerkwam op de bevriezing van de basistarieven.[2209]

763. **Verbod op rechtstreekse vaststelling van het verzekeringstarief.** J.-M. BINON doet opmerken dat het beginsel van tariefvrijheid in de zaak Commissie tegen Italie van 2003 wellicht zijn "*heure de gloire*" heeft gekend.[2210] Het Hof van Justitie is in latere arresten namelijk beginnen reageren tegen een "*sacralisation excessive*" van het beginsel, door het scherper te gaan omlijnen.[2211] Het niet-absolute karakter van het beginsel van tariefvrijheid kwam tot uiting in de latere arresten van de Commissie tegen Frankrijk[2212] en de Commissie tegen Luxemburg[2213] (beiden van 2004)[2214]. In deze arresten expliciteerde het Hof van Justitie duidelijke grenzen aan het beginsel, door te bepalen dat een prijsreglementering zoals een *verplichte bonus-malusregeling* weliswaar gevolgen kan hebben voor de ontwikkeling van de premies, maar dat de tariferingsvrijheid niet wordt geschonden indien er geen *rechtstreekse vaststelling is van de tarieven* door de staat.[2215] Volgens het Hof van Justitie kan

---

[2205] C. PARIS, Les dérives de la segmentation en assurance, o.c., 75.

[2206] H.v.J. 11 mei 2000, *Commissie/Frankrijk,* C-296/98, *Jur.* 2000, I-3025, ov. 29.

[2207] H.v.J. 25 februari 2003, *Commissie/Italië*, C-59/01, *Jur.* 2003, I-1759, ov. 29.

[2208] Zie bv. J.-M. BINON, "La liberté commmerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen, *l.c.*, 9 ; C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, *o.c.*, 74; Y. THIERY en A.DE GRAEVE, noot onder H.v.J. 7 september 2004, C-347-02, *Commissie/Frankrijk, Jur.* 2004, *Euredia* februari 2006, afl. 2005/2, 177-178.

[2209] H.v.J. 25 februari 2003, *Commissie/Italië*, C-59/01, *Jur.* 2003, I-1759, ov. 48.

[2210] J.-M. BINON, "La liberté commmerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*, 9.

[2211] *Ibidem*, met verwijzing naar Advocaat-Generaal STIX-HACKL, Gevoegde Conclusies van 30 maart 2004 voor H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557 en H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517, ov. 56. "*L'argumentation du gouvernement français* […] *met en garde contre une sacralisation excessive du principe de liberté tarifaire.*"

[2212] H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557.

[2213] H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517.

[2214] hierna "bonus-malus arresten van 2004".

[2215] H.v.J. 7 september 2004, Zaak C-346/02, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2004, I-7517, ov. 23; H.v.J. 7 september 2004, *Commissie/Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557, ov. 24; Zie voor een commentaar: Y. THIERY en A. DE GRAEVE, "Bonus en malus van de verplichte Bonus-Malus ", (noot onder de bonus-malus arresten van 2004) *T.B.H.* oktober 2005, afl. 8, 842-846; J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance", *l.c.*, 15-18 ; C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, *o.c.*, 75. Frankrijk en Luxemburg haalden in hun argumentatie ten overvloede aan dat hun systeem eveneens niet strijdig was met de *vrijheid van dienstverlening* in het algemeen. Ter rechtvaardiging van hun bonus-malussysteem beriepen zij zich in dit verband op het algemeen belang van *verkeersveiligheid* en van *consumentenbescherming*. Doordat de Commissie in haar oorspronkelijke vordering de vrijheid van dienstverlening niet had opgenomen, heeft het Hof heeft deze kwestie echter niet verder onderzocht. Advocaat-Generaal STIX-HACKL kwam in de voorliggende zaken wel tot de conclusie dat het middel van verplicht opgelegde bonus-malussystemen niet voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel. Volgens haar zouden ook minder belastende maatregelen geschikt zijn om aan de belangen van verkeersveiligheid en consumentenbescherming te voldoen. Daardoor zouden verplicht opgelegde bonus-malussystemen alsnog kunnen worden beschouwd als strijdig met het recht van de Unie. (Zie Advocaat-Generaal

van een volledige tariefharmonisatie ter zake van schadeverzekeringen geen sprake zijn zolang de gemeenschapswetgever zijn wil daartoe niet duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht.[2216]

764. **Loutere *invloed* op het tarief: niet decisief.** Dat de lidstaten een verbod zouden hebben willen aanvaarden op elk wetgevend ingrijpen dat invloed heeft op het tariefbeleid van een verzekeringsonderneming, kan inderdaad in twijfel worden getrokken.[2217] Een dusdanig verbod zou namelijk tot gevolg hebben dat zelfs maatregelen van indirecte aard, zoals het opleggen van een verplicht franchisesysteem[2218] of het invoeren van schadeplafonds zouden verboden zijn.[2219] Hetzelfde kan worden gezegd over de maatregelen die de lidstaten, al dan niet in uitvoering van Europese Richtlijnen, hebben genomen ter bestrijding van discriminatie. Dit werd reeds ten tijde van de bonus-malusarresten van 2004 gesuggereerd door Advocaat-Generaal STIX-HACKL. In haar conclusies bij deze arresten bekritiseert zij de duale positie die de Europese Commissie bij de uitvaardiging van de artikel 19-Richtlijnen heeft ingenomen door aan de ene kant de beginselen van het vrije dienstenverkeer en de tariferingsvrijheid te huldigen en "*in een ander verband en op basis van een andere waardering*" (het uitvaardigen van anti-discriminatieregelgeving), zélf te streven naar het reguleren van bepaalde elementen die worden gebruikt bij het berekenen van verzekeringspremies.[2220]

STIX-HACKL, Gevoegde Conclusies van 30 maart 2004 voor H.v.J. 7 september 2004, *Commissiel Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557 en H.v.J. 7 september 2004, *Commissiel Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517, ov. 59-100.) Recent heeft het Belgisch Grondwettelijk Hof wél de kans gehad om zich uit te spreken over de overeenstemming tussen het verplicht opgelegde bonus-malussysteem inzake arbeidsongevallen (zie artikel 49*quater* van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, *B.S.* 24 april 1971, zoals ingevoerd door de wet van 27 december 2007 houdende diverse bepalingen, I, *B.S.* 28 december 2006) met de grondwettelijke gelijkheidsclausules, gekoppeld aan de Verdragsbepalingen inzake vrij verkeer. Volgens het Grondwettelijke Hof kan dit verplicht opgelegde systeem redelijkerwijs worden beschouwd als een middel dat het mogelijk maakt het nagestreefde doel te bereiken van het verminderen van het aantal arbeidsongevallen door terzake een preventiebeleid te bevorderen en zou het er evenmin onevenredig mee zijn. Zie Grondwettelijk Hof 4 maart 2008, nr. 40/2008, *B.S.* 17 maart 2008, ov. B.13. Zie voor een commentaar, J.-M. BINON, "La liberté commmerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*, 10.

[2216] H.v.J. 7 september 2004, Zaak C-346/02, *Commissiel Luxemburg*, *Jur.* 2004, I-7517, ov. 24-25; H.v.J. 7 september 2004, *Commissiel Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557, ov. 25-26.

[2217] J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance", *l.c.*, 14. Ook de verbruikersverenigingen vertegenwoordigd in de Belgische Commissie voor verzekeringen stelden dat "*noch uit de tekst van de Europese richtlijnen betreffende de interne verzekeringsmarkt noch uit de geest van deze richtlijnen* [blijkt] *dat de wetgever de tariefvrijheid als een absoluut en onbegrensd beginsel ziet, zodat de Lid-Staten voortaan geen reglementeringen meer zouden mogen vaststellen die een invloed hebben op de tarieven*." Zie het door de verbruikersverenigingen verdedigde standpunt in COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 16.

[2218] Op 17 oktober 2003 bijvoorbeeld heeft de commissie Luxemburg officieel verzocht een einde te stellen aan het opleggen van een verplicht franchise-systeem in motorrijtuigenverzekering. Volgens de commissie zou dit systeem de vrije mededinging tussen verzekeringsondernemingen beperken en ook de keuze aan beschikbare verzekeringsprodukten voor toekomstige verzekeringnemers inperken. De Commissie besliste de kwestie te verwijzen naar het Hof van Justitie, sinds de Luxemburgse autoriteiten niet op het verzoek reageerden.

[2219] J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance", *l.c.*, 14.

[2220] Zie Advocaat-Generaal STIX-HACKL, Gevoegde Conclusies van 30 maart 2004 voor H.v.J. 7 september 2004, *Commissiel Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557 en H.v.J. 7 september 2004, *Commissiel Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517, ov. 56, met verwijzing naar het Voorstel van Genderrichtlijn.

765. **Vrijheid van tarief ondergeschikt aan de gelijkebehandelingsnorm.** De artikel 19-Richtlijnen vragen geenszins dat premies van mannen en vrouwen of van personen van een verschillende nationaliteit, leeftijd, enz… moeten worden *vastgelegd* op een bepaald niveau. Enkel dienen de premies van mannen en vrouwen, ouderen en jongeren, enz..., in beginsel *gelijk te zijn*, ongeacht hun hoogte. Rekening houdend met de koers die het Hof van Justitie schijnt te varen door het beginsel van tariefvrijheid slechts geschonden te achten indien er geen rechtstreekse vaststelling van tarieven uit voortvloeit, kan worden aangenomen dat de artikel 19-Richtlijnen (en de in uitvoering daarvan uitgevaardigde nationale anti-discriminatiewetgeving) inhoudelijk ook niet door de tariefvrijheid kunnen worden beperkt. Tegenover het argument dat verzekeringsondernemingen vrij zijn om hun tarieven te bepalen binnen de grenzen van het recht van de Unie, kan dan ook worden aangevoerd dat het beginsel van tariefvrijheid *ondergeschikt* moet worden geacht aan het beginsel van gelijke behandeling en de concretisering ervan in het Europees acquis.[2221] Zeker wanneer nationale wetgeving een loutere uitvoering vormt van omzettingsverplichtingen voortvloeiende uit de Europese regelgeving, moet worden aangenomen dat de werking van de tariferingsvrijheid wordt begrensd door het gelijkheidsbeginsel.[2222]

766. **Regels ter bevordering van de *toegang* tot verzekering…** Het feit dat de op de vrijheid van dienstverlening gebaseerde tariferingsvrijheid van verzekeringsondernemingen ondergeschikt blijft aan het gelijkheidsbeginsel, wil niet zeggen dat deze tariferingsvrijheid daarom geen grenzen kan stellen aan andere maatregelen, die net als anti-discriminatiewetgeving beogen de *toegang tot verzekering* te garanderen. In de zaak Commissie tegen Italië van 2009, diende het Hof van Justitie te oordelen over de rechtmatigheid van een door de Italiaanse overheid opgelegde *wettelijke acceptatieplicht* voor motorrijtuigenverzekeraars, die moest verzekeren dat jonge bestuurders of in bepaalde Italiaanse regio's woonachtige bestuurders die door verzekeringsmaatschappijen zouden worden "gediscrimineerd", toch een WAM-verzekering konden onderschrijven.[2223] Deze acceptatieplicht ging gepaard met een technisch kader waarbinnen de premies dienden te worden berekend. De maatregel moest de tendens helpen onderdrukken waarbij een aantal verzekeringsondernemingen, door de vaststelling van een buitensporig tarief, consumenten ervan zouden weerhouden bij hen een verzekering te sluiten.[2224] De acceptatieplicht moest volgens de Italiaanse regering eveneens het doel helpen verwezenlijken dat derden die schade lijden door een motorvoertuig, de geleden schade ook vergoed

---

[2221] Zie in dit verband het meer dan expliciete standpunt van de Europese Commissie in het Voorstel van Genderrichtlijn, l.c., 8: "Verzekeringsmaatschappijen zijn vrij om hun tarieven te bepalen binnen de grenzen van het Gemeenschapsrecht, zoals vastgesteld in het Verdrag en de verschillende richtlijnen van de Raad en het Europees Parlement inzake levens- en schadeverzekeringen. […] De gelijke behandeling van vrouwen en mannen is echter een grondrecht en de Commissie vindt dat de vrijheid om tarieven vast te stellen ondergeschikt is aan dit recht." Zie voor een verwijzing naar deze opvatting eveneens, J.-M. BINON, "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance", l.c., 22-23.

[2222] EUROPEAN PARLIAMENTARY PENSION FORUM, "The equal treatment between women and men and its effect on the provision of supplementary retirement provisions", *www.eppensionforum.org/downloads/EPPF_Gender_minutes.pdf* 8 januari 2004, 13.

[2223] Conclusie van Advocaat-Generaal MAZÁK, Conclusie van 9 september 2008 voor H.v.J. 28 april 2009, *Commissiel Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, ov. 81.

[2224] H.v.J. 28 april 2009, *Commissiel Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, ov. 97.

krijgen, zodat op die manier ook geen middelen worden onttrokken aan het sociale zekerheidsstelsel.[2225]

> Volgens de Europese Commissie, hierin gevolgd door Advocaat-Generaal MAZÁK, kon de genoemde acceptatieplicht in dit geval wel degelijk strijdig worden geacht met het beginsel van de tariferingsvrijheid, daar deze gepaard ging met een verplichting voor verzekeringsondernemingen om hun premies te berekenen „*overeenkomstig hun technische grondslagen, die voldoende ruim moeten zijn en ten minste vijf boekjaren moeten bestrijken*". De acceptatieplicht in kwestie ging eveneens gepaard met de bevoegdheid van de Italiaanse controle-autoriteit (ISVAP[2226]) om premies met terugwerkende kracht te controleren en hoge boetes te kunnen opleggen.[2227] Volgens de Advocaat-Generaal werd het verzekeringsondernemingen onmogelijk gemaakt *de basispremie vrij te bepalen*, gezien de hoge geldboetes die de niet-naleving van de acceptatieplicht met zich meebrachten. De betwiste acceptatieplicht maakte volgens de Advocaat-Generaal eveneens inbreuk op de vrijheid van vestiging en dienstverlening, nu verzekeringsondernemingen die op de WAM-verzekeringsmarkt markt actief zijn, zich "*niet en zonder zich bloot te stellen aan het risico van hoge boetes, kunnen specialiseren in het aanbieden van W.A.M.-verzekering aan specifieke categorieën verzekeringnemers, of hun inspanningen kunnen richten op specifieke geografische of zelfs linguïstische regio's in Italië*".[2228] Het feit dat er eveneens sprake zou zijn van een schending van de vrijheid van vestiging en dienstverlening, sterkte de Advocaat-Generaal in zijn besluit dat een schending van de vrijheid van tarief diende te worden vastgesteld.[2229]

Volgens het Hof van Justitie, dat hierbij inging tegen het advies van haar Advocaat-Generaal, kon er in dit specifieke geval wel worden gesproken van een *weerslag op de* tarieven, maar nog steeds niet van een schending van de *vrijheid van tarief*.[2230] De Italiaanse overheid had slechts een "technisch kader" uitgetekend waarbinnen de premieberekening moest plaatsvinden. Verzekeringsondernemingen werden ook niet verplicht om hun tarieven af te stemmen op het marktgemiddelde, maar konden deze tarieven integendeel berekenen volgens hun *eigen* technische grondslagen of op grond van marktstatistieken.[2231] De acceptatieplicht werd door het Hof eveneens geschikt geacht om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, waardoor er ook van een schending van de vrijheid van vestiging of dienstverlening geen sprake kon zijn.[2232]

[2225] Conclusie van Advocaat-Generaal MAZÁK, Conclusie van 9 september 2008 voor H.v.J. 28 april 2009, *Commissiel Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, ov. 81.

[2226] "Instituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo." Zie www.isvap.it.

[2227] Conclusie van Advocaat-Generaal MAZÁK, Conclusie van 9 september 2008 voor H.v.J. 28 april 2009, *Commissiel Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, ov. 23, 91 en 101.

[2228] *Ibidem*, ov. 73.

[2229] *Ibidem*, 100.

[2230] H.v.J. 28 april 2009, *Commissiel Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, ov. 100-108.

[2231] *Ibidem*, 104.

[2232] *Ibidem*, 28 april 2009, *Commissiel Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, 89-94. Volgens het Hof kon de Italiaanse maatregel wel als *belemmerend* worden beschouwd voor in andere lidstaten gevestigde verzekeringsondernemingen. Van een schending van het vrije dienstenverkeer was in dit geval echter geen sprake daar de acceptatieplicht evenredig werd geacht met een legitieme doelstelling van sociale bescherming (vergoeding van verkeersslachtoffers).

767. **Sociaal-economische beleidskeuze van het Hof.** BINON leidt uit de soepele houding die het Hof terzake aanneemt ten opzichte van maatregelen met een potentiële belemmering van de vrijheid van tarief (en onrechtstreeks ook de vrijheid van vestiging en van dienstverlening) een rechterlijke beleidskeuze af om de moeilijkheden te bestrijden die verzekeringnemers ondervinden bij de toegang tot verzekeringen (zoals de WAM-verzekering) die door de Europese regelgeving verplicht worden opgelegd[2233]. Daarenboven, zo concludeert BINON,

> *"les juges européens ont-ils aussi été sensibles au climat ambiant de tourmente économique, sociale et financière, en partie imputable, aux yeux de nombreux observateurs, aux excèes de la dérégulation."*[2234]

Volgens BINON past deze houding van het Hof in de groeiende bekommernis van sociale solidariteit binnen de Europese beleidssfeer en past zij in de tendens om een beter evenwicht te willen vinden tussen de economische en sociale waarden binnen de Europese Unie.[2235]

768. **Aandacht voor de verzekeringstechniek?** Met de recente beslissing van het Hof van Justite in de zaak Commissie tegen Italië van 2009 geeft het Hof nog steeds blijk van haar ingesteldheid om de grenzen van de vrijheid van tarief strikt af te bakenen. Niet zomaar iedere regeling die een *invloed* heeft op het door de verzekeringsondernemingen gehanteerde tariefbeleid kan worden gekwalificeerd als een inbreuk op deze vrijheid. Hét criterium om te bepalen of er al dan niet een schending van het beginsel voorligt, blijft de vraag of de betwiste maatregel een rechtstreekse vaststelling van tarieven in zich houdt. Toch moet worden opgemerkt dat het Hof, in de marge van haar beslissing om het door de Italiaanse overheid opgelegde technisch kader, een impliciete verfijning aanbrengt in dit criterium. Eén van de argumenten die haar er toe leidt te zeggen dat er *geen* schending was van de vrijheid van tarief, bestond erin te wijzen op het feit dat niet was aangetoond dat de opgelegde berekeningsregel

> *"onverenigbaar is met de technische regels voor de vaststelling van tarieven en de actuariële beginselen die in de verzekeringssector worden toegepast."*[2236]

Niet zeker is hoe het Hof in de toekomst zou oordelen over regelgeving die weliswaar geen vaststelling van de basistarieven inhoudt maar waarvan wél blijkt dat zij onverenigbaar is met de in de verzekeringssector toegepaste actuariële beginselen en regels voor de vaststelling van tarieven. Men kan immers de mening toegedaan zijn dat dat anti-discriminatiewetgeving, ook al houdt zij geen rechtstreekse vaststelling in van tarieven, wél onverenigbaar is met de actuariële beginselen en technische premieberekeningsregels. De vraag rijst dan of bewijs van een dergelijke onverenigbaarheid alsnog een schending van de tariferingsvrijheid zou kunnen inhouden.

[2233] J.-M. BINON, "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.,* 11 en 19.

[2234] Ibidem, 11.

[2235] *Ibidem*, 7.

[2236] H.v.J. 28 april 2009, *Commissie/Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491, 107.

Het antwoord op deze vraag is waarschijnlijk negatief. De verzekeringstechniek spreekt het gebruik van segmentatiecriteria zoals het geslacht of de leeftijd weliswaar niet tegen. Evenmin kan echter worden gesteld dat actuariële technieken het gebruik van dergelijke criteria ook verplicht.[2237] Anti-discriminatiewetgeving zoals die is uitgevaardigd op grond van de door de gemeenschapswetgever uitgevaardigde Richtlijnen (zoals de artikel 19-Richtlijnen) houden daarenboven geen verbod in op verzekeringssegmentatie *an sich,* maar leidt enkel tot een *beperking* van het gebruik van bepaalde *segmentatiefactoren*. Verder blijft het zo dat de lidstaten moeilijk een schending van de Unie-regels kan worden verweten, wanneer de door hen uitgevaardigde anti-discriminatiewetgeving een loutere uitvoering betreft van EU-Richtlijnen. Om die redenen kan dan ook nog steeds worden gesteld dat met een beroep op de vrijheid van tarief, niet gemakkelijk de geldigheid zal kunnen worden aangevochten van de horizontaal werkende anti-discriminatienorm. De vrijheid van de verzekeraar om zijn tarieven vast te stellen, blijft net zoals de contract-en onderschrijvingsvrijheid, aan de gelijkebehandelingsnorm ondergeschikt.

[2237] M. DENUIT, "Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?", *l.c.*, 6.

AFDELING 2. EEN TEGENGESTELDE VISIE OP GELIJKHEID

769. **Verzekeringstechnische groepsbenadering en individualistische mensenrechtenbenadering.** Tussen enerzijds de verzekeringssector, als voorvechter van het behoud van een zo groot mogelijke vrijheid om een segmentatiebeleid te voeren, en anderzijds de wetgever, in haar rol van voorvechter van het gelijkebehandelingsprincipe, gaapt een kloof die dieper ligt dan alleen maar een onenigheid over het principe van het gebruik van bepaalde gevoelige differentiatiefactoren zoals geslacht, handicap, gezondheidstoestand en leeftijd in verzekeringsovereenkomsten. De eigenlijke oorzaak van het spanningsveld tussen het door de verzekeraar gevoerde differentiatiebeleid en het door de wetgever opgelegd discriminatieverbod ligt in de vaststelling dat beiden lijken uit te gaan van twee verschillende benaderingen van gelijkheid en, daarmee verbandhoudend, rechtvaardigheid. Verzekeraars gaan uit van een verzekeringstechnische 'groeps - benadering' van gelijkheid die wordt gesteund op de eigenheid van de verzekeringstechniek en het nastreven van actuariële rechtvaardigheid. De gelijkebehandelingsnorm gaat uit van een individualistische visie op gelijkheid, die het recht niet gediscrimineerd te worden benadert in termen van het individu en als het ware streeft naar sociale rechtvaardigheid.[2238]

770. **Overzicht.** In de hiernavolgende paragrafen zal de spanning tussen de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringstechnische groepstraditie worden gebruikt als een verklaring voor het conflict dat rijst wanneer gelijkebehandelingswetgeving wordt toegepast op de differentiatiepraktijk van de verzekeraar. In een eerste paragraaf volgt een korte toelichting van de Amerikaanse rechtspraak waar de spanning tussen groepsgelijkheid en individuele gelijkheid voor het eerst werd geëxpliciteerd. Ook wordt kort de invloed ervan geschetst op de rechtspraak van het Hof van Justitie. In een tweede en derde paragraaf volgt een nadere inhoudelijke beschrijving van de genoemde tradities. In een vierde en laatste paragraaf wordt het onderscheid tussen deze tradities gebruikt om te verklaren waarom de verzekeraar zich ter verdeding van zijn segmentatiebeleid niet kan beroepen op het feit dat hij er overeenkomstig de doelstellingen van de gelijkebehandelingswetgeving naar streeft om vergelijkbare gevallen gelijk te behandelen en ongelijke gevallen ongelijk.

§ 1. De invloed van de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court

771. **De *Manhart* (1978) en *Norris* (1983) -rechtspraak van het U.S Supreme Court.** De tegenstelling tussen het verzekeringstechnische streven naar "groepsgelijkheid" enerzijds en het streven naar "in-

[2238] Zie voor een eerste beschrijving van deze tegenstelling, L. BRILMAYER, R. W. HEKELER, D. LAYCOCK e.a., "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *Chicago Law Review* 1980, afl. 47, 505. Zie ook W. WILS, *l.c.*, 458-459; S.R. RYAN, *l.c.*, 753-754; D. SCHIEK, *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 242; C. VAN SCHOUBROECK, en Y. THIERY, "Proposal for a Directive on sex discrimination: civil rights "individual tradition" versus insurance "group" tradition", *l.c.*, 591; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 192-193; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 173-177; E. CARACCIOLO DI TORELLA, "The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual analysis", *l.c.*, 345; AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, *l.c.*, 5.

dividuele gelijkheid" door de gelijkebehandelingsregels anderzijds, gaat terug op een discussie die in de jaren '80 werd gevoerd in de Amerikaanse rechtsliteratuur[2239] naar aanleiding van het *Manhart*-arrest (1978)[2240] en het *Norris*-arrest (1983)[2241] van het Amerikaanse Supreme Court. In deze zaken oordeelde het Supreme Court dat *Title VII* van de *Civil Rights Act* van 1964 zich verzette tegen het gebruik van gescheiden sterftetafels voor mannen en vrouwen in stelsels van aanvullende pensioenen. Zo verklaart *Justice* STEVENS in de meerderheidsbeslissing in *Manhart* over de geldende gelijkebehandelingsregels*:*

> *"The Statute makes it unlawful 'to discriminate against any individual with respect to his [terms of employment], because of such individual's race, colour, religion, sex, or national origin'. The statute's focus on the individual is unambiguous. It precludes treatment of individuals as simply components of a racial, religious, sexual, or national class. […]* [2242] *Even if the statutory language were less clear, the basic policy of the statute requires that we focus on fairness to individuals rather than fairness to classes. Practices that classify employees in terms of religion, race or sex tend to preserve traditional assumptions about groups rather than thoughtful scrutiny of individuals"* [2243]

In haar beoordeling van het gebruik van gescheiden sterftetafels zet het Supreme Court de twee visies op rechtvaardigheid duidelijk tegen elkaar af én maakt het de keuze voor een strikt individualistische invulling: de werking van *Title VII* is gekant tegen de behandeling van individuen als louter deel uitmakend van een bepaald geslacht of van een bepaalde religieuze of nationale groep. *Justice* PO-

---

[2239] S. KIMBALL, "Reprise on Manhart", *American bar foundation Research Journal* 1980, afl. 1980, 915-920; D. LAYCOCK en T.A. SULLIVAN, "Sex Discrimination as "actuarial equality": a rejoinder to Kimball", *American Bar Foundation Research Journal* 1981, 220-228; L. BRILMAYER, R. W. HEKELER, D. LAYCOCK e.a., "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *Chicago Law Review* 1980, afl. 47, 505-560; G. BENSTON, "The economics of gender discrimination in employee fringe benefits: *Manhart* revisited", *University of Chicago Law Review* 1982, 489-542; L. BRILMAYER, D. LAYCOCK en T.A. SULLIVAN, "The efficient use of Group Averages as nondiscrimination: A rejoinder to Professor Benston", *University of Chicago Law Review* 1983, 222-279; G. BENSTON, "Discrimination and economic efficiency in emplyee fringe benefits: a clarification of issues and a response to professors Brilmayer, Laycock and Sullivan", *The University of Chicago Law Review* 1983, 250-279; C.J. ROBICHAUX, "Norris v. Arizona: a move towards unisex insurance", (noot onder Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris, (1983), 463 *U.S.* 1073.), *Louisiana Law Review* 1984-1985, afl. 45, 149-162; R.A. MILLER, "How to discriminate by sex: federal regulation of the insurance industry", *Connecticut Law Review* 1984-1985, afl. 17, 567-594.

[2240] In de *Manhart*-case was een conflict aan de orde tussen de *Los Angeles Department of Water and Power* en haar vrouwelijke werkneemsters, naar aanleiding van het feit dat de vrouwelijke werkneemsters deze hogere bijdragen dienden te leveren aan het bedrijfspensioenfonds dan hun mannelijke tegenhangers. Deze hogere bijdragen waren gebaseerd op statistische gegevens die aantoonden dat de vrouwelijke werkneemsters langer leefden dan de mannelijke. Zie United States Supreme Court 25 april 1978, *Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart,* 435 *U.S.* 702.

[2241] In de *Norris*-case leidde het gebruik van gescheiden sterftetafels tot lagere uitkeringen voor vrouwelijke werkneemsters niettegenstaande het feit dat deze dezelfde bijdragen hadden betaald dan de mannelijke werknemers. United States Supreme Court 6 juli 1983, *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans* v. *Norris*, 463 *U.S.* 1073.

[2242] United States Supreme Court 25 april 1978, *Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart,* 435 *U.S.* 702 (onder titel I, §3).

[2243] *Ibidem* (§6).

WELL (*concurring in part*) kan zich in deze laatste visie echter niet vinden. Volgens hem kan de individualistische focus van *Title VII* niet worden doorgetrokken in verzekeringsrelaties.

Zo verklaart hij dat

> *"Title VII's concern for the effect of employment practices on the individual […] is simply inapplicable to the actuarial predictions that must be made in writing insurance and annuities. […] Insurance and life annuities exist because it is impossible to measure accurately how long any one individual will live. Insurance companies cannot make individual determinations of life expectancy; they must consider instead the life expectancy of identifiable groups."*[2244]

De meerderheid binnen het Supreme Court heeft met deze visie echter geen rekening willen houden. De aanwezigheid van actuariële gegevens die aantonen dat vrouwen langer leven dan mannen, kon de ongelijke behandeling op grond van geslacht niet rechtvaardigen.[2245]

772. **Invloed op de rechtspraak van het Hof van Justitie.** Hierbij wordt eraan herinnerd dat Advocaat-Generaal VAN GERVEN in zijn gezamenlijke conclusies in de zaken *Ten Oever*, *Moroni*, *Neath* en *Coloroll*, in navolging van de *Manhart* en *Norris*-rechtspraak, eveneens een individualistische invulling verkiest van het gelijkheidsbeginsel, ook in verzekeringsrelaties.[2246] VAN GERVEN trekt een parallel met de werking van artikel 141 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 157 Werkingsverdrag) dat er volgens hem naar streeft "*de werknemer met betrekking tot zijn recht op gelijk loon voor gelijke arbeid als individu te behandelen en niet louter als lid van deze of gene geslachtsgroep*".[2247] Volgens VAN GERVEN kon het loutere feit dat in het algemeen, vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen,

---

[2244] Opinion van Justice POWELL van 28 maart 1993 voor Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris (1983), 463 U.S. 1073 (onder titel B).

[2245] Hierbij kan worden opgemerkt dat deze rechtspraak ook buiten de pensioensector invloed heeft gehad in latere beslissingen in de 'lagere' Amerikaanse rechtspraak. Zie bv. Supreme Court of Pennsylvania 1984, *Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542 (1984). Het hooggerechtshof acht het gebruik van naar het geslacht verschilende premies in de motorrijtuigenverzekering, ook al zijn die actuarieel gerechtvaardigd, strijdig met de gelijkheidsnorm omdat (opnieuw) niet alle individuen in een geslachtsgroep overeenkomen met het stereotype beeld dat heerst over deze groep. Voor een bespreking, zie R.A. MILLER, "Discrimination by gender in automobile insurance: a note on Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner", *Duquesne Law Review* 1984-1985, 621-630. Zie ook P. BRACHER, *l.c.*, 243-246. Meer algemeen, S.R. RYAN, *l.c.*, 748-776. Ook de rechtspraak van het Canadese Supreme Court ervaart de invloed uit de Amerikaanse rechtspraak. Zo verklaart *Justice* SOPINKA in de *Zurich*-case: "*The underlying philosophy of human rights legislation is that an individual has a right to be dealt with on his or her own merits and not on the basis of group characteristics. Conversely, insurance rates are set based on statistics relating to the degree of risk associated with a class or group of persons."* Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*"). Zie reeds daarvoor in de lagere rechtspraak, Alberta Court of Queen's Bench 1991, *Re Co-operators General Insurance Co.* v. *Alberta Human Rights Commission*, 80 *Dominion Law Reports* 1991, afl. 4, 411.

[2246] Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Proposal for a Directive on sex discrimination: civil rights "individualistic" tradition versus insurance "group" tradition", *l.c.*, 598-601; D. SCHIEK, *o.c.*, 234-236.

[2247] zie Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll/Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 35.

geen afdoende reden zijn om tot een verschillende behandeling te besluiten op het stuk van bijdragen en uitkeringen in bedrijfspensioenen.[2248]

In de hogergenoemde *Lindorfer*-case, komt ook Advocaat-Generaal JACOBS terug op het in *Manhart* en *Norris* geëxpliciteerde recht op gelijke behandeling van het individu.

> *"Het verschil in behandeling als het thans aan de orde zijnde betekent […] dat aan individuele personen de gemiddelde kenmerken worden toegeschreven van de categorie waartoe zij behoren. Ik geloof niet dat dergelijke gemiddelde kenmerken in relatie tot het individu ook maar enigszins „objectief" kunnen worden genoemd. Het laakbare (en dus ongeoorloofde) karakter van een dergelijke discriminatie zit hem hierin, dat wordt uitgegaan van voor de categorie specifieke kenmerken die zijn geëxtrapoleerd naar het individu, en niet van kenmerken die het individu werkelijk van andere individuen onderscheiden en daarom een verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen."*[2249]

Waar het Hof van Justitie in de zaken *Neath* en *Coloroll* nog niet was ingegaan op de inhoudelijke beoordeling van de geoorloofdheid van het gebruik van gescheiden sterftetafels in het berekenen van premies en uitkeringen, deed het dit in de zaak *Lindorfer* uiteindelijk wél. Zoals hierboven reeds werd toegelicht heeft het Hof niet willen aanvaarden dat het gebruik van gescheiden sterftetafels noodzakelijk was om het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel van de Gemeenschappen bereiken.[2250] Volgens het Hof kon hetzelfde evenwicht worden bereikt door het gebruik van gelijke actuariele waarden voor mannen en vrouwen.[2251]

[2248] Ibidem.

[2249] Zie Advocaat-Generaal JACOBS, conclusie van 27 oktober 2005 voor H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 59. Zie in dezelfde zin Advocaat-Generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 38 en 50. In het hierboven besproken vernietigingsberoep dat verbruikersvereniging Test-Aankoop instelde tegen de zgn. Genderwijzigingswet wordt naar deze argumentatie verwezen om het standpunt te verduidelijken dat artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn in strijd zou zijn met het algemeen beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Zie de argumentatie van Test-Aankoop in Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009, ov. A.2: "*Zoals blijkt uit de conclusies van de advocaat-generaal voorafgaand aan het arrest Lindorfer van het Hof van Justitie van 11 september 2007, kan niet worden aanvaard dat individuen verschillend worden behandeld enkel omdat ze behoren tot een groep die ze niet kiezen en kan men geen verschillen in behandeling tussen individuen verantwoorden die uitgaan van algemene vaststellingen die in werkelijkheid slechts waargenomen gemiddelden zijn met betrekking tot groepen van individuen.*" Het argument werd door de verbruikersverenigingen ook reeds gevoerd in het kader van het advies van de Belgische Commissie voor verzekeringen naar aanleiding van het Voorstel van Genderrichtlijn van de Europese Commissie. Zie COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 17.

[2250] Cf. *supra* nr. 562.

[2251] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767,ov. 57-58. Hierbij is niet gezegd dat het Hof zich in de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op verzekeringsrelaties een absoluut verbod van het gebruik van het geslacht wil handhaven. Door de mogelijkheid die het Hof aan de inrichter van het pensioenstelsel geeft om zijn diffentiatiebeleid te rechtvaardigen aan de hand van de noodzaak van een gezond financieel evenwicht van het stelsel, helpt het Hof eerder bruggen te slaan tussen de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringstechnische groepstraditie. Zie ook *infra* nr. 857.

773. **Overzicht.** In de hiernavolgende paragrafen zal de in de hierboven beschreven rechtspraak tot uiting gebrachte spanning tussen het respectievelijke streven naar groepsgelijkheid en individuele gelijkheid, verder worden toegelicht. Eerst vanuit het perspectief van de verzekeringstechnische groepstraditie (§2). Daarna vanuit het perspectief van de individualistische mensenrechtentraditie (§3). Hierbij wordt uitgegaan van het idee dat de door de verzekeringstechniek nagestreefde gelijkheid tussen groepen leidt tot individuele ongelijkheid en dat een strikte toepassing van individuele gelijkheid leidt tot een ongelijke behandeling van groepen. Deze benaderingswijze staat toe om een beter begrip te verkrijgen van het spanningsveld dat ontstaat wanneer gelijkebehandelingsregels worden toegepast op de verzekeringspraktijk.

§ 2. Verzekeringstechnische groepsbenadering

774. **Het individu als lid van een risico-groep.** Zoals kan worden afgeleid uit de bespreking van de manier waarop de verzekeringstechniek invulling geeft aan de begrippen solidariteit, gelijkheid en onderscheid, beoogt de verzekeraar of de actuaris risico's, premies en acceptatie van risico's uitsluitend in groepstermen te benaderen.[2252] Actuarissen zullen individuen steeds beschouwen in termen van hun lidmaatschap van een bepaalde groep.[2253] Het lidmaatschap van een geslachtsgroep of leeftijdsgroep wordt aangewend als verantwoording of rechtvaardiging van een onderscheid. Aan het individu worden de kenmerken toegekend van de gemiddelden van de groep, zonder daarbij uit te gaan van de eigen kenmerken van het individu.[2254] Verzekeraars voeren zelfs aan dat zij bv. het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen in aanmerking móeten nemen om zich niet schuldig te maken aan discriminatie.[2255] Ongelijke gevallen dienen immers op ongelijke wijze te worden behandeld. Hierbij gaan verzekeraars eerder uit van de bescherming van een persoon die deel uitmaakt van een groep en niet zozeer van de bescherming van een individu. DHAENE en VANDUFFEL formuleren het als volgt:

> *"Over hoe meer relevante informatie een verzekeraar beschikt, hoe beter hij de individuele risico's kan inschatten en hoe juister en 'eerlijker' de premie is die de verzekerden betalen. Eerlij-*

[2252] Zo is gebleken dat de groepering van risico's noodzakelijk is om de financiële onzekerheid waaraan het individu is blootgesteld door een onzeker toekomstig voorval, te kunnen omzetten naar de zekerheid dat men op het fonds beroep zal kunnen doen (Cf. *supra* nr. 253). De groepering van personen met een vergelijkbaar risico brengt met zich mee dat de verzekeraar aan deze personen ook gelijke verzekeringsvoorwaarden gunt (Cf. *supra* nr. 271). De noodzaak om tot op zekere hoogte homogene risico-groepen samen te stellen en dus zoveel mogelijk personen met een zelfde risicoprofiel binnen eenzelfde risico-groep te verenigen heeft dan als logische tegenhanger dat personen met een verschillend profiel zo veel mogelijk in verschillende risicogroepen zullen worden ondergebracht (Cf. *supra* nr. 289). Zonder een dergelijke segmentering zou de hypothetische groep van minder goede risico's te weinig worden aangerekend voor teveel verzekeringsdekking waardoor zij zouden genieten van een solidariteitspremie van de verzekeraar (Cf. *supra* nr. 296).

[2253] L. BRILMAYER, R. W. HEKELER, D. LAYCOCK e.a., *l.c.*, 508 en 512; W. WILS, *l.c.*, 459.

[2254] C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", 70 ; C. PARIS, "Le sexe, élément d'appréciation du risque?", *l.c.*, 58.

[2255] R.A. MILLER, "How to discriminate by sex: federal regulation of the insurance industry", *l.c.*, 593; F. DE BILDERLING, *l.c.*, 245. Zie voor een beschrijving van het argument, eveneens W. WILS, *l.c.*, 459; S.R. RYAN, *l.c.*, 756.

ker in die zin dat als alle risicofactoren in rekening gebracht [kunnen] worden, geen enkele groep systematisch noch bevoordeeld noch benadeeld wordt."[2256]

775. **Gelijkheid tussen groepen leidt tot individuele ongelijkheid.** De verzekeringstechnische groepsbenadering is gericht op een actuariële rechtvaardigheid die risico's verzekerbaar wil houden op basis van de beginselen van de verzekeringstechniek en de karakteristieken van private verzekering, zijnde de veronderstelde effecten van anti-selectie[2257], *moral hazard*[2258] en ook de aversie van goede risico's ten aanzien van de subsidiëring van minder goede risico's ('subsidie-aversie'[2259]).[2260] De actuariële rechtvaardigheid die de verzekeraar nastreeft, komt dan neer op een gelijke of faire behandeling van risico-groepen die erin bestaat dat tussen de verschillende risico-groepen geen subsidies optreden. Iedere risico-groep moet in staat zijn om de eigen risico's te dragen[2261], zonder daarbij systematisch bevoordeeld of benadeeld te worden ten opzichte van een andere groep.[2262] Deze "gelijke" behandeling van de verschillende risico-groepen brengt echter met zich mee dat op een individueel niveau ongelijkheden ontstaan. Dit wordt geïllustreerd met volgende voorbeelden.

776. **Voorbeeld: levensverzekering.** Gemiddeld beschouwd hebben mannen een lagere levensverwachting dan vrouwen. In levensverzekering tot dekking van het risico overlijden betalen zij dan ook een hogere premie.[2263] Dit lijkt logisch, nu mannen gemiddeld minder langer de tijd hebben om doorheen de jaren dat zij premie betalen, een kapitaal op te bouwen dat gelijk staat met dat van vrouwen

---

[2256] J. DHAENE en S. VANDUFFEL, "Verzekerden discrimineren betekent niet noodzakelijk hen benadelen", *De Tijd* 3 mei 2005.

[2257] Dit mechanisme komt er in verzekeringsrelaties op neer dat personen die hun risico op het voordoen van een schadegeval hoog inschatten, bereid zullen zijn een ruimere verzekeringsdekking aan te kopen of om hiervoor een hogere prijs te betalen dan personen die hun risico lager inschatten. Cf. *supra* nr. 276, met verwijzing naar M. ROTSCHILD en J. STIGLITZ, *l.c.*, 629; M. HOY, "Categorizing risks in the insurance industry", *l.c.*, 848. Het gevolg van anti-selectie, zo wordt traditioneel betoogd, is dat personen met een laag risico in een competitieve markt zich niet laten verzekeren door de verzekeraar die hen een premie laat betalen die niet in verhouding is (te hoog) met hun eigenlijke risico. Cf. *supra* nr. 277 met verwijzing naar o.m. G.A. AKERLOF, *l.c.*, 492-493; P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 591.

[2258] Het gevaar van *moral-hazard* bestaat erin dat door het voorhanden zijn van verzekering, de zorg bij de verzekerde dat het risico zich niet zal voordoen, verkleint. Wil men dit gevaar vermijden is het noodzakelijk dat homogene risicogroepen worden samengesteld. Zoniet zullen personen die verzekerd worden tegen voorwaarden die zwaarder zijn dan het risico dat zij vertegenwoordigen, geen prikkels krijgen om hun risico-niveau laag te houden. Cf. *supra* nr. 275, met verwijzing naar o.m. K.J. ARROW, *l.c.*, 961; S. SHAVELL, *l.c.*, 541.

[2259] Subsidie-aversie komt erop neer dat zgn. lage risico's in principe niet bereid zijn bij te dragen aan de schade die wordt veroorzaakt door hoge risico's en zich enkel willen verzekeren tegen voorwaarden die overeenkomen met hun eigen risico. Zie voor dit begrip reeds eerder, *supra* nr. 265, met verwijzing naar W. WILS, *l.c.*, 456; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 198.

[2260] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 174.

[2261] Zie R. THYS, *l.c.*, 98, die verduidelijkt dat het bedrag van de zuivere basispremie die wordt toegerekend aan de verzekeringnemers binnen dezelfde klasse, bepaald wordt door de totale schade van de klasse gedeeld door het aantal verzekeringnemers in de klasse of de schadeferequentie vermenigvuldigd met de gemiddelde kost.

[2262] L. BRILMAYER, R. W. HEKELER, D. LAYCOCK e.a., *l.c.*, 508; R. H. JERRY en K. B. MANSFIELD, "Justifying unisex insurance: another perspective", *The American University Law Review* 1984-1985, afl. 34, 339.

[2263] Zie Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, *"Fairness and equality in insurance classification*", *l.c.*, 194. Zie ook L.J. RUBEN en S.A. ELLIOTT, "Sex discrimination and sex-based mortality tables", *Boston University Law Review* 1973, afl. 53, 628-630.

die gemiddeld een hogere levensverwachting hebben.[2264] Door het onderscheid dat de verzekeraar hier maakt tussen mannen en vrouwen wordt de groep van de mannen en de vrouwen op een gelijke of actuarieel faire manier benadert. De verzekeraar vermijdt subsidies van de vrouwelijke naar de mannelijke verzekerden. Daaruit volgt echter dat tussen een individuele man en een individuele vrouw waarvan (bv. *ex-post*) blijkt dat zij feitelijk een gelijke levensverwachting hebben, een ongelijke behandeling bestaat.

777. **Voorbeeld: WAM-verzekering.** Gemiddeld beschouwd hebben jongeren een hogere ongevalskans dan ouderen. In de WAM-verzekering betalen ook zij een hogere premie wanneer de factor leeftijd gekoppeld wordt aan het risico op verkeersongevallen. Op die manier worden subsidies vermeden van de groep van de oudere naar de groep van de jongere verzekerden. Daaruit volg echter opnieuw dat er tussen een individuele jongere en een individuele oudere, die feitelijk een gelijkaardig rijgedrag vertonen en daardoor in de feiten een zelfde ongevalskans hebben, sprake is van een ongelijke behandeling.[2265]



778. **De aanvaardbaarheid van individuele ongelijkheid.** De ongelijkheid die zich hier voordoet tussen individuen wordt door de verzekeraar nochthans aanvaard als neveneffect van het feit dat hij op voorhand niet kan inschatten of een individuele man en een individuele vrouw in een specifiek geval even lang zullen leven.[2266] Het is eveneens pas *ex-post* dat volledig duidelijk wordt of de individuele

---

[2264] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 177. Merk op dat in het geval van levensverzekering "*bij leven*", vrouwen normaal gezien méér premie dienen te betalen dan mannen. Dit lijkt eveneens logisch, nu zij een hogere kans hebben om de leeftijd te bereiken waarop de verzekeraar zijn prestatie zal uitvoeren. Aan het hogere risico wordt in dit geval dus een hogere premie gekoppeld. Vrouwen zullen ook lagere uitkeringen verkrijgen (of een hoger kapitaal dienen te voorzien) in systemen van *lijfrente*. Dit is te verklaren vanuit het idee dat door hun hogere levensverwachting, vrouwen gemiddeld een even hoog bedrag zouden uitgekeerd krijgen dan mannen. Zie hiervoor C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Enkele aandachtspunten bij een Europese regeling tot horizontalisering van het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen in de Europese verzekeringsmarkt", *Presentation by Prof. Dr. Caroline VAN SCHOUBROECK, Public Hearing on "sex discrimination outside the workplace* 10 september 2003, Europees Parlement, www.europarl.europa.eu/hearings/20030910/femm/vanschoubroeck_nl.pdf, 3. Zie ook B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1440-1441.

[2265] Zie voor een gelijkaardige redenering op grond van de factor geslacht in de WAM-verzekering, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekering", *l.c.*, 178.

[2266] Dit is exact het argument dat ook werd gemaakt door Justice POWELL in de Norris-case voor het Supreme Court: "Insurance and life annuities exist because it is impossible to measure accurately how long any one individual will live. Insurance companies cannot make individual determinations of life expectancy; they must consider instead the life expectancy of identifiable groups." Hier voegt hij aan toe [only] "Given a sufficiently large group of people, an insurance company can predict with considerable reliability the rate and frequency of deaths within the group based on the past mortality experience of similar groups." Zie opinion van Justice POWELL van 28 maart 1993 voor Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris (1983), 463 U.S. 1073 (onder titel B).

jongere en de individuele oudere eenzelfde schadefrequentie vertonen. Zoals hoger reeds werd toegelicht is verzekering gebaseerd op de waarschijnlijkheid dat een schadegeval zich voordoet en niet op de eigenlijke uitkomst van een kansexperiment.[2267] De prijs van verzekering wordt bepaald vooraleer het risico zich voordoet. Niet erna.[2268] De door de verzekeraar nagestreefde groepsgelijkheid en de eruit voortvloeiende ongelijkheid tussen individuen is dan ook inherent verbonden aan het verzekeringssysteem.

§ 3. Individualistische mensenrechtenbenadering

779. **Groepslidmaatschap verantwoordt geen onderscheid.** De individualistische mensenrechtentraditie verschilt van de verzekeringsgroepstraditie doordat zij het recht op gelijke behandeling benadert in termen van individuen.[2269] Het individu kan niet verschillend behandeld worden omdat het toevallig lid is van een bepaalde groep, zeker niet wanneer hij niet gekozen heeft om van die groep deel uit te maken of in de onmogelijkheid verkeert om door zijn gedraging van groep te veranderen.[2270] Het betreft een streven naar een gelijke behandeling van individuen op basis van hun eigen kenmerken en niet op basis van (stereotiepe) veronderstellingen, die zelfs indien ze accuraat zouden zijn voor risicocategorieën in het algemeen, niet opgaan voor de individuele man of vrouw, oudere of jongere of gehandicapte persoon.[2271] Een individu kan niet worden behandeld alsof hij/zij een gemiddelde man,… of gemiddelde vrouw,… is. Het discriminatieverbod houdt bijgevolg in dat men het louter lidmaatschap van een bepaalde virtuele groep (ras, geslacht, zieken) niet mag aanwenden als een verantwoording of rechtvaardiging van een onderscheid.[2272]

[2267] Cf. *supra* nr. 306, met verwijzing naar o.m. D.J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE e.a., *o.c.*, 64.

[2268] Hoger (supra nr. 306) werd reeds aangegeven dat de noodzaak aan voorafgaande empirische waarnemingen met betrekking tot het te verzekeren risico te maken heeft met het feit dat de productiecyclus van verzekeringsproducten *invers* is. De afnemer betaalt de te leveren dienst alvorens de kostprijs ervan, de gedekte schade, bekend is. Zie o.m. H. COUSY, “De grote oriëntaties van het verzekeringsrecht”, *l.c.*, 151.

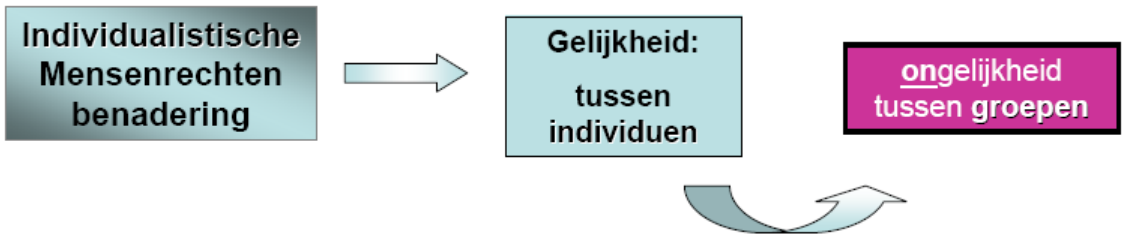
[2269] Zie L. BRILMAYER, R. W. HEKELER, D. LAYCOCK e.a., *l.c.*, 508; W. WILS, *l.c.*, 459; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 174.

[2270] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 174.

[2271] *Ibidem*, met verwijzing naar K. BARTLETT en A. HARRIS, "Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary", *http://academic.udayton.edu/gender/02Unit/index.htm* 1998, 101-102. Zie ook D. SCHIEK, “Implementing EU non-discrimination directives – Typologies of legal transplanting”, *l.c.*, 78.

[2272] Zoals hiervoor herhaaldelijk is aangetoond op basis van de beschijving van de anti-discriminatieregels van de tot nu toe onderzochte jurisdicties, kan worden gewezen op een minstens impliciete verschuiving (of aanvulling) van een formele gelijkheid naar een materiële gelijkheid (‘*substantive equality*’) waarbij de aandacht gaat naar de bescherming van ‘groepen’ van achtergestelde personen. Materiële gelijkheid beoogt een gelijkheid te verwezenlijken door een persoon in zijn handelen ten opzichte van een beschermde categorie van personen te verplichten om tot op zekere hoogte de verschillen die heersen tussen categorieën van personen, in rekening te brengen, waardoor de beschermde categorie van personen kan gebruik maken van een ongelijke (lees aangepaste) behandeling. Ondanks de gerichtheid van het concept materiële gelijkheid op de bescherming van groepen mag worden besloten dat binnen het concept van materiële en formele gelijkheid definitief eenzelfde einddoel wordt nagestreefd: het waarborgen van de gelijkheid van personen. Zie C. TOBLER, *Indirect* discrimination, *o.c*, 29-30. In het kader van de analyse van de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringstechnische groepstraditie dient men onder het begrip ‘individualistische mensenrechten-benadering’ dan ook steeds de formele zowel als de materiële benadering van gelijkheid in de zin van de mensenrechtenleer te begrijpen. Vgl. C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in vezekeringen”, *l.c.*, 176.

780. **Gelijkheid tussen individuen leidt tot ongelijkheid tussen groepen.** In de vaststelling dat de individualistische mensenrechtentraditie streeft naar een gelijkheid tussen individuen, blijkt echter de spanning die ontstaat wanneer de juridische gelijkebehandelingsregel wordt opgelegd in verzekeringsrelaties. Het feit dat tussen mannen en vrouwen of tussen jongeren en ouderen geen onderscheid meer mag worden gemaakt doet namelijk subsidies ontstaan van de groep die gemiddeld wordt beschouwd als een laag risico, naar de groep die gemiddeld wordt beschouwd als een hoog risico. Deze subsidie wordt in actuariële termen beschouwd als een ongelijke of onrechtvaardige behandeling tussen groepen.



In het hierboven aangewende voorbeeld van levensverzekering zal het discriminatieverbod neerkomen op de situatie waarbij de groep van de vrouwen, door hun hogere levensverwachting, meebetalen voor de groep van de mannen. In het voorbeeld van de WAM-verzekering zal dit neerkomen op de situatie waarbij de groep van de ouderen, door hun gemiddeld lagere schadelast of –frequentie, meebetalen voor de groep van de jongeren.

781. **De aanvaardbaarheid van groepsongelijkheid.** Het discriminatieverbod brengt aldus een situatie mee waarbij de wetgever bewust vormen van subsidiërende solidariteit creëert.[2273] Groepsongelijkheid wordt echter aanvaard op basis van de maatschappelijke en politieke keuze dat de onderscheiden behandeling niet kan worden verantwoord op basis van het lidmaatschap van een door het anti-discriminatierecht beschermde groep.

§ 4. groeps- en individuele benadering van gelijkheid als verklaring van het conflict tussen actuariële fairness en het juridisch gelijkheidsbeginsel

782. **Een verschillend niveau van vergelijkbaarheid.** Het hierbij beschreven model waarbij de verzekeraar streeft naar groepsgelijkheid en de wetgever streeft naar individuele gelijkheid, maakt duidelijk dat in beide tradities een verschillende visie heerst omtrent rechtvaardigheid. De actuariële rechtvaardigheid waarnaar wordt gestreefd door de verzekeraar bestaat erin zo weinig mogelijk subsidies te doen ontstaan tussen groepen die gemiddeld worden gezien als onvergelijkbaar. De rechtvaardigheid die wordt nagestreefd op het niveau van de gelijkebehandelingswetgeving verzet zich niet tegen de afbouw van een dergelijke subsidiërende solidariteit maar aanvaardt evenwel niet dat deze solidariteit ook wordt afgebouwd tussen groepen die werden samengesteld op basis van factoren die door het anti-discriminatierecht worden beschermd. Deze laatste bekommernis deelt de verzekerings-

[2273] F.K. GREGORIUS, *l.c.*, 283, e.v.; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 178.

groepstraditie niet. Zoals WILS het uitdrukt met betrekking tot het gebruik van geslacht in levensverzekering:

> *"The assertion that a woman has a higher life expectancy than a man presupposes a prior decision to calculate expectancy along the basis of sex, i.e. to consider sex a relevant criterion".*[2274]

Binnen de mensenrechtentraditie wordt een dergelijke vooronderstelling vermeden doordat bepaalde persoonskenmerken bewust worden geweerd als relevant vergelijkingscriterium. Uit deze vaststelling kan een bevestiging worden gezien voor de verklaring die eerder al werd gegeven voor het conflict tussen het streven van de verzekeraar naar actuariële fairness en het streven van de wetgever naar juridische gelijkheid. Zij doet inzien dat actuariële fairness en het juridisch gelijkheidsbeginsel uitgaan van een verschillende niveau dat wordt vereist om te kunnen spreken van vergelijkbaarheid.[2275]

783. **Verzekeringsgroepstraditie: beschermde factoren als evaluatiefactor voor vergelijkbaarheid.** In de verzekeringsgroepstraditie wordt vergelijkbaarheid reeds snel aangenomen. Risico's worden vergelijkbaar of "homogeen" wanneer zij eenzelfde, eenvoudig waar te nemen groepskarakteristiek delen. Alhoewel hoger reeds werd beschreven dat er in de verzekeringsgroepstraditie weliswaar een zekere tendens bestaat om te streven naar een geïndividualiseerde benadering van het risico, kon eveneens worden geconcludeerd dat deze tendens wordt belemmerd door de noodzaak om risico's te kunnen blijven groeperen met het oog op een voldoende spreiding van het verzekerde risico en het laten spelen van de wet van de grote getallen.[2276] Bij het beoordelen van de homogeniteit of vergelijkbaarheid van de risico's binnen een risico-*pool*, zal men zich daarnaast weinig aantrekken van de gevoeligheid van de criteria aan de hand waarvan de vergelijkbaarheid wordt beoordeeld. Wanneer men op basis van statistische informatie van oordeel is dat voor het meten van het risico, het geslacht, de leeftijd of de handicap van een persoon bepalend is, zal men niet twijfelen om personen met een verschillend geslacht, leeftijd of handicap als onvergelijkbaar te zien en deze personen vervolgens in een verschillende risicoklasse met overeenkomstige verzekeringsvoorwaarden in te delen.[2277]

784. **Individualistische mensenrechtentraditie: abstractie van beschermde factoren.** In de gelijkebehandelingswetgeving wordt vergelijkbaarheid op een geheel andere manier beoordeeld. Vooraleer de ene persoon wordt gezien als vergelijkbaar of onvergelijkbaar met de andere, dient abstractie wordt

---

[2274] Ibidem.

[2275] Cf. *supra* nr. 445.

[2276] Cf. Het creëeren van zo homogeen mogelijke risico-groepen mag er inderdaad niet toe leiden dat deze risicogroepen zodanig klein worden dat risicospreiding niet meer mogelijk is en iedere verzekerde voor zichzelf instaat. Naast een voldoende mate van homogeniteit kan de wet van de grote getallen maar werken indien de risico's die zijn verenigd binnen een groep voldoende *dispers* zijn. *supra* nr. 256.

[2277] Zie in dezelfde zin, W. WILS, *l.c.*, 459.

gemaakt van alle verschillen die onlosmakelijk verbonden zijn met het beschermde kenmerk zelf.[2278] Personen met eenzelfde geslacht of leeftijd of met een bepaalde handicap moeten op basis van een juridische fictie worden gezien als elkaars gelijken.[2279] Ongelijke behandeling wordt maar toegelaten voor zover zij is gebaseerd op verschillen die los staan van de beschermde discriminatiegronden. Indien de verzekeraar wil vasthouden aan zijn betrachting om ongelijke verzekeringsvoorwaarden op te leggen aan onvergelijkbare risico's, dient hij dus noodzakelijk beroep te doen op persoonskenmerken die niet door de anti-discriminatiewetgeving worden beschermd.

[2278] Cf. *supra* nr. 445, met verwijzing naar M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", *l.c.*, 243-264; C. BAYART, *o.c.*, 105.

[2279] Cf. *supra* nr. 445.

AFDELING 3. OVERBRUGGINGSMOGELIJKHEID

785. **Van confrontatie...** In dit hoofdstuk werd de confrontatie geschetst tussen het juridisch gelijkheidsbeginsel en het streven naar actuariële fairness. Het werd duidelijk dat ondanks het gelijke uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ook een ongelijke behandeling verdienen, er sprake is van een streven naar geheel verschillende doelstellingen. De verzekeraar streeft naar een beleid waarbij goede risico's niet dienen bij te dragen aan de schadelast van minder goede risico's. De wetgever streeft naar solidariserende rechtvaardigheid die de nadruk legt op de evenwaardigheid van ieder individu. De wetgever is niet gekant tegen een afbouw van subsidiërende solidariteit, maar grijpt in in de middelen die worden aangewend om de afbouw van deze subsidiërende solidariteit te verwezenlijken. Voor de verzekeraar geldt een verbod op het gebruik van de door het anti-discriminatierecht beschermde gronden en hierdoor ervaart hij een belemmering in zijn onderschrijvings- en tariferingsvrijheid. Nu werd aangetoond dat deze voor de verzekeraar fundamentele vrijheden steeds ondergeschikt zullen blijven aan het fundamentele recht van de individuele verzekeringnemer op gelijke behandeling, lijkt er sprake te zijn van onverzoenbare tegenstellingen. Een strikt doorgevoerd discriminatieverbod maakt een (exclusief) op beschermde discriminatiegronden gebaseerd segmentatiebeleid onmogelijk.

786. **… naar overbruggende belangenafweging.** Toch kan worden geargumenteerd dat de uiteenlopende objectieven van de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringstechnische groepstraditie verzoenbaar zijn. Een verklaring in dezelfde zin werd ook reeds geuit in het Advies dat de Belgische Commissie voor Verzekeringen in 2004 uitbracht naar aanleiding van het Voorstel van Genderrichtlijn van de Europese Commissie. De Commissie voor Verzekeringen stelt vast dat

> *"Het voorstel […] de beginselen van tariefvrijheid en vrije mededinging tegenover een fundamenteel individueel recht [plaatst]. Een dergelijk conflict kan maar opgelost worden door een grondig onderzoek van alle in het geding zijnde belangen".*[2280]

In de bespreking van de manier waarop het anti-discriminatierecht streeft naar een zoektocht naar maximale bescherming tegen discriminatie, zijn verschillende elementen naar voor gekomen die ruimte bieden voor rechterlijke afweging van de belangen die in beide tradities spelen. De meest evidente plaats voor belangenafweging, zo werd reeds duidelijk, bevindt zich in de beoordeling van de vraag of een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden gegeven voor de bestreden handeling. In bescheiden mate kan belangenafweging zelfs plaatsvinden onder de vorm van (on)vergelijkbaarheidsoordelen (voor zover deze vergelijkbaarheid natuurlijk niet wordt geëvalueerd aan de hand van beschermde discriminatiegronden.) Een andere mogelijke plaats voor belangenafweging betreft de beoordeling van de vraag of er in het concrete geval een benadeling plaats vond *op grond van* een beschermd kenmerk. De tegenstellingen die dus op het eerste gezicht worden gecre-

[2280] Zie COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 26.

eerd door een strikte toepassing van de gelijkebehandelingsnorm op de verzekeringsrealiteit, blijken voor een groot gedeelte overbrugbaar te zijn. Deze overbrugging kan plaats vinden via een genuanceerde en kritische beoordeling van de verschillende argumenten die in een concreet geval voor en tegen het betwiste segmentatiebeleid worden aangevoerd. In het volgende, laatste gedeelte van dit proefschrift zal worden onderzocht, op welke manier een dergelijke beoordeling binnen de grenzen van het in deel I geschetste Europees-nationale referentiekader, gestalte kan krijgen.

DEEL III. VERZOENING TUSSEN MAXIMALE BESCHERMING TEGEN DISCRIMINATIE EN DE VERZEKERINGSLOGICA (IN EEN EUROPEES-NATIONAAL KADER)

787. **Opzet van dit deel.** In deel II van dit proefschrift werd uitvoering toegelicht op welke manier het juridisch gelijkheidsbeginsel in botsing komt met de logica van de verzekeringstechniek. In dit derde en laatste deel zal duidelijk worden gemaakt dat de zoektocht naar een maximale bescherming tegen discriminatie en de noodzaak van het voeren van een differentiatiebeleid in verzekering, verzoenbaar zijn wanneer de rechter voldoende middelen ter beschikking krijgt om de in het geding betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. In de onderstaande afdelingen wordt in de beschrijving van de manier waarop het anti-discriminatierecht ruimte geeft aan het afwegen van belangen, steeds uitgegaan van het hierboven beschreven Europees-nationaal referentiekader. Waar dit kader onduidelijkheid laat of tekort schiet, wordt geanalyseerd op welke wijze elementen uit de buitenlandse rechtspraak en wetgeving een toegevoegde waarde kunnen leveren. Het is de bedoeling om rekening houdend met de eigenheid van de verzekeringstechniek en de realiteit van de verzekeringspraktijk, de beoordelingselementen aan te geven op grond waarvan kan worden nagegaan of het differentiatiebeleid van de verzekeraar een schending uitmaakt van het juridisch gelijkheidsbeginsel. De analyse wordt opgedeeld aan de hand van twee onderscheiden toetsingsniveau's waarbinnen discriminatiegeschillen traditioneel worden beoordeeld. Het betreft het niveau van de toetsingsingang en het niveau van de eigenlijke rechtvaardiging.

788. **Toetsingsingang.** Het niveau van de toetsingsingang betreft de fase in de beoordeling waarin de rechter nagaat of de eisende partij eigenlijke wel recht van klagen heeft. Verdient de bestreden handeling bescherming onder het discriminatierecht? Zijn alle constitutieve bestanddelen om te kunnen spreken over discriminatie aanwezig? De voor de beoordeling van discriminatie in verzekeringsrelaties relevante aspecten van deze toetsingsingang zullen worden besproken onder Hoofdstuk I. Hierbij wordt aandacht besteed aan de beoordeling van het causaal verband tussen het beschermde kenmerk en de bestreden handeling en de problematiek van vergelijkbaarheid tussen de eiser en de persoon ten opzichte van wie hij zich benadeeld voelt.

789. **Rechtvaardiging.** Daarnaast is er de vraag naar de aanwezigheid van een objectieve en redelijke rechtvaardiging. Zoals hierboven herhaaldelijk werd benadrukt, vormt deze beoordelingsfase de meest geëigende gelegenheid tot het uitvoeren van een volwaardige belangenafweging in verzekeringsrelaties. In het Europese beschermingssysteem wordt deze fase van de beoordeling echter niet altijd in dezelfde mate mogelijk gemaakt. In bepaalde gevallen is geen rechtvaardiging mogelijk, in andere gevallen is rechtvaardiging wel mogelijk, maar enkel binnen de strikte contouren die de wetgever heeft voorzien. In nog andere gevallen, meestal beperkt tot gevallen van indirecte discriminatie, geldt een open rechtvaardigingsformule. In hoofdstuk II wordt een vereenvoudigd toetsingsmodel verdedigd dat is opgebouwd rond de open rechtvaardigingsformule van de artikel 19-Richtlijnen, zoals dat ook in de Belgische wetgeving werd opgenomen. In de beschrijving van dit meer algemene

toetsingsmodel zullen de verschillende elementen worden geïntegreerd op grond waarvan bij de beoordeling van discriminatie in verzekeringsrelaties een evenwichtige, maar ook kritische belangenafweging tot stand kan komen.

HOOFDSTUK I. TOETSINGSINGANG

790. **Overzicht. Causaliteit en vergelijkbaarheid.** Hierboven is reeds gebleken dat op het niveau van de toetsingsingang, de nadruk voornamelijk zal liggen op de vraag of er in het onderzochte geval sprake is van een benadeling *op grond* van een beschermd kenmerk, ten opzichte van een persoon die zich in *vergelijkbare* omstandigheden bevindt.

Indien bewijs wordt bijgebracht waaruit een causaal verband blijkt tussen het beschermde kenmerk en de bestreden handeling, of waaruit blijkt dat er sprake is van vergelijkbaarheid tussen de vergeleken situaties is er een *vermoeden van discriminatie*. De artikel 19-Richtlijnen (en in navolging daarvan ook de Belgische anti-discriminatiewetgeving), voorzien daarbij in een verdeling van de bewijslast. Wanneer feiten worden aangevoerd die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, zal de verweerder op zijn beurt dienen te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.[2281] Wanneer kan worden bewezen dat er *geen* causaal verband bestaat tussen het beschermd kenmerk of wanneer kan worden aangetoond dat het slachtoffer en de persoon ten opzichte van wij hij zich benadeeld voelt *onvergelijkbaar* zijn, kan er niet van discriminatie worden gesproken.

In de beoordeling van causaliteit en vergelijkbaarheid kan dus rekening worden gehouden met de standpunten van zowel eiser als verweerder. Op die manier is er op het niveau van de toetsingsingang reeds een zekere belangenafweging mogelijk. De manier waarop het onderzoek naar causaliteit en vergelijkbaarheid kan worden gevoerd in verzekeringsrelaties, zal aan de hand van een aantal voorbeelden worden uitgewerkt in een afdeling 1 (causaliteit) en 2 (vergelijkbaarheid).

[2281] Zie artikel 10 van de Rasrichtlijn, artikel 8 van de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 9 van de Genderrichtlijn. Zie ook artikel 4 van de Bewijslastrichtlijn. Zie voor België, §1 van artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, aritkel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet. Zie bv. voor Nederland, artikel 10 AWGB.

AFDELING 1. CAUSALITEIT TUSSEN BESCHERMD KENMERK EN BESTREDEN HANDELING

791. **Overzicht.** Zowel onder de artikel 19-Richlijnen als in de Belgische anti-discriminatiewetgeving geldt dat maar van discriminatie kan worden gesproken wanneer een persoon wordt benadeeld op grond van een beschermd kenmerk. Een handeling is niet discriminatoir louter omdat de eiser behoort tot een beschermde groep en beweert nadeel te hebben geleden. Er is pas discriminatie wanneer vast staat dat de betrokken partij benadeeld werd *omwille* van zijn handicap, leeftijd, geslacht, seksuele geaardheid, enz…

Om een beoordeling van dit causaliteitsvereiste mogelijk te maken, werden hierboven een aantal methodes aangestipt aan de hand waarvan een vermoeden van discriminatie kan worden vastgesteld, zonder daarvoor de werkelijke motieven te moeten nagaan van de verweerder. Gedoeld wordt op de zogenaamde patroonmethode en de *but-for* analyse.[2282] Onder §1 van deze afdeling wordt verduidelijkt op welke manier deze methodes kunnen toegepast worden om een vermoeden van discriminatie aan te tonen in verzekeringsrelaties.

Onder §2 wordt vervolgens aangetoond dat de verzekeraar in een discriminatie-geschil eveneens bewijs kan (en in het kader van de verdeling van de bewijslast zelfs moet) bijbrengen waaruit blijkt dat de bestreden handeling *niet* gebaseerd was op het bestreden kenmerk. Daarbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de hypothese waarin de verzekeraar bewijs bijbrengt waaruit blijkt dat zijn segmentatiebeleid geheel terug te voeren is op andere redenen dan het beschermde kenmerk en anderzijds de hypothese waarin de verzekeraar bewijst dat zijn differentiatiebeleid slechts voor een bepaald gedeelte tot dergelijke kenmerken kan worden teruggebracht.

§ 1. Aantonen van causaliteit

792. **Openlijk v. niet openlijk gebruik van de beschermde discriminatiegrond.** Zoals ook hoger reeds werd gesuggereerd, zal het gebruik van een beschermde discriminatiegrond zoals leeftijd of geslacht in het differentiatiebeleid van de verzekeraar in de meeste gevallen goed zichtbaar zijn. Bij het uitvoeren van simulaties in bv. schuldsaldoverzekeringen merkt men tradtioneel dat het te betalen premiebedrag zal verschillen naargelang men aangeeft man of vrouw te zijn. In motorrijtuigenverzekering zal de premie voor personen ouder of jonger dan 26 jaar eveneens aanmerkelijk verschillen.[2283] In deze gevallen zal het niet moeilijk zijn om een causaal verband vast te stellen tussen het geslacht, resp. de leeftijd en de bestreden benadeling. De benadeling gebeurt hier openlijk, in de vorm van een hogere premie. Er zijn echter gevallen denkbaar waarbij het effect van het gebruikte onderscheidingscriterium op de premiezetting onzichtbaar blijft. Hierbij kan worden gedacht aan het voorbeeld waarbij men

[2282] Cf. *supra* nrs. 415-416.

[2283] Verbruikersvereniging Test-Aankoop stelde op basis van een marktonderzoek in omnium-verzekering vast dat een 26-jarige 1,5 keer meer premie betaalt dan een 46-jarige. Een 22-jarige betaalt tot twee keer meer dan een 46-Jarige. Zie TEST-ACHATS, “Assureur direct? Oui mais!”, *Budget & Droits* Januari-Februari 2010, afl. 208, 41.

aangeeft te lijden aan een voorafbestaande ziekte of handicap. In het uiteindelijke verzekeringsvoorstel van de verzekeraar zal niet blijken in welke mate deze omstandigheid heeft doorgewogen in de premieberekening. Om in dergelijke situaties toch te kunnen nagaan of de bestreden behandeling gebaseerd was op een beschermde discriminatiegrond, kan beroep worden gedaan op de zogenaamde patroonmethode of op de zogenaamde *but-for* analyse.

A. "Patroonmethode" in verzekeringsrelaties

793. **Patroon van systematische benadeling.** Hoger werd reeds toegelicht dat in gevallen waarbij het criterium op grond waarvan onderscheid wordt gemaakt moeilijk opspoorbaar is, het slachtoffer kan trachten om een bepaald patroon aan te tonen van systematische benadeling van een bepaalde groep.[2284] Hierbij kan dan worden teruggevallen op statistieken, maar bv. ook op andere vaststaande feiten zoals los van elkaar staande meldingen bij instellingen zoals (in België) het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding.[2285]

794. **Voorbeeld: het gebruik van geslacht in de arbeidsongeschiktheidsverzekering.** Een goed voorbeeld van een toepassing van het gebruik van de patroonmethode in verzekeringsrelaties kan worden gevonden in CGB-oordeel 2004-37.[2286] In deze zaak moest de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling oordelen of een verzekeraar in strijd met de AWGB handelde door op grond van statistieken slechts compensatie te bieden voor arbeidsinkomensverlies tot de 55ste verjaardag van een persoon die bij een auto-ongeval een whiplash-trauma had opgelopen en volledig was afgekeurd voor werk. Er was in dit geval geen openlijk gebruik van het geslachtscriterium, waardoor het moeilijker was om een causale relatie aan te tonen tussen het geslacht en de ongelijke behandeling. Nu echter bewijs werd aangebracht dat bij de schadeberekening statistieken waren gebruikt waaruit de afname van de arbeidsparticipatie van vrouwen na hun 55ste levensjaar bleek, nam de CGB het vermoeden aan dat het geslacht van verzoekster wel degelijk een rol had gespeeld. Omdat de WAM-verzekeraar er vervolgens niet in slaagde het bewijs te leveren dat die gegevens geen rol hadden gespeeld (verdeling van de bewijslast) stelde de CGB een verboden onderscheid vast op basis van geslacht bij het berekenen van de inkomensschade.[2287]

B. *But for* -analyse in verzekeringsrelaties

795. **Band met vergelijkbaarheid.** Een andere bewijsmethode waarop beroep kan worden gedaan om de causaliteit op te sporen tussen het beschermde kenmerk en de bestreden handeling is de zogenaamde *but-for* test. Deze wordt voornamelijk in de Britse anti-discriminatierechtspraak aange-

---

[2284] Zie reeds *supra* nr. 415, met verwijzing naar C. BAYART, *o.c.*, 334 en de rechtspraak van het Hof van Justitie, o.m. in H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199, ov. 13.

[2285] Zie telkens §2, 1° van Artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet.

[2286] CGB Oordeel 2004-37, *http://www.cgb.nl/opinion.php?id=453055345*.

[2287] Zie voor een verder commentaar S.D. BURRI & E. CREMERS-HARTMAN, "Geslacht" in S. D. BURRI (ed.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer, Kluwer, 2005, 49.

wend, maar er zijn ook sporen van zichtbaar in de rechtspraak van het Hof van Justitie[2288] en de Belgische anti-discriminatiewetgeving.[2289] Deze test komt er zoals hierboven reeds toegelicht, op neer dat men zich afvraagt of "*the defendant would have treated the claimant so but for the protected ground*".[2290] Men vraagt zich af of de verweerder een betere behandeling zou hebben gegeven aan de benadeelde partij, indien deze partij geen drager was geweest van het beschermd kenmerk.[2291] Hiertoe wordt een referentiepersoon gezocht die zich, los van het beschermde kenmerk, in vergelijkbare omstandigheden bevindt als de benadeelde.[2292] Blijkt dat deze referentiepersoon een betere behandeling geniet dan de benadeelde, is de causale relatie bewezen.

796. **Seksuele voorkeur en gezinspremiekorting: de *Hope & Brown*–case.** Een voorbeeld waarbij gebruik kon worden gemaakt van de *but-for* test in verzekeringsrelaties wordt gevonden in de Australische zaak *Hope & Brown* v. *NIB Health Funds Ltd*.[2293] Het betrof een geval waarbij het Australische *New South Wales Equal Opportunity Tribunal* zich diende uit te spreken over een vermeende discriminatie op grond van seksuele geaardheid.[2294] *NIB Heath Funds*, een Australische private ziektekostenverzekeraar, had geweigerd om een zogenaamde gezinspremiekorting (*concessional family rate)* toe te staan aan twee samenwonende homoseksuele mannen die samen de biologische zoon van één van hen opvoedden. De gezinspremiekorting was enkel van toepassing op "*spouses*" of zogenaamde "*dependants*". Omdat volgens de verzekeraar geen van de twee mannen als dusdanig kon worden gekwalificeerd, konden zij geen aanspraak maken op het verminderde tarief. De invulling die

---

[2288] Cf. *supra* nr. 416, voetnoot nr. 1271, met verwijzing naar Advocaat-Generaal LENZ, conclusie van 14 juli 1993 voor H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 24-25; H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 61; H.v.J. 1 april 2008, *Tadao Maruko/Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 69-73.

[2289] Cf. *supra* nr. 416, voetnoot nr. 1275, met verwijzing naar §2, 2° van Artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet.

[2290] Cf. *supra* nr. 416, voetnoot nr. 1268, met verwijzing naar o.m. House of Lords 23 februari 1998, *R. v. Birmingham City Council, ex parte Equal Opportunities Commission*, *Industrial Relations Law Reports* 1989, 173.

[2291] Cf. *supra* nr. 416.

[2292] Het betreft een toepassing van de zgn. *eliminatiemethode* die is ingeschreven in de Belgische anti-discriminatiewetgeving en die erop neerkomt dat men door de vergelijkbaarheid van de situaties aan te tonen factoren elimineert die niets met het beschermde kenmerk te maken hebben, waardoor het beschermde kenmerk als enige verklarende factor overblijft. Cf. *supra* nr. 416, voetnoot nr. 1275, met verwijzing naar §2, 2° van artikel 28 van de Algemene anti-discriminatiewet, artikel 33 van de Genderwet en artikel 30 van de Anti-racismewet. Zie eveneens Verslag Libert, *l.c.*, 75-76; C. BAYART, *o.c.*, 334-335.

[2293] Zie New South Wales Equal opportunity Tribunal 1995, *Hope & Anor* v. *NIB Health Funds Ltd.*, *Australian and New Zealand Insurance Cases* 1995, 76, ov. 15. Zie voor een bespreking M. KIRBY, "Same-sex relationships: an Australian perspective on a Global Issue", in R. WINTEMUTE en M. ANDENAES, *Legal recognition of same-sexpartnerships*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 12; P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 287; G.-M. GOEDHART, *Equality legislation: implications for insurers*, Pretoria, UNISA, agustus 2005, 23; AUSTRALIAN LAWYERS FOR HUMAN RIGHTS, "Same-sex entitlements: supplementary submission to the Human Rights and Equal Opportunity Commission", http://www.hreoc.gov.au/human_rights/samesex/inquiry/submissions/286a.doc, 2; A. CHAPMAN, "The messages of subordination contained in anti-discrimination statutes", in G. MASON en S. TOMSEN (eds.), *Homophobic violence,* Sidney, The Hawkins Press, 71.

[2294] Die ook onder de Kaderrichtlijn arbeid en het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid als een verboden discriminatiegrond geldt, *cf. supra* nr. 96.

door de verzekeringsmaatschappij werd gegeven aan de term "*dependant*" was volgens het *Equal Opportunities Tribunal* echter veel te eng. Zij was te zeer gericht op financiële afhankelijkheid in de klassieke zin van het woord, waarbij de ene partner een loon verdient en de andere niet.[2295] Volgens de verzekeraar was de homoseksulateit van de eisers nochtans op geen enkele manier een bepalende factor geweest in de beslissing om hen uit te sluiten van de premiekorting. Het *Equal Opportunities Tribunal* oordeelde echter dat de verzekeraar rekening had moeten houden met de argumenten van de eisers waarbij zij aantoonden zich in een wederzijdse financiële afhankelijkheidsrelatie te bevinden: zij beschikten over een gezamenlijke hypotheek, gezamenlijke bankrekeningen en waren samen eigenaar van een wagen. Bovendien waren zij ook emotioneel afhankelijk van elkaar. Op grond van een eenvoudige *but for* -redenering kwam het *Tribunal* tot het besluit dat er sprake was van discriminatie *op grond van* seksuele voorkeur. Er werd namelijk geoordeeld dat indien één van de eisende partijen een persoon was geweest van het andere geslacht, die met de ander samenwoonde *onder dezelfde omstandigheden*, de gezinspremiekorting wél zou zijn toegekend. Voor het *Equal opportunities Tribunal* was de homosexualiteit van de eisers dus wel degelijk de bepalende factor in de beslissing om hen de premiekorting toe te kennen. Hierdoor was er sprake van (*prima facie*) discriminatie.[2296]

797. **Seksuele voorkeur en weduwnaarspensioen. *Maruko*-case voor het Hof van Justitie.** Vergelijkbaar met het geschil dat ten grondslag lag aan de zaak *Hope & Brown* v. *NIB Health Funds Ltd* , zijn de feiten in de recente zaak *Maruko* voor het Hof van Justitie.[2297] Ter discussie stond het reglement van een Duitse pensioeninstelling[2298] (de *Versorgungsanstalt der Deutsche Bühnen* of kort *VddB*) die belast was met het beheer van een aanvullende pensioenregeling voor theaterpersoneel. Dit reglement voorzag in de uitkering van een weduwe- of weduwnaarspensioen voor respectievelijk de echtgenote of de echtgenoot van de aangeslotene, op voorwaarde dat het "huwelijk" op de dag van overlijden van de verzekerde nog in stand was. Door deze strikte formulering werden levenspartners (in de zin van de Duitse wet inzake geregistreerd partnerschap) van een nabestaandenuitkering uitgesloten. De heer Maruko was de levensgezel van een man die als ontwerper van theaterkostuums bij de *VddB* was aangesloten. Toen zijn partner in 2005 overleed, stelde hij een aanvraag in bij de VddB vooor het verkrijgen van een weduwnaarspensioen. Omdat het reglement niet voorzag in de nabestaandenuitkering aan partners van een geregistreerd partnerschap, werd de aanvraag afgewezen.

[2295] J. MILLIBANK, "Which, then, would be the 'husband' and which the 'wife'? Some introductory thougts on contesting 'the family' in Court", *E-law* 1996*,* afl. 3, *http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v3n3/millbank.html,* randnr. 20.

[2296] Deze uitspraak werd later bevestigd door het New South Wales Supreme Court, zie Supreme Court of New-South Wales 15 november 1996, *niet gepubliceerd en geciteerd in* M. KIRBY, *l.c.*, 12.

[2297] H.v.J. 1 april 2008, *Tadao Maruko/ Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757. Zie voor een commentaar, P.DOYEN, "Mariage, partenariat, cohabitation et compagnie", *Forum de l'assurance* 2009, afl. Maart, 45-49; L. SOMMERIJNS, "Pensions complémentaires – les cohabitants légaux et les mariés doivent être traités de la même manière", *Life & Benefits* 2009, afl. 5, 6-8; J.-M. BINON, "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *l.c.*,17; C. BAYART en C. DEITEREN, "Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras- en Kaderrichtlijn", *l.c.*, 55-56.

[2298] Weliswaar in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon.

Omdat homoseksuele partners in Duitsland niet kunnen huwen, maar enkel kunnen kiezen voor het (sterk-vergelijkbare) geregistreerde partnerschap, rees de vraag of er sprake was van een directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de zin van de Kaderrichtlijn arbeid. Volgens Advocaat-Generaal COLOMER kon er in dit geval niet worden gesproken van directe discriminatie op grond van seksuele voorkeur, daar de niet-toekenning van het nabestaandenpensioen niet *gebaseerd was* op de seksuele geaardheid van de betrokkene.[2299] Volgens de Advocaat-Generaal was er wel nog steeds sprake van een geval van indirecte discriminatie. Het Hof van Justitie gaat echter niet akkoord met de door de Advocaat-Generaal gesuggereerde kwalificatie en bestempelt de aan het geschil ten grondslag liggende feiten als een geval van *directe* discriminatie. Het Hof stelt vast dat huwelijk en geregistreerd partnerschap steeds meer op elkaar zijn gaan lijken, waardoor nabestaande levenspartners, wat de nabestaandenuitkering betreft, in een vergelijkbare situatie verkeren als nabestaande echtgenoten. Doordat het *VddB*-reglement alleen nabestaande echtgenoten voor de nabestaandenuitkering in aanmerking liet komen en deze uitkering aan nabestaande levenspartners werd geweigerd, was er volgens het Hof sprake van directe discriminatie op grond van seksuele voorkeur.[2300] Net zoals in de bovenstaande zaak *Hope & Brown* v. *NIB Health Funds Ltd.* kon het Hof vaststellen dat het betrokken voordeel wel zou zijn toegekend indien één van de eisende partijen een persoon was geweest van het andere geslacht, die met de ander samenwoonde onder dezelfde omstandigheden.[2301] Ook al was er geen openlijk gebruik van de discriminatiegrond seksuele voorkeur, toch kon op grond van een *but for* -test een causale relatie tussen de beschermde grond en de bestreden handeling worden vastgesteld.

798. **Toepassing op gezondheidstoestand in schuldsaldoverzekering.** Hoger werd reeds opgemerkt dat het in verzekeringsovereenkomsten waar voorafgaand aan het sluiten van de polis wordt gevraagd naar een voorafbestaande gezondheidstoestand, vaak niet duidelijk is welke impact deze voorafbestaande toestand heeft op de uiteindelijke premiezetting. Dit maakt het bewijs van een causaal verband tussen gezondheidstoestand en de hogere premie niet eenvoudiger. Neem het voorbeeld van een persoon die een schuldsaldoverzekering wil afsluiten en in de medische vragenlijst aangeeft aan een zeldzame darmaandoening te leiden. De verzekeraar kan van oordeel zijn dat deze ziekte een verhoogde kans op sterfte vormt en een bijpremie aanrekenen. Omdat het gaat om een zodanig specifiek gezondheidsbeeld, eigen aan een individuele verzekerde, zal het in dergelijke gevallen niet eenvoudig zijn om bewijs te vinden van een zgn. “patroon van systematische benadeling” bij andere (kandidaat-)verzekerden. In dat geval zou de causale relatie tussen de gezondheidstoe-

---

[2299] Advocaat-Generaal COLOMER, conclusie van 6 september 2007, voor H.v.J. 1 april 2008 *Tadao Maruko/ Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 96-97.

[2300] H.v.J. 1 april 2008 *Tadao Maruko/ Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 69-73. BAYART en DEITEREN leiden uit deze rechtspraak af dat het voor de vaststelling van directe discriminatie in ieder geval niet noodzakelijk is dat er sprake is van een *rechtstreeks* oorzakelijk verband. Zie C. BAYART en C. DEITEREN, “Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras- en Kaderrichtlijn”, *l.c.*, 55-56.

[2301] H.v.J. 1 april 2008 *Tadao Maruko/ Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 73.

stand of de fysieke eigenschap[2302] wel kunnen blijken op basis van een *but-for* analyse. Indien een referentiepersoon wordt gevonden die een lagere premie betaalt als de eiser en die zich los van de zeldzame aandoening, in vergelijkbare omstandigheden bevindt, kan een vermoeden van discriminatie worden vastgesteld. In dat geval staat immers vast dat indien de benadeelde niet aan de betrokken darmaandoening had geleden, hem geen bijpremie zou zijn aangerekend.[2303]

§ 2. Weerleggen van causaliteit

799. **Inhoud en functie.** Hierboven werd er reeds op gewezen dat het weerleggen van de causaliteit tussen het beschermde kenmerk en de nadelige behandeling voor de vermeende discriminator een belangrijk verweermiddel vormt voor de verzekeraar. De verzekeraar die kan aantonen dat aan de nadelige behandeling andere oorzaken dan het beschermde kenmerk ten grondslag liggen, kan het oorzakelijk verband tussen het beschermde kenmerk en de nadelige behandeling weerleggen, waardoor het vermoeden van discriminatie kan worden weerlegd.[2304]

800. **Overzicht.** In de bespreking van de manier waarop de verzekeraar beroep zou kunnen doen op eventuele achterliggende redenen die aan het gebruik van het beschermd kenmerk ten grondslag liggen, kan gebruik worden gemaakt van twee hypotheses.

Ten eerste is er de situatie waarbij de verzekeraar wil aantonen dat de benadeling zoals ze heeft plaatsgevonden helemaal niets van doen had met het beschermde kenmerk en dus geheel terug te voeren is op andere redenen. (A)

Ten tweede is er de situatie waarbij de verzekeraar kan aantonen dat de benadeling slechts voor een gedeelte gebaseerd is op neutrale factoren maar voor een stuk nog altijd gebaseerd is op het beschermd kenmerk. Dit geval kan worden benoemd als de hypothese van de zogenaamde *mixed motive decisions* (B).

Onder C zal tenslotte worden onderzocht in welke mate de verzekeraar een doorkruising van het oorzakelijk verband tot stand zou kunnen brengen door te beweren dat het onderscheid niet gebaseerd is op een beschermde discriminatiegrond, maar wel op *verhoogd risico.*

[2302] Deze persoonskenmerken worden in de Belgische anti-discriminatiewetgeving gezien als beschermde discriminatiegronden. Zie artikel 3 van de Algemene anti-discriminatiewet. Zie voor een mogelijke uitbreiding naar de discriminatiegrond “gewezen gezondheidstoestand”, *supra* nrs. 198-199.

[2303] Uit het hierboven beschreven voorbeeld blijkt het gebruik van de *but-for* test nu wel niet geheel probleemloos te kunnen worden toegepast. Hoe moet immers worden beoordeeld of de benadeelde die wel lijdt aan de aandoening en de referentiepersoon die daar niet aan lijdt, zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden? De verzekeraar zal immers willen aantonen dat de persoon met de darmaandoening omwille van zijn verhoogd gezondheidsrisico een verhoogde sterftekans lijdt en dus niet vergelijkbaar is met de persoon zonder de darmaandoening. Zie voor de beoordeling van deze (on)vergelijkbaarheid, *infra* nrs. 815 e.v., meerbepaald 818 en 822-824.

[2304] Cf. *supra* nrs. 419 e.v.

A. Segmentatie is geheel terug te voeren op andere redenen

801. **Principe.** Zoals hierboven reeds werd toegelicht, is zeer duidelijk gebleken uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat een verschil in behandeling of een benadeling kan worden "*gerechtvaardigd met objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van* [het beschemde kenmerk]."[2305] Het aantonen van dergelijke factoren kan het causaal verband tussen het beschermde kenmerk en de nadelige behandeling doorbreken en op die manier het gewekte vermoeden van discriminatie weerleggen. Het betreft hier geen rechtvaardiging in de klassieke zin van het woord, maar wel de mogelijkheid om aan de hand van een feitelijke beoordeling in de toetsingsingang te kunnen nagaan of de bestreden handeling onder het discriminatieverbod valt.

802. **Voorbeeld: wachttermijn van negen maanden in de arbeidsongeschiktheidsverzekering.** Een goed voorbeeld waarbij een verzekeraar met succes een beroep kon doen op de afwezigheid van een causale relatie tussen het geslacht en de ongelijke behandeling, is terug te vinden in de rechtspraak van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling.[2306] De CGB diende te oordelen over de vraag of onderscheid werd gemaakt op grond van geslacht door een dame niet in aanmerking te laten komen voor een zwangerschapsuitkering, omdat zij *op het moment van het aangaan* van de arbeidsongeschiktheidsverzekering zwanger was. De verzekeraar verweerde zich in deze zaak door te stellen dat bij het aangaan van verzekering sprake moet zijn van "*enige mate van onzekerheid*" (zoals dit ook gevraagd wordt door artikel 7:925 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek)[2307]. De beslissing van de verzekeraar om niet uit te keren was aldus gebaseerd op het ontbreken van dit onzeker element en had niets te maken met het geslacht of de zwangerschap van de dame in kwestie. De CGB gaf de verzekeraar op dit vlak gelijk door te oordelen dat het vereiste van onzekerheid inderdaad een wezenlijk element is van de verzekering. Het feit dat alleen vrouwen zwanger kunnen worden, brengt volgens de CGB niet met zich dat verweerster geen consequenties mag verbinden aan het ontbreken van het essentiële kenmerk van de verzekering, te weten onzekerheid.[2308]

803. **Wachttermijn van negen maanden in hospitalisatieverzekering.** Uit deze rechtspraak kan men afleiden dat het opnemen van een wachttermijn van 9 maanden in de verzekeringspolis die ertoe leidt

---

[2305] Zie H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 62; H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthys/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, 1275, ov. 12. Zie *supra* nr. 420.

[2306] CGB Oordeel 2006-44, *http://www.cgb.nl/oordeel/2006-44*. Voor een eerdere bespreking, zie Y. THIERY, "Het Europees geslachtsdiscriminatieverbod in verzekering: status quo of nieuwe injectie?", *l.c.*, p. 286, nr. 25.

[2307] Dit artikel definieert "verzekering" als "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 duren."

[2308] Vergelijk in dit verband de opmerking van WANSINK waarbij hij stelt dat in het geval de aanvraagster zwanger is op het moment van aangaan van de verzekering, nog altijd sprake is van voldoende onzekerheid in de zin van 7:925 van het Nederlands BW, omdat er op dat moment niet vaststaat dat er daadwerkelijk een bevalling zal plaatsvinden. Zie J.H. WANSINK, "Ongelijke behandeling m/v bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen – Advies in opdracht van de CGB", *http://www.cgb.nl/_media/downloadables/Advies_Wansink.pdf* 2007, 5. Het is dan ook gevaarlijk om te stellen dat een wachttermijn van negen maanden *nooit* strijdig kan zijn met het discriminatieverbod.

dat een vrouw pas na verloop van deze termijn recht maakt op eventuele uitkeringen als gevolg van zwangerschap, wellicht niet strijdig is met het geslachtsdiscriminatieverbod. Tot een gelijkaardige conclusie kwam de Belgische Ombudsman van de Verzekeringen in een zaak waarbij een mevrouw een hospitalisatieverzekering onderschreef en zeven maanden na de ondertekening van haar overeenkomst beviel van haar kind. De vrouw vroeg de terugbetaling van de hospitalisatiekosten voor deze bevalling. Ondanks het feit dat de wachttijd van negen maanden niet was bedongen in de verzekeringspolis[2309] weigerde de verzekeringsonderneming tussenkomst. Deze weigering werd door de verzekeraar gemotiveerd door het feit dat er reeds een "*gekende toestand*" was op het moment dat de polis werd onderschreven. De ombudsman stelt dat er goed aan gedaan is de wachttermijn van negen maanden te schrappen daar een dergelijke clausule reeds *an sich* een schending zou uitmaken van de geldende anti-discriminatiewetgeving.[2310] Toch geeft zij de verzekeraar gelijk en erkent hiermee dat de algemene verzekeringsprincipes steeds van toepassing blijven. Ze verwijst daarbij naar artikel 1[2311] en artikel 138*bis*-5[2312] van de W.LVO waaruit kan worden afgeleid dat

> *"een verzekeringscontract enkel toekomstige en onzekere gebeurtenissen [dekt], waarvan het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan na de inwerkingtreding van het contract."*[2313]

804. ***But-for* analyse leidt tot zelfde resultaat.** Dat de beslissing van de verzekeraar om in de hierbij besproken gevallen niet uit te keren gebaseerd is op het ontbreken van een onzeker element en *niets van doen heeft* met het geslacht of de zwangerschap zou door de beoordelaar van het geschil eveneens kunnen worden vastgesteld op grond van de hierboven besproken *but-for* test. De rechter kan hierbij nagaan of de verzekeraar ook aan een mannelijke verzekeringnemer in vergelijkbare omstandigheden zou hebben geweigerd om tussen te komen. Hoewel een man niet zwanger kan worden, kan ook hij zich in een situatie bevinden waarbij ten tijde van het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst reeds met zekerheid vaststaat dat het schadegeval zich zal voordoen. Denk aan het geval van voorafbestaande ziektes, die op korte termijn kunnen leiden tot arbeidsongeschiktheid en die op het moment van verzekering reeds waren gediagnosticeerd. Rekening houdend met deze hypothese

---

[2309] Als gevolg van de inwerkingtreding van de Belgische Genderwet, die iedere discriminatie op grond van zwangerschap verbiedt (Zie artikel 4, §1, *jcto.* Artikel 8 van de Genderwet en sinds de Gender-wijzigingswet eveneens artikel 10, §2 van de Genderwet. Voor een bespreking, zie *infra* nr. 524) hebben volgens de Ombudsman de meeste Belgische verzekeringsmaatschappijen de wachttermijn van negen maanden geschrapt. Zie OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2008, l.c.*, 78-79.

[2310] Strikt genomen zou een dergelijke schrapping, gezien de weerleggingsmogelijkheid zoals geïllustreerd in het het hierboven geciteerde Nederlandse voorbeeld, zelfs niet nodig zijn.

[2311] In Artikel 1, A van de W.LVO wordt aan het begrip "verzekeringsovereenkomst" net zoals in het Nederlands Burgerlijk Wetboek, de typische eigenschap toegekend van de "onzekere gebeurtenis" als voorwaarde voor een prestatie van de verzekeraar.

[2312] In artikel 138*bis*5 van de W.LVO wordt het principe uiteengezet dat indien de symptomen van de ziekte of aandoening zich reeds hebben gemanifesteerd op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst (hetgeen in het geval van de zwangerschap het geval was), de verzekeraar zich na het sluiten van de overeenkomst op het onopzettelijk verzwijgen of onjuist mededelen kan beroepen en de dekking aldus kan weigeren. De regel uit artikel 138*bis*-5 spruit voort uit het feit dat van de verzekeraar niet kan worden verwacht dat hij dekking biedt tegen risico's die zich reeds hebben gemanifesteerd.

[2313] OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2008, l.c.*, 79.

zal de verzekeraar kunnen aantonen dat hij in een dergelijk geval *eveneens* zou hebben besloten tot een uitkeringsweigering. Het vereiste van onzekerheid bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst geldt immers voor beide geslachten, waardoor de beslissing om niet uit te keren inderdaad niet gebaseerd kan zijn op het geslacht.

B. Mixed-ground decisions: segmentatie is voor een gedeelte terug te voeren op andere redenen

805. **De invloed van neutrale risico-factoren.** Zoals hierboven reeds werd gesuggereerd, is het voor de verzekeraar van belang om te weten of hij zich in een discriminatieclaim kan verweren door aan te tonen dat het beschermde criterium niet uitsluitend, maar samen met andere oorzaken aan de basis lag van de bestreden handeling of benadeling.[2314] Zo zal het bepalen van de hoogte van een verzekeringspremie meestal niet alleen afhangen van een verboden discriminatiegrond zoals leeftijd, geslacht of handicap. Ook andere, meer neutrale oorzaken kunnen meespelen. Denk aan factoren ter indicatie van levensstijl in levensverzekering (bv. body-mass index, rookgedrag, eetgewoontes,) of factoren ter indicatie van rijgedrag in motorrijtuigenverzekering (bv. bonus-malusgraad, verbruik en/of vermogen van de wagen, gegevens afkomstig van een zgn. "zwarte doos"[2315]).

806. **Beschermde grond niet de *enige* reden: oorzakelijk verband niet doorkruist.** Hiervoor werd reeds toegelicht dat voor de beoordeling van dergelijke gevallen van *mixed ground decisions* een leidraad kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Dekker*. In deze zaak stelt het Hof vast dat als de voornaamste reden voor de nadelige behandeling een reden is die uitsluitend voor een van beide geslachten geldt, er sprake is van discriminatie.[2316]

Hieruit blijkt in ieder geval dat het voor de *vaststelling* van discriminatie niet noodzakelijk is dat het beschermde criterium de *enige* oorzaak is van de bestreden behandeling. Indien er andere oorzaken zijn die eveneens aan deze behandeling ten grondslag liggen, kán er nog altijd sprake zijn van discriminatie. Zo zal een motorrijtuigenverzekeraar die in zijn premiezetting naast leeftijd en geslacht ook rekening houdt met een bonus-malusgraad of het al dan niet veroordeeld zijn wegens dronken besturen, niet vanzelf kunnen beweren dat het causaal verband met de leeftijd en geslacht ontbreekt. Het vermoeden van discriminatie kan op die manier niet worden weerlegd.

807. **Beschermde grond niet de *voornaamste* reden: oorzakelijk verband wel doorkruist?** Uit de rechtspraak in *Dekker* zou nu echter eveneens kunnen worden afgeleid dat als de verboden discriminatiegrond niet de *voornaamste* reden is voor het verschil in behandeling en dit verschil voor het

---

[2314] Cf. *supra* nr. 422.

[2315] Zie in verband met het gebruik van een *black box* en zogenaamde *pay as you drive*-systemen, *infra* nrs. 908-909.

[2316] Cf. *supra* nr. 423, met verwijzing naar H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus,* C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10; zie ook H.v.J. 5 mei 1994, *Gabriele Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt*, C-421/92, *Jur.* 1994, I-1657, ov. 14; H.v.J. 19 november 1998, *Pedersen/ Fællesforeningen*, C-66/96, *Jur.* 1998, I-7327, ov. 35.

grootste deel wordt verklaard vanuit neutrale motieven, het oorzakelijk verband wél kan worden doorkruist. Zoals hierboven reeds werd beschreven is het echter twijfelachtig of (onder het toepassingsgebied van de artikel 19-Richtlijnen) tot een dergelijke gevolgtrekking kan worden besloten. In zijn conclusie bij de zaak *Coleman* wijst Advocaat-Generaal POIARES MADURO erop dat de gelijke waarde van elk mens erkennen[2317], betekent dat men *blind* moet zijn voor de door de Richtlijnen beschermde discriminatiegronden wanneer iemand een last wordt opgelegd of een voordeel wordt ontzegd.[2318] Deze kenmerken kunnen volgens de Advocaat-Generaal *geen enkele rol* spelen wanneer wordt uitgemaakt of het al dan niet juist is om iemand minder gunstig te behandelen.[2319]

808. **Voorbeeld: zwangerschapsdiscriminatie in de rechtspraak van de CGB.** De Nederlande Commissie Gelijke Behandeling lijkt in haar rechtspraak met betrekking tot zwangerschap in arbeidsdiscriminatiezaken alvast uit te gaan van de strenge houding die ook Advocaat-Generaal POIARES MADURO voorstaat. Voor de CGB kan er in ieder geval reeds sprake zijn van een ongelijke behandeling in de zin van de AWGB indien één van de verboden gronden mede een rol heeft gespeeld bij de bestreden ongelijke behandeling.[2320] De CGB is eveneens van mening dat indien zwangerschap niet de doorslaggevende reden is geweest om een zwangere kandidate niet te benoemen maar slechts één van de redenen, reeds in strijd met de wetgeving gelijke behandeling van mannen en vrouwen is gehandeld.[2321]

Ook in de gevallen waarbij een verweerder zich beroept op een wettelijke rechtvaardigingsgrond zal de CGB een (voor de verweerder) strenge houding aannemen ten opzichte van het causaliteitsvereiste. De CGB moest oordelen over een verschillende premie voor mannen en vrouwen in een overlijdensverzekering. Zij nam het feit dat de verzekeraar gemotiveerd had aangevoerd dat *uitsluitend* het verschil in levensverwachting het premieverschil tussen mannen en vrouwen had veroorzaakt én dat geen andere factoren aan dit premieverschil ten grondslag lagen, mee op in de motivering van haar uiteindelijke oordeel dat er geen verboden onderscheid was.[2322] Indien er, buiten de door het Nederlandse Besluit Gelijke Behandeling gedoogde verschil in premie op grond van levensverwachting[2323]

[2317] De Advocaat-Generaal erkent dat de waardigheid en autonomie van elk individu ten grondslag liggen aan de beschermingsgedachte van artikel 13 van het E.G.-Verdrag (artikel 19 Werkingsverdrag) en de Kaderrichtlijn arbeid. Zie Advocaat-Generaal van POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 10.

[2318] Ibidem.

[2319] *Ibidem*. Zie ook *supra* nr. 424, met verwijzing naar C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 201-202.

[2320] Zie J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, *o.c.*, 44-45, met verwijzing naar CGB Oordeel 1995-15.

[2321] CGB Oordeel 1995-15, *http://www.cgb.nl/oordeel/1995-15*.

[2322] CGB Oordeel 2007-160, *http://www.cgb.nl/oordeel/2007-160*.

[2323] Zoals hierboven reeds beschreven wordt in het Nederlands Besluit Gelijke Behandeling toegestaan dat in levensverzekering verschillen worden gehandhaafd in de premies voor mannen en vrouwen wanneer het verschil in levensverwachting het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt. Cf. *supra* nr. 497, met verwijzing naar artikel 1, h) van het Nederlands Besluit Gelijke Behandeling. Zie de vergelijkbare regeling in België in artikel 10 van de Genderwet, zoals ingevoerd door de Genderwijzigingswet (cf. *supra* nr. 498).

wél nog andere factoren ten grondslag zouden liggen aan de verschillende premiestelling, kan men aannemen dat er wel zou besloten zijn tot een verboden onderscheid.[2324]

809. **Ook een minieme invloed bevestigt het causaal verband.** Houdt de tendens in de Europese en nationale rechtspraak stand, zal dit voor de verzekeraar inhouden dat ook indien de beschermde discriminatiegrond slechts een minieme rol heeft gespeeld in zijn tariefdifferentiatiesysteem of acceptatiepolitiek, er een vermoeden van discriminatie blijft bestaan. Voor de oplossing om reeds te spreken van een causaal verband vanaf het moment dat er een *invloed* uitgaat van het beschermde kenmerk, hoe miniem ook, valt zeker wat te zeggen. De meer soepele houding om slechts te besluiten tot directe discriminatie indien enkel de voornaamste reden voor de bestreden behandeling een beschermde discriminatiegrond is, zou er namelijk toe leiden dat de verzekeraar *kunstmatig* de invloed van beschermde criteria op de premie laag kan houden. Dat zou neerkomen op een omzeilingsmogelijkheid van het discriminatieverbod en dit via een technische bewijsvoering die door het slachtoffer van discriminatie nauwelijks zou kunnen worden weerlegd. Het valt dan ook ten sterkste te betwijfelen dat de rechter het argument van de niet-voornaamste reden zal willen aanvaarden als een manier om het vermoeden van discriminatie tegen te spreken.

C. Weerlegging van het causaal verband aan de hand van "verhoogd risico"

810. **Verdere belangenafweging in de causaliteitsbeoordeling.** Uit de hiervoorgaande bespreking is gebleken dat een mogelijke weerlegging van het oorzakelijk verband (het best) kan gebeuren aan de hand van bewijs waaruit blijkt dat het differentiatiebeleid exclusief gebaseerd is op objectieve factoren die volledig vreemd zijn aan de beschermde discriminatiegrond.[2325] Indien deze formule wordt toegepast op verzekeringsrelaties, rijst de vraag hoe breed zij precies kan worden geïnterpreteerd. Onder dit punt zal worden onderzocht of de verzekeraar die in zijn differentiatiebeleid gebruik maakt van een beschermde discriminatiegrond, op basis van deze weerleggingsmogelijkheid kan argumenteren dat het bestreden segmentatiebeleid niet gebaseerd is op één van de beschermde discriminatiegronden, maar wel op de vaststelling dat de kandidaat-verzekerde een *verhoogd risico* vormt.

In de hogerbeschreven rechtspraak van de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling bleek de rechter reeds bereid te zijn om te aanvaarden dat een wachttermijn van 9 maanden vreemd was aan de beschermde discriminatiegrond zwangerschapscriterium en dat de eigenlijke oorzaak diende te worden gezocht in het algemene verzekeringsprincipe dat zekere gebeurtenissen niet kunnen worden gedekt.[2326] Men kan oordelen dat het op basis van een dergelijke redenering slechts een kleine stap is om te aanvaarden dat het bestreden segmentatiebeleid niet gebaseerd is op een beschermd ken-

---

[2324] Voor een eerdere bespreking, zie Y. THIERY, "Het Europees geslachtsdiscriminatieverbod in verzekeringen: receptie en (anti-)conceptie in het lidstatelijke recht", *http://www.rechten.unimaas.nl/iuscommune/prize/pdf/2008_Thiery.pdf* 2008, 22.

[2325] Cf. *supra* nr. 420, met verwijzing naar H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 62; H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthys/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, 1275, ov. 12.

[2326] Cf. supra nr. 802, met verwijzing naar CGB Oordeel 2006-44, *http://www.cgb.nl/oordeel/2006-44*.

merk, maar wel op de noodzaak om in het verzekeren van risico's steeds rekening te houden met de *hoogte van het risico*. Een dergelijke beoordeling zal wellicht meer op zijn plaats zijn in de beoordeling van de *rechtvaardiging* van de bestreden handeling in de klassieke zin van het woord. Nu een dergelijke rechtvaardiging niet altijd is toegelaten, zal de rechter die de legitieme belangen van de verzekeraar toch in zijn beoordeling wil betrekken, genoodzaakt zijn dit reeds te doen onder de toetsingsingang. Een dergelijke belangenafweging zou dan inderdaad kunnen plaatsvinden in het onderzoek naar het oorzakelijk verband.

811. **Vooroordelen en stereotypering vs. het gebruik van statistiek.** Verdergaand op de hypothese waarbij de rechtspraak het vermoeden van discriminatie weerlegbaar acht op grond van de argumentatie dat niet de beschermde discriminatiegrond de oorzaak was van de bestreden handeling, maar wel het verhoogde risico waaraan de te verzekeren persoon blootstaat, zal daarbij toch een belangrijke grens in het oog moeten worden gehouden. Het is namelijk een algemeen aanvaard principe dat het anti-discriminatierecht zich verzet tegen onderscheid dat gegrond is op het ongefundeerd toeschrijven van eigenschappen aan personen die lid zijn van een beschermde groep (vooroordelen, stereotypering).[2327]

> Zo werd hierboven beschreven dat het gebruik van vooroordelen en stereotypering in het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht worden gezien als een aantasting van het aan het gelijkheidsbeginsel ten grondslag liggend beginsel van de *menselijke waardigheid* en dus als een mogelijke inbreuk op het discriminatieverbod.[2328] Ook in de Europees-nationale rechtspraak worden vooroordelen en stereotypering beschreven als een vorm van discriminatie, hoewel daarbij niet noodzakelijk en expliciet beroep wordt gedaan op het concept menselijke waardigheid. Men koppelt deze concepten wél aan de inhoudelijke grenzen die moeten worden gesteld aan het verweer dat er geen causaal verband bestaat tussen het beschermde kenmerk en de ongunstige behandeling.[2329] Men houdt de regel aan dat een persoon die wil beweren dat een ongunstige behandeling niet gebaseerd was op een beschermd kenmerk, dit niet kan bewijzen door terug

---

[2327] In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat vooroordelen enerzijds en statistische discriminatie anderzijds, belangrijke bronnen van direct onderscheid vormen. Zie C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 196; C. BAYART, *o.c.*,116 met verwijzing naar M.A.J. LEENDERS, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 263-365; A. CHRISTENSEN, "Structural aspects of anti-discriminatory legislation and processes of normative change" in A. NUMHAUSER-HENNING (ed.), *Legal perspectives on Equal treatment and Non-Discrimination*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 40; P. FOUBERT, *The legal protection of the pregnant worker in the European Community, Sex equality, thoughts of social and economic policy and comparative leaps to the United States of America*, Proefschrift, KULeuven, 2002, 74-75. Zie ook M. BELL, "Direct discrimination", *l.c.*, 229; D. SCHIEK, "Freedom of contract and a non-discrimination principle - Irreconcilable antonyms?", *l.c.*, 84-85; D. SCHIEK, "Implementing EU non-discrimination directives – Typologies of legal transplanting", *l.c.*, 78.

[2328] Cf. *supra* nr. 454, met verwijzing naar o.m. Supreme Court of Canada 19 december 2002, *Gosselin v. Quebec (Attorney-General)*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 429, ov. 231, 235 en 237; Supreme Court of Canada 19 december 2002, *Nova Scotia (Attorney-General)* v. *Walsh*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 325, ov. 79 en 93; Constitutional Court of South Africa 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 132; Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 41 en 80. Zie ook D. RÉAUME, "Discrimination and dignity", *l.c.*, 672 en 686-687; D.R. MOREAU, *l.c.*, 297 en 307-308; J. SMALL en E. GRANT, *l.c.*, 41.

[2329] Zie in deze zin, C. BAYART, *o.c.*, 116, met verwijzing naar A. MCCOLGAN, *Discrimination law, text cases and materials*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 40-42; R TOWNSHEND-SMITH, *Discrimination Law: Text, cases and materials*, Londen, Cavendish Publishing Limited, 1998, 147.

te vallen op het feit dat hij *veronderstelde* dat personen van een bepaalde leeftijd, geslacht, ras, enz… bepaalde karakteristieken deelden die voor de verweerder de eigenlijke grondslag voor de nadelige behandeling uitmaakten.[2330]

Toegepast op verzekeringsrelaties wil een dergelijke houding ten opzichte van stereotypering en vooroordelen zeggen dat de verzekeraar zijn differentiatiebeleid niet kan verantwoorden aan de hand van de redenering dat hij *veronderstelde* dat personen die drager zijn van een beschermd kenmerk, *ipso facto* een verhoogd risico vormen. Toch moet worden toegegeven dat de verzekeraar zich hier in een bijzondere positie bevindt. De toeschrijving van groepseigenschappen aan een individueel persoon gebeurt in verzekeringsrelaties in de meeste gevallen *niet* ongefundeerd maar wel degelijk op basis van statistische gegevens die duidelijk aantonen dat de toeschrijving van deze eigenschappen niet zomaar uit de lucht gegrepen is. Indien dergelijke statistische gegevens worden bijgebracht zou het causaal verband eventueel toch kunnen worden weerlegd.

812. **Afwezigheid van statistiek.** Wanneer *geen* statistisch bewijsmateriaal wordt bijgebracht dat een hoger risico aantoont voor de risicogroep waartoe de kandidaat-verzekerde behoort, zal er wellicht wel sprake zijn van bevooroordeling en stereotypering. De vraag rijst of hier rekening kan worden gehouden met de behoefte van de verzekeraar om nieuwe producten te creëeren of eventuele bestaande producten aan te passen. Het is immers mogelijk dat een nieuw te verzekeren risico nog nooit werd gemeten, of zo zeldzaam is dat het niet kan worden opgemeten.

Met dit gegeven wordt bv. rekening gehouden in de Australische *Disability Discrimination Act* waar wordt gesteld dat het niet onwettelijk is om een gehandicapte persoon niet te verzekeren "*in a case where no actuarial or statistical data is available and cannot reasonably obtained*". Hierbij dient evenwel nog steeds te worden nagegaan of "*the discrimination is reasonable having regard to any other factors*". In de Australische rechtspraak zijn gevallen bekend waarbij een verzekeringsweigering die niet gegrond was op statistische gegevens, nog steeds onwettig werd bevonden. Dit omwille van het feit dat de verzekeraar niet had getracht om in een dergelijk geval bijkomende informatie in te winnen omtrent de individuele (medische) toestand van de verzekerde. Dit werd met name gesteld in de (Australische) *Bassanelli*-case, waar de rechter oordeelde dat de verzekeraar

---

[2330] Zo wordt in de Britse zaak Hurley v. Mustoe bv. gesteld dat "the purpose of the legislation is to secure equal opportunity for individuals regardless of their sex, married status or race. This result would not be achieved if it were sufficient to escape liability to show that the reason for the discriminatory treatment was simply an assumtion that women or coloured persons possessed or lacked particular characteristics and not that they were just women or coloured persons." Zie C. BAYART, o.c., 116, met verwijzing naar Employment Tribunal 1981, Hurley v Mustoe, Industrial Relations Law Reports 1981, 398. Zie ook House of Lords, 9 December 2004, R. (European Roma Rights Centre) Immigration Officer at Prague Airport and another, United Kingdom House of Lords Decisions 2004, 55. Zie ook *http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma-1.htm*. Eveneens weergegeven in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, en M. BELL, Cases, Materials and text on National, Supranational and International Non-discrimination Law, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, 230: If there is no satisfactory explanation, it is legitimate to infer that the less favourable treatment was on racial grounds. […]The whole point of the law is to require suppliers to treat each person as an individual, not as a member of a group. The individual should not be assumed to hold the characteristics which the supplier associates with the group, whether or not most members of the group do indeed have such characteristics, a process sometimes referred to as stereotyping."

"applied a decision-making process which tended to stereotype the respondent by reference to her disability. Such grouping of individuals, whether by race or disability, without proper regard to an individual's circumstances or to the characteristics that they possess, may cause distress or hurt."[2331]

Deze uitspraak bevestigt hoe moeilijk het zal zijn om zonder (relevante) statistische gegevens een weerlegging van het vermoeden van discriminatie tot stand te brengen. Zij bevestigt ook de noodzaak om in de beoordeling van het discriminatoir karakter van het differentiatiebeleid, of dit nu gebeurt via de toetsingsingang of via de rechtvaardigingstoets, steeds rekening te houden met de vraag of er in de concrete omstandigheden minder belemmerende maatregelen voorhanden waren.

§ 3. Evaluatie: Causaliteitsbeoordeling als plaats voor belangenafweging.

813. **Mogelijkheid tot belangenafweging.** Op basis van de hierbij beschreven hypothesesis duidelijk dat de causaliteitsbeoordeling reeds heel wat openingen laat aan de rechter om in de beoordeling van het discriminatoir karakter van het differentiatiebeleid, de in het geding zijnde belangen tegen elkaar af te wegen.

De (*kandidaat-)verzekerde* krijgt bewijsmethodes aangereikt om in het geval het beschermde kenmerk op grond waarvan de bestreden handeling is gebaseerd niet is kenbaar gemaakt, toch een vermoeden van discriminatie tot stand te brengen. Hierbij kan hij beroep doen op bewijs waaruit een patroon van systematische benadeling blijkt. Ook kan hij op basis van een *but-for* analyse aantonen dat een met hem vergelijkbare referentiepersoon, die geen drager is van het beschermde kenmerk, niet hetzelfde nadeel leed.

De *verzekeraar* krijgt de kans om het causaal verband te weerleggen aan de hand van het bewijs dat het beschermde kenmerk volledig los stond van het differentiatiebeleid. In deze weerlegging blijkt hij een mogelijkheid te kunnen vinden om zijn differentiatiebeleid te verantwoorden op grond van het feit dat een *verzekeringscontract enkel toekomstige en onzekere gebeurtenissen* dekt. Hieruit zou zelfs een mogelijkheid kunnen worden afgeleid om te stellen dat de bestreden benadeling niet gebaseerd is op het beschermde kenmerk, maar wel op *verhoogd risico.*

814. **Causaliteitsbeoordeling als alternatief voor rechtvaardiging?** In de mogelijkheid tot belangenafweging die schuilt in de causaliteitsbeoordeling kan een mogelijk alternatief worden gezien voor ge-

[2331] Zie Federal Court of Australia 7 april 2004, QBE Travel Insurance v. Bassanelli, nr. 396, www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2004/396.html, ov. 85. In deze zaak was een geschil aan de orde waarbij een vrouw een reisverzekeringspolis werd geweigerd op grond van het feit dat zij leed aan metastatische borstkanker. Mevrouw Basanelli had de reisverzekeraar volledig op de hoogte gesteld van haar ziekte en ging er van uit dat geen gebeurtenissen zouden worden gedekt die gerelateerd werden aan of voortvloeiden uit haar gezondheidstoestand. De verzekeraar kon in haar argumentatie niet verwijzen naar statistische gegevens die een hoger risico aantoonden. Hoewel de Australische Disability Discrimination Act verklaart dat het niet onwettelijk is om een gehandicapte persoon niet te verzekeren "in a case where no actuarial or statistical data is available and cannot reasonably obtained", dient toch te worden nagegaan of "the discrimination is reasonable having regard to any other factors". Zie division 5 , section 46, (1)(g) van de Australische Disability Discrimination Act, l.c.

vallen waarin de artikel 19-Richtlijnen of de nationale wetgeving niet voorzien in een gerechtvaardigdheidsbeoordeling. Hierbij kan echter de terechte vrees worden geuit dat de belangenafweging in dit stadium van de beoordeling veel minder expliciet zal plaatsvinden. Het risico op ongemotiveerde waardeoordelen wordt vergroot, omdat de rechter niet de inhoudelijke leidraden dient te volgen die bv. wel zijn voorzien in de open rechtvaardigingsformule. Er zijn geen garanties dat alle noodzakelijke stappen om op evenwichtige wijze aan belangenafweging te doen, zullen worden gezet. Er geldt geen formele plicht om na te gaan of het gebruik van de beschermde discriminatiegrond waarop de verzekeraar zich beroept noodzakelijk was en of er in het betrokken geval andere middelen voorhanden waren die de legitieme doelstellingen van de verzekeraar even goed hadden kunnen bereiken, maar met minder nadeel voor de eisende partij. De belangenafweging in dit stadium van de beoordeling riskeert dus niet enkel ondoorzichtig te zijn, maar ook onvolledig.

AFDELING 2. VASTSTELLEN VAN VERGELIJKBAARHEID

§ 1. Functie van het vergelijkbaarheidsoordeel in verzekeringsrelaties.

815. **Aantonen en weerleggen van het vermoeden van discriminatie.** Uit de formulering van het discriminatieverbod in de artikel 19-Richtlijnen blijkt duidelijk dat van discriminatie slechts sprake is wanneer iemand op grond van een beschermd criterium ongunstiger wordt behandeld dan een ander *in een vergelijkbare situatie* wordt, is of zou worden behandeld.[2332] Hoger werd reeds aangegeven dat het aantonen van vergelijkbaarheid met een al dan niet hypothetische referentiepersoon een manier kan zijn om *causaliteit vast te stellen* tussen het beschermde kenmerk en de benadeling. Dit kan door bewijs aan te brengen dat een referentiepersoon die zich los van het beschermde kenmerk in vergelijkbare omstandigheden bevindt als de (kandidaat-)verzekerde, een betere behandeling geniet.[2333] De vergelijkbaarheidstoets kan echter ook in het voordeel spelen van de verzekeraar. Indien kan worden aangetoond dat mannen en vrouwen, ouderen of jongeren, gehandicapten en niet-gehandicapten,… zich los van hun beschermde kenmerken (!), in een *on*vergelijkbare situatie bevinden, zal geen discriminatie kunnen worden vastgesteld. Zeker in gevallen waarbij de artikel 19-Richtlijnen of het nationale recht geen rechtvaardigingstoets toestaan, zal het vergelijkbaarheidsoordeel dan van groot belang zijn.

816. ***Birds Eye Walls*: een verschillende financiële situatie.** Een voor verzekeringsrelaties relevant voorbeeld van de vergelijkbaarheidsbeoordeling is te vinden in de hoger reeds aangestipte rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Birds Eye Walls*.[2334] Het Hof oordeelde dat mannelijke en vrouwelijke werknemers, omwille van het feit dat zij zich in een "*verschillende financiële situatie*" bevonden, onvergelijkbaar waren in de berekening van de hoogte van een aan het bedrijfspensioen gekoppeld brugpensioen. De verschillende financiële situatie was het gevolg van het verschil in wettelijke pensioenleeftijd die gold in het Verenigd Koninkrijk. Omwille van de onvergelijkbaarheid van mannelijke en vrouwelijke werknemers kon het Hof geen schending vaststellen van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen, zoals vastgesteld in oud-artikel 119 E.G.-Verdrag (huidig artikel 157 Werkingsverdrag).[2335]

[2332] Zie artikel 2, lid 2, Sub a) van de Rasrichtlijn, artikel 2, lid 2, Sub a) van de Kaderrichtlijn en artikel 2, sub a) van de Genderrichtlijn zoals overgenomen in de Belgiche wetgeving in artikel 4, 6° van de Algemene Wet, artikel 5, 5° van de Genderwet en artikel 3, 6° van de Racismewet en waar wordt gevraagd dat de persoon waarmee men zich vergelijkt, zich in een *vergelijkbare situatie* bevindt. Uit deze formulering blijkt dat de persoon ten opzichte van wie men zich benadeeld voelt in werkelijkheid niet dient te bestaan. Het kan ook gaan om een hypothetische referentiepersoon. Cf. *supra* nr. 396 en 410.

[2333] Cf. *supra* nrs. 795-798, met verwijzing naar H.v.J. 1 april 2008 *Tadao Maruko/Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757, ov. 69-73; Equal opportunity Commission 1995, *Hope & Anor* v. *NIB Health Funds Ltd.*, *Australian and New Zealand Insurance Cases* 1995, 76, ov. 15.

[2334] Cf. *supra* nr. 380, met verwijzing naar H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts*, C-192/93, *Jur.* 1993, I-5579.

[2335] H.v.J. 9 november 1993, Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579, ov. 20: "Het mechanisme voor de berekening van het brugpensioen toont duidelijk aan, dat het bedrag ervan niet op een bepaald ogenblik wordt bevroren, maar noodzakelijkerwijs varieert naar gelang van de wijzigingen die de financiële toe-

Het Hof van Justitie heeft ook in andere zaken op een dergelijke manier gebruik gemaakt van een onvergelijkbaarheidsoordeel. In de zaak *Abdoulaye* oordeelde het Hof dat een forfaitaire toelage die enkel werd voorzien voor vrouwelijke werknemers die met zwangerschapsverlof gaan (ter compensatie van nadelen die de werkneemsters ten gevolge van hun afwezigheid van het werk ondervinden) niet strijdig was met oud-artikel 119 E.G.-Verdrag, nu mannelijke en vrouwelijke werknemers zich in een verschillende situatie bevonden.[2336] Ook in de zaak *Hlozek* oordeelde het Hof dat artikel 141 E.G.-Verdrag zich niet verzet tegen de toepassing van een sociaal plan dat mannelijke en vrouwelijke werknemers verschillend behandelt ten aanzien van de leeftijd waarop aanspraak op een overbruggingspensioen ontstaat, aangezien mannelijke en vrouwelijke werknemers zich omwille van een verschillende wettelijke pensioenleeftijd, in een verschillende (financiële) situatie bevinden.[2337]

De rechtspraak van het Hof van Justitie in *Birds Eye Walls* is bijzonder interessant voor de verzekeringscontext. Bevinden mannen en vrouwen of ouderen en jongeren of gehandicapten en niet-gehandicapten zich in het kader van de WAM-verzekering of in het kader van levens- of ziekteverzekeringsovereenkomsten immers niet eveneens in een *verschillende financiële situatie*?

§ 2. Het belang van een relevante vergelijkingsmaatstaf

817. **Beoordeling in het licht van de betrokken doelstelling.** Om te kunnen beoordelen of de benadeelde en de referentiepersoon zich in een vergelijkbare positie bevinden, zal de rechter gebruik dienen te maken van goed gekozen *vergelijkingspunten* die blijk geven van voldoende *relevantie*[2338] en die bovendien los staan van de beschermde kenmerken[2339]. GERARDS spreekt over het vereiste van een geschikte vergelijkingsmaatstaf: een inhoudelijke, prescriptieve regel aan de hand waarvan de

---

stand van de betrokkene in de loop van de tijd ondergaat. Ofschoon derhalve vóór de leeftijd van 60 jaar de financiële situatie van een vrouw die om gezondheidsredenen vervroegd met pensioen gaat, vergelijkbaar is met die van een man die zich in dezelfde situatie bevindt, daar geen van beiden recht op het wettelijk pensioen heeft, is dat niet meer het geval tussen 60 en 65 jaar, daar vrouwen, anders dan mannen, vanaf de leeftijd van 60 jaar recht hebben op het wettelijk pensioen. Dit verschil met betrekking tot de objectieve premisse, dat noodzakelijkerwijs meebrengt dat mannen en vrouwen niet hetzelfde brugpensioen ontvangen, kan niet als een discriminatie worden beschouwd."

[2336] Zie ook H.v.J. 16 september 1999, Abdoulaye/Régie Nationale des Usines Renault, C-218/98, *Jur.* 1999, I-5723, ov. 20: "[…] *verzet artikel 119 van het Verdrag zich niet tegen de betaling van een toelage als de onderhavige uitsluitend aan vrouwelijke werknemers, wanneer zij bedoeld is ter compensatie van nadelen als waarvan Renault gewaagt. In dat geval bevinden mannelijke en vrouwelijke werknemers zich immers in verschillende situaties en kan er dus geen sprake zijn van schending van het in artikel 119 van het Verdrag verankerde beginsel van gelijke beloning.*" Hierboven werd reeds gesuggereerd dat het Hof in Birds Eye Walls eerder voor een vergelijkbaarheidstoets heeft gekozen om tot een aanvaardbaar resultaat te komen en toch niet te moeten zeggen dat directe discrimatie "rechtvaardigbaar" is. Zie reeds supra nr. 380. Zie ook J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 225; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, l.c., 133.

[2337] H.v.J. 9 december 2004, *Hlozek/Roche Austria Gesellschaft*, C-19/02, *Jur.* 2004, I-11491, ov. 44-51, met verwijzing naar *Birds Eye Walls* en *Abdoulaye*, alsook H.v.J. 13 februari 1996, *Gillespiel/Northern Health and Social Services Boards*, C-342/93, *Jur.* 1996, I-475, ov. 16-18; H.v.J. 13 december 2001, *Mouflin/Recteur de l'académie de Reims*, C-206/00, *Jur.* 2001, I-10201, ov. 28.

[2338] Cf. *supra* nr. 444, met verwijzing naar B. RENAULD, *l.c.*, 25; C. BAYART, *o.c.*, 105; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 157.

[2339] Cf. *supra* nrs. 445 en 782-784, met verwijzing naar o.m. M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, nr. 9 en C. BAYART, *o.c.*, 105.

rechter de relevantie van overeenkomsten en verschillen tussen gevallen kan vaststellen.[2340] Men aanvaardt dat de relevantie van deze vergelijkingspunten kan worden beoordeeld in het licht van de *strekking of de doelstelling* van de betrokken maatregel.[2341]

818. **Het verschil in risico als vergelijkingsmaatstaf.** In het kader van het differentiatiebeleid van de verzekeraar kan in de eerste plaats worden gedacht aan de doelstelling van het aanbieden van verzekeringsvoorwaarden die overeenstemmen met het risico. Het verschil in risico is de meest evidente reden waarom een verzekeraar een onderscheid wil voeren tussen mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, enz… Het is echter ook de moeilijkst te verdedigen vergelijkingsmaatstaf, daar het risico en de betrokken segmentatiecriteria nauw met elkaar verbonden zijn. De vergelijkbaarheid kan enkel beoordeeld worden aan de hand van factoren die los staan van de beschermde kenmerken. De hypothese waarbij het verschil in risico toch zou worden aanvaard als vergelijkingsmaatstaf, wordt besproken onder A.

819. **De beïnvloedbaarheid van het risico als vergelijkingsmaatstaf.** Naast het vaststellen van verzekeringsvoorwaarden die overeenstemmen met het risico, kan de verzekeraar nog andere doelstellingen aanvoeren op grond waarvan een vergelijkingsmaatstaf kan worden afgeleid. Zo zou de onvergelijkbaarheid tussen mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, … enz. kunnen worden beoordeeld aan de hand van de vaststelling dat de ene groep een grotere invloed heeft op het risico dan de andere en om die reden niet vergelijkbaar zijn. De hypothese waarbij het verschil in *invloed* op het risico wordt aangewend als vergelijkingsmaatstaf, wordt besproken onder B.

820. **Reserveopbouwtermijn als vergelijkingsmaatstaf.** Onder C wordt een vergelijkingsmaatstaf besproken waarbij de verschillende financiële positie tussen de benadeelde en de referentiepersoon kan worden aangetoond aan de hand van een verschillende positie ten opzichte van de termijn waarbinnen reserves worden aangelegd ter dekking van het risico.

821. **Toegang tot de verzekerde activiteit als vergelijkingsmaatstaf.** Onder D wordt tenslotte een vergelijkingsmaatstaf besproken die zelfs niet gebaseerd is op de financiële situatie van de benadeelde en de referentiepersoon, maar wel op de wettelijke toegang die beiden hebben tot de verzekerde activiteit.

A. Het verschil in risico als vergelijkingsmaatstaf

822. **Een verschillende financiële situatie / een verschil in *risico*…** Mannen en vrouwen, jongeren en ouderen of gehandicapten en niet-gehandicapten vertonen omwille van een gemiddeld verschillende

[2340] J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsting aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 60.

[2341] J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 62-63, met verwijzing naar C.E. BAKER, "Neutrality, process and rationality: flawed interpretations of equal protection", *Texas Law Review* 1980, 1034. Zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 91, met verwijzing naar H.v.J 14 juli 1977, *Sagulo*, 8/77, *Jur.* 1977, 1495, ov. 10-12; C. BAYART, *o.c.*, 105 en C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", *l.c.*, 193, met verwijzing naar H.v.J 25 oktober 1988*, Commissie/Frankrijk,* 312/86*, Jur.* 6315*,* ov. 14; H.v.J. 29 november 2001*, Griesmar/Ministre de l'Economie*, C-366/99*, Jur.* 2001, I-9383, ov. 56.

[2342]

823. **Verhoogd risico als losstaand element van het beschermde kenmerk?** Het probleem met een dergelijke redenering is dat de beoordeling van situaties enkel mag plaatsvinden op basis van vergelijkingspunten die volledig *los staan* van het beschermde kenmerk.[2343] De wetgever gaat er immers van uit dat personen ondanks hun verschillen in leeftijd, geslacht, ras, handicap, enz… vergelijkbaar zijn. Indien de rechter oordeelt dat het verschil in risico onlosmakelijk verbonden is met het beschermde kenmerk moet hij van de vergelijkbaarheid tussen mannen en vrouwen, ouderen en jongeren, gehandicapten en niet-gehandicapten,… uitgaan en een vermoeden van discriminatie vaststellen.

Hypothetisch zou de rechter van mening kunnen zijn dat in het geval de verzekeraar statistische gegevens bijbrengt waaruit blijkt dat personen die drager zijn van een beschermd kenmerk een hoger risico vormen, er geen onvergelijkbaarheid meer is op grond van een beschermd kenmerk, maar wel op grond van een verschil in risico. In dat geval beschouwt hij het risico dus als losstaand van de beschermde discriminatiegrond en kan hij op grond van een onvergelijkbaarheid van de betrokken situaties besluiten dat er in het concrete geval geen schending is van het discriminatieverbod.

824. **Vergelijking van het risico impliceert pertinentiebeoordeling.** VELAERS is van oordeel dat weinig rechters zullen geneigd zijn om op basis van een louter verschil in risico te besluiten tot een onvergelijkbaarheid.[2344] Hij wijst erop dat om te kunnen oordelen over de vergelijkbaarheid van risico's, een pertinentietoets dient te worden uitgevoerd. De verzekeraar kan pas stellen dat de ene persoon een hoog risico vormt en de andere een laag, wanneer hij aantoont dat het in aanmerking genomen verschil de kans verhoogt dat het risico zich voordoet.[2345] Omdat de pertinentietoets expliciet deel uitmaakt van de rechtvaardigingsbeoordeling en binnen deze beoordeling ook nog andere elementen dienen te worden getoetst, zoals de noodzakelijkheid en de evenredigheid van het onderscheid, komt een eenvoudig onvergelijkbaarheidsoordeel *ipso facto* neer op een verarmde belangenafweging.[2346]

[2342] Zie J. VELAERS, "De "objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 89.

[2343] Zie reeds *supra* nrs. 445 en 782-784, met verwijzing naar M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans", *l.c.*, nr. 9; Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 105.

[2344] J. VELAERS, "de "objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 89.

[2345] *Ibidem*. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 157.

[2346] C. COSTELLO en G. DAVIES, *l.c.*, 1580; J.H. GERARDS, "*Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*", *o.c.*, 61; J. THEUNIS, *l.c.*, 143; K. RIMANQUE, *l.c.*, 10. B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 127; D. DE PRINS, J.

Het inschuiven van de rechtvaardigingstoets maakt het voor de partijen in het geding (en het grotere publiek) bovendien moeilijker om na te gaan welke factoren en criteria de uitkomst van het geding hebben beïnvloed.[2347] Wanneer een rechtvaardigingsbeoordeling achteraf tot de mogelijkheden behoort, zal de eigenlijke belangenafweging wellicht naar dit punt worden verschoven en zal in het stadium van de toetsingsingang niet worden besloten tot een onvergelijkbaarheid.

B. "Beïnvloedbaarheid" van het risico als vergelijkingsmaatstaf.

825. **Toepassing in arbeidsongeschiktheidsverzekering en hospitalisatieverzekering.** Hierboven werd uitgegaan van de hypothese waarin de hoogte van het risico de vergelijkingsmaatstaf is om na te gaan of de benadeelde en de referentiepersoon vergelijkbaar zijn. De verschillende financiële situatie waarin mannen en vrouwen, ouderen en jongeren, … zich bevinden kan echter ook aan de hand van andere, meer objectieve, maatstaven worden vastgesteld. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin voor de terugbetaling van de kosten verbonden aan zwangerschap in de hospitalisatieverzekering of de arbeidsongeschiktheidsverzekering een wachttermijn is bedongen van twee jaar, terwijl deze wachttermijn niet verbonden is aan arbeidsongeschiktheid die het gevolg is van ziekte. Doet zich hier een geval voor van discriminatie op grond van geslacht? De verzekeraar zou deze wachttermijn van twee jaar kunnen verantwoorden op basis van de vaststelling dat vrouwen in staat zijn om het risico op gemaakte kosten *te beïnvloeden* en mannen niet.[2348] Op basis daarvan zou hij kunnen laten vaststellen dat mannen en vrouwen niet vergelijkbaar zijn en zou hij het vermoeden van discriminatie kunnen weerleggen.[2349] Van de beïnvloedbaarheid van het risico zou misschien sneller kunnen worden aangenomen dat het een vergelijkingsaspect betreft dat los staat van het beschermde kenmerk.

VRIELINK, en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 93; J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 89.

[2347] J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 61-62.

[2348] Zoals WANSINK het uitdrukt: "Zwangerschap is een omstandigheid waarvan het zich voordoen – en zelfs het tijdstip daarvan – in de regel veel directer beïnvloedbaar is dan ziekte of een ongeval. […] Dat betekent dat een verzekeraar doorgaans in zijn polisvoorwaarden het aleatoire (kans-/onzekere) karakter van de dekking op dit punt zal willen versterken." Zie J.H. WANSINK, "Ongelijke behandeling m/v bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen – Advies in opdracht van de CGB", l.c., 6-7.

[2349] Een dergelijke argumentatie werd in het kader van een wachttermijn van twee jaar in de arbeidsongeschiktheidsverzekering reeds gevoerd in een geschil voor de rechtbank van Utrecht. Volgens de rechtbank was er in dit geval geen schending van de AWGB omdat de zwangerschapsregeling als een apart onderdeel van de arbeidsongeschiktheidsverzekering moest worden aangemerkt en binnen dit onderdeel geen onderscheid naar geslacht werd gemaakt. Het recht op een uitkering op grond van arbeidsongeschiktheid en het recht op uitkering wegens zwangerschap en bevalling waren volgens de rechter "*van elkaar te onderscheiden uitkeringen* […] *die getoetst worden aan eigen voorwaarden en die dekking bieden tegen risico's van geheel verschillende aard.*" Zie Rb. Utrecht 3 mei 2006, LJN AW7505, ov. 4.8. Zie in dezelfde zin bevestigd, Hoge Raad 11 juli 2008, LJN BD1850, ov. 3.4.3. Voor een eerdere bespreking, zie Y. THIERY, "Het Europees verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen: receptie en (anti-)conceptie) in het lidstatelijke recht", *l.c.*, 23-34; Y. THIERY, "Het Europees geslachtsdiscriminatieverbod in verzekering: staus quo of nieuwe injectie?", *l.c.*, 287-288. Zie ook J.H. WANSINK, , "Ongelijke behandeling m/v bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen – Advies in opdracht van de CGB", *l.c.*, 9; A. ELEVELD, "Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2007, afl. 3, 123. Zie ook A. ELEVELD, "Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandig werkenden - Rapport in opdracht van de CGB", http://www.cgb.nl/_media/downloadables/onderzoek_universiteit_leiden.pdf 2007, 32.

Met het argument dat vrouwen beter in staat zouden zijn om het risico op kosten in de hospitalisatie- of de arbeidsongeschiktheidsverzekering te beïnvloeden dan mannen, dient voorzichtig te worden omgesprongen. Het feit dat een man niet zwanger kan zijn, betekent niet dat hij zich in verzekeringstechnisch opzicht niet in een vergelijkbare situatie kan bevinden. Er zijn namelijk situaties waarbij mannen evenzeer invloed kunnen uitoefenen op het te verzekeren risico. Zo zouden zij bepaalde heelkundige ingrepen kunnen uitstellen tot op het moment dat zij zich verzekerd weten. Het feit dat een vrouw wel een wachttermijn krijgt opgelegd terwijl een man dit nadeel niet heeft, komt dan nog steeds neer op een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen waaruit de kwalificatie van discriminatie kan worden afgeleid.

De conclusie dat de verzekeraar vrouwen, niettegenstaande hun kans op zwangerschap niet zomaar kan beschouwen als onvergelijkbaar met mannen, past in de beschermingsfilosofie van de Genderrichtlijn. Zo wordt in artikel 5, lid 3 van de Genderrichtlijn bepaald dat kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap in geen geval mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen.[2350] In overweging 20 van de Genderrichtlijn wordt zonder verwijzing naar vergelijkbaarheid gesteld dat het ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap moet worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht en daarom moet worden verboden in verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten.

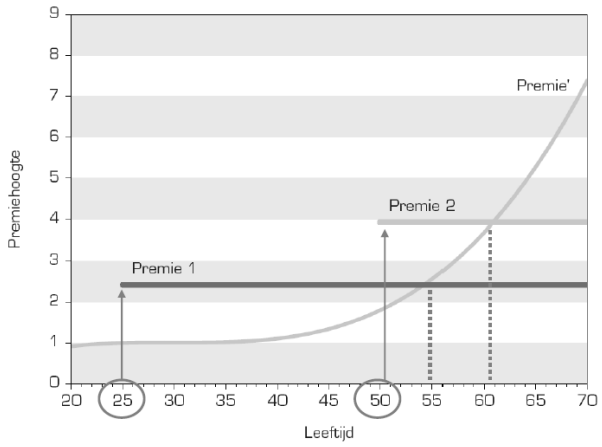
C. “Reserveopbouw-termijn” als vergelijkingsmaatstaf.

826. **Toepassing in hospitalisatieverzekering.** Naast de hoogte van het risico en de beïnvloedbaarheid van het risico kan in sommige gevallen nog aan een derde vergelijkingsmaatstaf worden gedacht. Zo zou de verzekeraar het verschil in premie dat dient te worden betaald in de hospitalisatieverzekering kunnen verklaren vanuit het aantal jaren dat de verzekerde heeft om reserves op te bouwen voor de hogere medische kosten die zich op hogere leeftijd voordoen. Uit onderstaande grafiek blijkt dat de premie die wordt betaald (in formules van hospitalisatieverzekering met genivelleerde premies), constant blijft gedurende de jaren dat men is aangesloten.[2351] Een persoon die op latere leeftijd een hospitalisatieverzekering aangaat betaalt jaarlijks wel een hoger bedrag dan een persoon die dit op jongere leeftijd doet.[2352]

[2350] Aangenomen mag worden dat hetgeen geldt voor premies en uitkeringen, eveneens geldt voor andere contractuele bepalingen. Artikel 5, lid 3 vormt immers slechts een uitzondering op artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, dat het optie-recht formuleert voor de lidstaten aangaande het gebruik van voor mannen en vrouwen verschillende premies en uitkeringen.

[2351] De meeste hospitalisatieverzekeringsformules werken met een dergelijke premie. Alternatief is een getrapte formule, waarbij het jaarlijkse premiebedrag stijgt naargelang men, gedurende de verzekerde periode, in een hogere leeftijdsgroep terecht komt. Deze laatste formule wordt veelal gebruikt door ziekenfondsen en soms ook door verzekeringsondernemingen.

[2352] Zie voor een nadere toelichting, ASSURALIA, "De aanvullende ziektekostenverzekering", *http://www.assuralia.be/nl/pdf/ziekteverzekering_NL.pdf* 2003, 10-11. Zie voor een vergelijkbare situatie op de Britse verzekeringsmarkt, ASSOCIATION OF BRITISH INSURERS, "Are you buying private medical insurance", *http://www.privatehealth.co.uk/EasySiteWeb/getresource.axd?AssetID=59585&type=full&servicetype=Attachment* 2008, 12.



Bron: Assuralia 2003[2353]

De reden waarom een persoon die op 50-jarige leeftijd instapt, een hogere premie betaalt dan de persoon die op 25-jarige leeftijd instapt ligt in het feit dat de oudere persoon minder tijd ter beschikking heeft om een even hoog reservebedrag op te bouwen.[2354] In dit geval zal de rechter minder problemen hebben om vast te stellen dat de verschillende financiële situatie los staat van de leeftijd. De verschillende financiële situatie wordt hier immers niet verklaard door het verschil in leeftijd, maar wel door het verschil in instapleeftijd. Vanuit die redenering zou geldig kunnen worden aangenomen dat de oudere verzekerde niet vergelijkbaar is met de jongere verzekerde. Hierdoor zou het vermoeden van discriminatie dat ontstaat wanneer een hogere premie wordt toegekend aan een persoon die instapt op latere leeftijd, kunnen worden weerlegd.

D. (Wettelijke) toegang tot de verzekerde activiteit als vergelijkingsmaatstaf

827. **Toepassing in de WAM-verzekering.** Een vergelijkingsmaatstaf die volledig los staat van het eigenlijke risico en zelfs van de financiële situatie van de verzekerden is de toegang die deze verzekerden hebben tot de verzekerde activiteit. Neem het geval waarbij een persoon die niet beschikt over de Belgische nationaliteit aanklaagt dat hij niet toegelaten wordt tot een WAM-verzekering en een persoon met de Belgische nationaliteit hier wel toegang toe heeft, terwijl de niet-Belg geen in België geldend rijbewijs heeft en de Belg wel.[2355] Om te kunnen bepalen of de verzekeraar al dan niet

---

[2353] ASSURALIA, "De aanvullende ziektekostenverzekering", *l.c.*, 10.

[2354] Tot de leeftijd van 55 jaar ligt de werkelijk te betalen premie voor de 25-jarige hoger dan de theoretische *Premie'*. Het verschil wordt door de verzekeraar belegd om de verzekeringspremie op latere leeftijd betaalbaar te houden. Volgens de beroepsvereniging zou het grootste deel van de medische kosten immers op het einde van het leven opduiken. Vanaf 55 jaar ligt het te betalen premiebedrag vervolgens lager als de theoretische *Premie'*. Indien men het sluiten van een private ziektekostenverzekering uitstelt tot een latere leeftijd (op de grafiek, de leeftijd van 50 jaar), dient de verzekeringsonderneming eveneens een premie te vragen die hoger is dan het gemiddelde kostenverloop. Dit opnieuw om te garanderen dat de hoge medische kosten op latere leeftijd kunnen worden terugbetaald. Dit vormt dan de eigenlijke reden waarom het premiebedrag 2 hoger ligt dan het premiebedrag 1. Ook voor de persoon die intekent op 50-jarige leeftijd zal de theoretische premie op een gegeven moment hoger liggen dan de jaarlijkse premie. Dit punt zal niet liggen op 55 jaar, zoals bij de 25- jarige intekenaar, maar wel op de leeftijd van 60 jaar. Zie ASSURALIA, "De aanvullende ziektekostenverzekering", *l.c.*, 10-11.

[2355] Deze feiten lagen aan de oorsprong van een geschil tussen een persoon die in België geen geldend rijbewijs had en in Turkije wel. Hij had een ongeval veroorzaakt in België. De verzekeraar oefende verhaal uit op basis van

discrimineert op grond van nationaliteit, ras of afkomst, moet men eigenlijk de situatie bekijken van een niet-Belg met een geldig rijbewijs en een Belg met een geldig rijbewijs.[2356] Pas wanneer er ook in deze situatie een ongelijke behandeling voorligt, kan er sprake zijn van een vermoeden van discriminatie. In het andere geval blijven de situaties onvergelijkbaar en zal het vermoeden van discriminatie worden weerlegd.

§ 3. Evaluatie: vergelijkbaarheidsoordeel als plaats voor belangenafweging

828. **Het belang van de vergelijkingsmaatstaf.** Als besluit kan worden gesteld dat de kans dat het differentiatiebeleid van de verzekeraar kan worden "gerechtvaardigd" op grond van een onvergelijkbaarheidsoordeel, in grote mate afhangt van de toegepaste vergelijkingsmaatstaf.

Indien de vergelijkingsmaatstaf wordt gevonden die volledig los staat van het beschermde kenmerk, kan een onvergelijkbaarheidsoordeel plaatsvinden. Gedacht kan worden aan een een verschil in de wettelijke toegankelijkheid tot de verzekerde activiteit tussen de benadeelde en de referentiepersoon. Ook een verschil in reserveopbouw-termijn voor personen die op een verschillende leeftijd instappen in de hospitalisatieverzekering kan leiden tot een onvergelijkbaarheidsoordeel.

Een andere vergelijkingsmaatstaf betreft een mogelijk verschil in beïnvloedbaarheid van het te verzekeren risico. De kans dat *zwangere vrouwen* op grond van een dergelijke vergelijkingsmaatstaf als onvergelijkbaar worden beschouwd met mannen, is in het licht van de beschermingsfilosofie van de Genderrichtlijn[2357] echter bijzonder klein, zoniet onbestaande.

Indien de vergelijkingsmaatstaf wordt gevonden in het verschil in risico waaraan personen die met elkaar worden vergeleken blootstaan, is de kans op een onvergelijkbaarheidsoordeel eveneens zeer klein. Het zal in de eerste plaats niet eenvoudig zijn om de rechter te overtuigen dat het verschil in risico van mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, gehandicapten en niet-gehandicapten, … volledig los staat van het geslacht, leeftijd of handicap. Indien de rechter hier van kan worden overtuigd, zal hij misschien wel een onvergelijkbaarheid *kunnen* vaststellen. De kans dat hij dat zal *willen* doen is echter niet gegarandeerd. Dergelijke beoordeling veronderstelt een pertinentietoets die beter kan plaatsvinden onder de rechtvaardigingsbeoordeling. Hiermee stuit men natuurlijk op het probleem dat een dergelijke rechtvaardigingstoets onder het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen niet altijd voorhanden is voor directe discriminatie. Het vergelijkbaarheidsoordeel vormt in dat geval een alternatief, maar geen garantie op een voldoende evenwichtige belangenafweging.

---

artikel 25, 3°, b van de modelpolis auto, wegens een ongeldig rijbewijs. De interpretatie van dit artikel werd betwist tot in het Hof van Cassatie. Zie Cass. 8 november 2002, *De Verz.* 2003, 349, noot J. MUYLDERMANS.

[2356] Zie C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 158; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 652.

[2357] Zie *supra* nr. 825 en voetnoot nr. 2350, met verwijzing naar overweging 20 en artikel 5, lid 3 van de Genderrichtlijn.

829. **Vergelijking met het Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssysteem.** Het hierbij besproken vergelijkbaarheidsvereiste, als mechanisme van belangenafweging, zal onder de toepassing van de artikel 19-Richtlijnen in ieder geval haar belang behouden voor die gevallen waar voor de vaststelling van discriminatie geen formele rechtvaardigingsbeoordeling voorhanden is. Dit is anders in het geval van indirecte discriminatie, waar het vergelijkbaarheidsvereiste formeel is weggelaten uit het discriminatieverbod en waar de rechter wél steeds beroep kan doen op een rechtvaardigingsbeoordeling.[2358] Ook in het Canadese en Zuid-Afrikaanse rechtssysteem wordt de nadruk gelegd op een benadelingstoets, weliswaar gecombineerd met een beoordeling van de schending van menselijke waardigheid[2359], maar zonder daarbij nog beroep te doen op een vergelijkbaarheidstoets.[2360] Naast het feit dat de Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssystemen meer expliciet gericht zijn op een materiële gelijkheidsopvatting[2361], is de verminderde aandacht voor een vergelijkbaarheidsonderzoek in deze systemen ook toeschrijfbaar aan het feit dat deze rechtsstelsels voor zowel directe als indirecte discriminatie een rechtvaardigingsmogelijkheid toestaan. De rechter behoudt steeds de mogelijkheid tot een volwaardige belangenafweging en wordt niet gedwongen om deze reeds in de toetsingsingang tot uiting te brengen.

830. **Mogelijke invloed van een beroep op menselijke waardigheid.** Een rechtvaardigingsbeoordeling is onder de artikel 19-Richtlijnen niet altijd mogelijk. Dit betekent echter niet dat in de beoordeling van vergelijkbaarheid (en ook causaliteit) geen aanvullend beroep kan worden gedaan op een meer uitgebreide beoordeling van de feitelijke benadeling van het vermeende slachtoffer van discriminatie. De formulering van het discriminatieverbod vereist nog steeds het bewijs van een ongunstiger behandeling (directe discriminatie) of een benadeling in vergelijking met anderen (indirecte discriminatie). Zo zou, naar analogie met het Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssysteem, ook in het Europese beschermingssysteem beroep kunnen worden gedaan op het concept menselijke waardigheid als "*rhetorical guiding light*" in de interpretatie van de anti-discriminatieverboden.[2362] In zijn conclusies in de zaak *Coleman* erkende Advocaat-Generaal POIARES MADURO dat de concepten menselijke waardigheid en autonomie de *basisbegrippen* vormen die ten grondslag liggen aan het gelijkheidsbeginsel zoals dat mede uitwerking krijgt in artikel 19 E.G.-Verdrag en in de artikel 19-Richtlijnen.[2363] POIARES MADURO suggereerde eveneens dat een beroep op menselijke waardig-

---

[2358] De artikel 19-Richtlijnen vormen op dit punt een afspiegeling van de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de vergelijkbaarheidstoets in gevallen van indirecte discriminatie in de regel achterwege heeft gelaten voor een benadelingstoets. Cf. *supra* nr. 446, met verwijzing naar C. BAYART, *o.c.*, 148-151 en J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c.*, 250-251.

[2359] Cf. *supra* nrs. 449-452.

[2360] G. MOON , *l.c.,* 706.

[2361] Cf. *supra* nrs. 405-406.

[2362] Cf. *supra* nrs. 451 en 466.

[2363] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 8. De beschermenswaardigheid van menselijke waardigheid wordt in ieder geval teruggevonden onder het verbod van intimidatie (artikel 2, lid c) van de Genderrichtlijn, artikel 2, lid 3 van de Genderrichtlijn, artikel 2, lid 3 van de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 2, lid 3 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid). Cf. *supra* nr. 456. Advocaat-Generaal POIARES MADURO wendde het concept eveneens aan om te verduidelijken dat de in de artikel 19-Richtlijnen beschermde gronden volgens hem *geen*

heid het vaststellen van een vermoeden van discriminatie zou kunnen vereenvoudigen wanneer er sprake is van vooroordelen en stereotypering[2364] of wanneer de toegang tot relevante basisgoederen wordt verhinderd.[2365] In verzekeringsrelaties kan dit betekenen dat een verhinderde toegang tot levensnoodzakelijke verzekering zoals hospitalisatieverzekering of schuldsaldoverzekering, of het toepassen van beschermde discriminatiegronden zonder aanwending van statistisch bewijs, volstaat om een vermoeden van discriminatie tot stand te brengen, misschien zelfs zonder dat daarbij beroep moet worden gedaan op vergelijkbaarheid of causaliteit.

---

enkele rol kunnen spelen bij het opleggen van een last of het ontzeggen van een voordeel. Daarmee interpreteerde hij het in de artikel 19-Richtlijnen op zodanige manier dat *mixed ground decisions* steeds een vermoeden van discriminatie zullen opleveren, ook wanneer de beschermde discriminatiegronden geen doorslaggevende rol hebben gespeeld (cf. *supra* nrs. 424 en 459). Het Hof van Justitie heeft haar Advocaat-Generaal in ieder geval reeds gevolgd in de erkenning van de beschermenswaardigheid van discriminatie door associatie. Deze beschermenswaardigheid werd door POIARES MADURO eveneens afgeleid uit het concept menselijke waardigheid (Cf. *supra* nr. 459).

[2364] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 11. Zie de eerder reeds aangetoonde analogie met de Canadese en Zuid-Afrikaanse rechtspraak in Supreme Court of Canada 19 december 2002, *Gosselin* v. *Québec (Attorney-General)*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 429, ov. 231, 235 en 237; Supreme Court of Canada 6 februari 1997, *Eaton* v. *Brant County of Education*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 241, ov. 67; Constitutional Court of South Africa 17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363, ov. 132; Constitutional Court of South Africa 18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, ov. 41 en 80. Cf. *supra* nrs. 454 en 461.

[2365] Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 11. Zie de eerder reeds aangetoonde analogie met de rechtspraak van het Canadese Supreme Court in Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 3, 624, ov. 65 en 72. Cf. *supra* nrs. 455 en 461.

HOOFDSTUK II. RECHTVAARDIGING VAN ONDERSCHEID IN VERZEKERING

831. **De "ultieme toetssteen".** Nadat er een vermoeden van directe of indirecte discriminatie is gevestigd, voorzien de meeste beschermingssystemen in een vorm van *rechtvaardiging* van het gemaakte onderscheid of de benadeling die wordt aangevochten. Een rechtvaardigingsmogelijkheid voor discriminatie, zo bleek, biedt aan de beoordelaar van het geschil een geschikte mogelijkheid om, rekening houdend met de context van ieder geschil, met elkaar strijdende belangen tegen elkaar af te wegen. VELAERS spreekt over "de objectieve en redelijke rechtvaardiging" als de "*ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken",* dat als denkkader of stramien voor belangenafweging een methode biedt om de redelijkheid van het publieke en ook private handelen te beoordelen.[2366]

832. **Kritische belangenbeoordeling…** Een evenwichtige beoordeling van belangen impliceert dat deze belangen ook op een juiste wijze kunnen worden geplaatst binnen een algemeen aanvaard toetsingsschema. Rekening houden met de eigenheid van verzekeringsrelaties zal daarbij een noodzaak zijn, maar evenzeer moet kritisch worden omgegaan met verzekeringstechnische argumenten die als rechtvaardiging worden aangeboden. Een dergelijke kritische houding is een belangrijke voorwaarde om tot een overbrugging te komen tussen de hierboven toegelichte spanning tussen de verzekeringstechnische groepstraditie en de individualistische mensenrechtentraditie. In dit hoofstuk zal een poging worden ondernomen om naar analogie met de hierboven beschreven beoordelingsmethoden met betrekking tot causaliteit en vergelijkbaarheid, na te gaan op welke manier deze belangenbeoordeling kan worden geïntegreerd in een meer algemeen rechtvaardigingsmodel voor verzekeringsrelaties.

833. **…in een algemeen aanvaard toetsingsschema.** De inhoudelijke formulering van een algemeen rechtvaardigingsmodel kan het makkelijkst gebeuren aan de hand van een algemene kapstok die voldoende ruimte biedt voor toepassing op zowel directe als indirecte vormen van onderscheid in verzekeringsrelaties. De hierboven toegelichte formule, waarbij een onderscheid of benadeling kan worden gerechtvaardigd aan de hand van een *legitieme doelstelling* en het bewijs van *geschiktheid* en *noodzakelijkheid* van de aangewende middelen, biedt daarbij de nodige mogelijkheden. De ruim geformuleerde drie-stapstest sluit nauw aan bij de rechtvaardigingsformule in de andere onderzochte beschermingssytemen waardoor deze laatste een belangrijke vorm van inspiratie vormen voor de toepassing van de Europese reglementering in verzekeringsrelaties.

[2366] J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringsrelaties", *l.c.*, 87-88.

834. **Rekening houdend met het gedifferentieerd rechtvaardigingsstelsel van het Europees-nationaal kader.** Men moet er evenwel rekening mee houden dat in het Europese beschermingssysteem niet ieder onderscheid of iedere benadeling onder dezelfde voorwaarden rechtvaardigbaar is.

Binnen het Belgische federale wetgevingskader blijft iedere vorm van directe en indirecte discriminatie die *buiten het toepassingsgebied van de artikel 19-Richtlijnen* valt, nog steeds rechtvaardigbaar aan de hand van de open rechtvaardigingsformule.[2367] Op het vlak van het leveren van goederen en diensten is dit het geval voor directe discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap of een fysieke of genetische eigenschap (om de belangrijkste te noemen).

Binnen het toepassingsgebied van de artikel 19-Richtlijnen kan de open rechtvaardigingsformule echter enkel dienen voor de gerechtvaardigdheidsbeoordeling van *indirecte* discriminatie en voor de rechtvaardiging van geslachtsexclusieve levering[2368]. *Directe* discriminatie is in principe niet rechtvaardigbaar, maar op het vlak van verzekering wordt er voor een aantal belangrijke onderscheidingsgronden zoals leeftijd en geslacht wel voorzien in een gesloten systeem van rechtvaardiging, waarbij de wetgever de voorwaarden bepaalt waarbinnen de rechtvaardiging kan plaatsvinden.[2369] Voor de onderstaande analyse zullen de hierbij geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheden van het gesloten systeem worden beschouwd als een illustratie van de wijze waarop de rechtvaardigingstoets kan worden vertaald naar de eigenheid van verzekeringsrelaties. Omgekeerd kan worden aangenomen dat de beoordelingselementen die worden opgenomen in de open rechtvaardigingsformule eveneens

---

[2367] Cf. *supra* nr. 202, met verwijzing naar S. SOTTIAUX, *l.c.*, 234; C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 183; Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, afl. 8, 751 en 762; J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 587; D. DE PRINS, “Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten”, *l.c.*, 15-16.

[2368] Zie artikel 4, lid 5 van de Genderrichtlijn en artikel 9 van de Belgische Genderwet.

[2369] Zo kan gebruik worden gemaakt van de differentiatiefactor geslacht (exclusief zwangerschap en moederschap), indien er sprake is van *proportionele verschillen* in *premies en uitkeringen* voor individuele personen in de gevallen waarin het geslacht een *bepalende factor* is bij de beoordeling van het *risico* op basis van relevante en nauwkeurige *actuariële en statistische* gegevens. Zie artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. In België (en ook in Nederland) is deze rechtvaardigingsmogelijkheid weliswaar beperkt tot levensverzekeringsovereenkomsten. Zie artikel 10 van de Belgische Genderwet. Cf. *supra* nr. 498. Een gelijkaardige toespitsing van de rechtvaardigingsformule kan in de toekomst (na de inwerkingtreding van een Kaderrichtlijn buiten arbeid) ook worden verwacht voor directe discriminatie op grond van handicap en leeftijd. Zie artikel 2, lid 7 van het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid. Cf. *supra* nr. 539 e.v. In *aanvullende voorzieningen van sociale zekerheid* kan in een aantal strikt omschreven omstandigheden nog rekening worden gehouden met de *respectieve levensverwachtingen van mannen en vrouwen.* Zie artikel 9, h) en j) van de Genderrichtlijn arbeid, tenminste voor zover in overeenstemming geacht met de *Neath*-rechtspraak van het Hof van Justitie en artikel 12 van de Genderwet, voor zover in overeenstemming met de Genderrichtlijn arbeid en de *Neath*-rechtspraak. Zie H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 30. Cf. *supra* nr. 526. Ook kan de factor *leeftijd* in deze aanvullende regelingen gebruikt worden in *actuariële berekeningen*. Zie artikel 6, lid 2 van de Kaderrichtlijn arbeid. Leeftijd kan verder ook worden gerechtvaardigd aan de hand van een open rechtvaardigingsformule voor zover het gebruik van leeftijd in overeenstemming is met de legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Zie artikel 6, lid 1 van de Kaderrichtlijn arbeid en artikel 12, §1 van de Algemene antidiscriminatiewet. Zie ook de *Age concern*-rechtspraak van het Hof van Justitie. H.v.J. 5 maart 2009, *Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569. Cf. *supra* nrs. 530-534.

dienend kunnen zijn voor de verdere interpretatie van deze wettelijk vastgestelde rechtvaardigingsformules.

835. **Overzicht.** Zoals aangekondigd, wordt er onder dit hoofdstuk voor geopteerd om de Europese 3-stapstest, die werd geïnspireerd door de *Bilka*-rechtspraak van het Hof van Justitie, als basis te gebruiken voor de formulering van een op verzekeringsrelaties toepasbaar toetsingsschema. Steeds rekening houdend met de ervaringen uit de Europees-nationale alsmede de buitenlandse rechtspraak, zal daarbij eerst worden ingegaan op de kritische beoordeling van de *legitieme doelstellingen* die de verzekeraar kan aanwenden ter rechtvaardiging van zijn differentiatiebeleid. (§1) Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met de relevante Belgische wetgeving aan de hand waarvan de legitimiteit van de doelstellingen die door de verzekeraar worden nagestreefd, kan worden getoetst. Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de aspecten van een kritische geschiktheidsbeoordeling (§2) en de noodzakelijkheidsbeoordeling (§3). Deze twee stappen hebben betrekking op de verhouding tussen het nagestreefde doel en de daartoe aangewende middelen.

AFDELING 1. LEGITIEME DOELSTELLING

836. **Werkelijke behoefte van de onderneming.** Een eerste stap in de formulering van een algemeen rechtvaardigingsmodel, is de toetsing van het doel dat wordt nagestreefd met de bestreden handeling. De *Bilka*-rechspraak van het Hof van Justitie, die als inspiratiebron heeft gediend voor de formulering van de rechtvaardigingsformule in de artikel 19-Richtlijnen en de nieuwe antidiscriminatiewetgeving, vereist dat het onderscheid voldoet aan de *werkelijke behoefte van de onderneming*.[2370] De verzekeraar dient aan te tonen dat het gebruik van beschermde discriminatiegronden in zijn segmentatiebeleid met een dergelijke behoefte overeenstemt. Een antwoord dient te worden gezocht op de vraag waarin deze behoefte bestaat en op welke manier kan worden onderzocht of zij "legitiem" is.

837. **Leidraden ter beoordeling van de legitimiteit van het doel.** Als algemene leidraad kan hierbij worden meegegeven dat in de verantwoording van de bestreden behandeling in ieder geval geen "discriminerende overwegingen" kunnen worden aangewend en dat geen doelstellingen worden ingeroepen die in feite andere, minder legitieme doelstellingen verhullen.[2371] Zoals de *Bilka-formule* vereist, kunnen alleen werkelijke doelstellingen worden aanvaard. Schijndoelstellingen zijn niet legitiem en aldus moet de authenticiteit van de ingeroepen doelstellingen worden onderzocht. Dit bleek ook reeds uit de hoger geciteerde rechtspraak van het Canadese Supreme Court in de *Zurich*-case. Deze legt op dat de bestreden handeling *"was adopted honestly, in the interests of sound and accepted business practice and not for the purpose of defeating the rights protected under the Code"*.[2372]

Verder moet duidelijk zijn dat de door de verzekeraar nagestreefde doelstellingen niet noodzakelijk overeen dienen te stemmen met een algemeen belang. Ook een welgemeend eigenbelang komt in aanmerking.[2373] De verzekeringssector moet in staat zijn om economisch rendabel te blijven en het

---

[2370] H.v.J. 13 mei 1986, Bilka/Weber von Hartz, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36. Ook geformuleerd als "behoeften en doelen van de onderneming", zie H.v.J. 27 oktober 1993, Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 25. Zie reeds eerder in verband met de aanvaardbaarheid van economische overwegingen als rechtvaardigingsgrond, supra nrs. 553-558.

[2371] Zie S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", *l.c.*, 237-238; J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *l.c.*, 37.

[2372] Cf. *supra* nr. 592, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321, onder titel "Reasonable and *Bona Fide* Grounds".

[2373] J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringsrelaties", *l.c.*, 92; J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet: enkele constitutionele beschouwingen", *l.c.*, 307-308; S. SOTTIAUX, , "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", *l.c.*, 237; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 88; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 183; J. VRIELINK, "De Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking" in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2003, 209: F. GOYENS, "Segmentering in de aanvullende ziektekostenverzekering" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIième siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 163; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 206; I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, 8; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen" *l.c.*, 14.

voeren van een segmenteringsbeleid blijft daarbij een noodzakelijke voorwaarde.[2374] Verzekeraars moeten risico's in aanmerking nemen en het maken van onderscheiden blijft inherent verbonden aan de verzekeringsactiviteit.[2375]

Voor meer specifieke leidraden voor een correcte beoordeling van de legitimiteit van de door de verzekeraar nagestreefde doelstellingen, kan inspiratie worden geput uit de parlementaire werkzaamheden bij de Belgische anti-discriminatiewetgeving. Op een vraag uit het parlement of de nieuwe anti-discriminatiewetgeving de segmenteringspraktijk in de verzekeringssector, die erin bestaat de premies en de verzekeringsvoorwaarden te differentiëren naargelang het profiel van de verzekeringnemer, niet op "losse schroeven" zou zetten, antwoordde de Minister dat het niet te ontkennen valt dat

> *Risico's zo goed mogelijk moeten worden ingeschat* om het niveau van de premies te berekenen, maar ook om *anti-selectie te vermijden*. Differentiatie moet er volgens de Minister toe leiden dat verzekeringsondernemingen de mogelijkheid hebben om de *rentabiliteit van hun activiteiten te verzekeren* en in die hoofde erkent de *controlereglementering en de W.LVO* het recht van de verzekeraar om risico's te kiezen en te differentiëren.[2376]

Deze formulering biedt een zeker houvast aan de hand waarvan de legitimiteit van het differentiatiebeleid van de verzekeraar kan worden afgetoetst. De Minister verwijst naar de controlereglementering en de W.LVO, naar de noodzaak van een goede risico-inschatting en het nastreven van rentabiliteit van de verzekeringsactiviteit, alsook naar het bestrijden van het gevaar van anti-selectie. In de hiernavolgende analyse zal op deze vier punten beroep worden gedaan ter verdere omschrijving van de legitimiteitsbeoordeling.

838. **Overzicht.** In de beoordeling kan men zich afvragen of het door de verzekeraar gevoerde beleid in overeenstemming kan worden gebracht, of wordt ondersteund door wettelijke bepalingen zoals de controlereglementering en de W.LVO. De mogelijkheid om de legitimiteit van het nagestreefde doel vast te stellen aan de hand van dergelijke wettelijke bepalingen wordt onderzocht onder punt A.

Voorts kan worden nagegaan of het gevoerde differentiatiebeleid in staat is om op een zo correct mogelijke manier aan risico-inschatting te doen en of het past binnen het gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille. Deze leidraden worden verder uitgewerkt onder B en C.

[2374] Zie reeds *supra* nr. 557, met verwijzing naar B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurance", *l.c.*, 248: *Les mesures et pratiques utilisées par un assureur en vue de garantir la rentabilié financière de ses activités ne sont donc pas condamnables pour le seul motif qu"elles ne permettraient pas de satisfaire l'intérêt général.*". Zie ook J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringsrelaties", *l.c.*, 92.

[2375] Dit aspect wordt ook erkend door de Belgische wetgever. Zie Verslag Libert, *l.c.*, 110-111.

[2376] Verslag Libert, *l.c.*, 110-111. Het debat was gefocust op discriminatie op basis van gezondheidstoestand, leeftijd, handicap en burgerlijke staat, maar heeft ook relevantie voor (indirecte) geslachtsdiscriminatie. Zie ook Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *l.c.*, 763.

Onder D wordt onderzocht in welke mate de verzekeraar zijn differentiatiebeleid kan verantwoorden als een middel ter bestrijding van de hierboven besproken gevaren van *moral hazard* en anti-selectie.

§ 1. Vaststelling van legitimiteit aan de hand van wettelijke bepalingen

839. **Controlewetgeving en de W.LVO.** Bij het beoordelen van de legitimiteit van de nagestreefde doelstellingen moet in de eerste plaats rekening worden gehouden met wettelijke bepalingen die differentiatie verplicht opleggen, toelaten of verbieden.[2377] Daarbij kan, zoals ook blijkt uit het geciteerde antwoord van de Minister, worden gedacht aan de controlewetgeving en de bepalingen uit de W.LVO.[2378]

A. Controlewetgeving

840. **Gezonde bedrijfsvoering, financieel evenwicht en actuariële fairness.** De controlewetgeving legt verzekeringsondernemingen[2379] de verplichting op tot een gezonde bedrijfsvoering en organiseert het toezicht op het financiële evenwicht.[2380]

> Zo kan op basis van artikel 12 van het Algemeen controlereglement[2381] worden aangenomen dat het doel van een (doorgedreven) differentiatiebeleid erin bestaat om voor elke verzekerde een correct premieniveau te kunnen vaststellen dat in verhouding staat tot de kans op voorzienbare schadegevallen, zodat het evenwicht en de veiligheid van de verrichtingen niet in gevaar komt en de billijkheid onder de verschillende categorieën van verzekerden geëerbiedigd wordt. Nog volgens artikel 12 dienen de combinaties die buiten het tarief vallen en de bijzondere risico's die geval per geval geschat worden, getarifeerd te worden volgens redelijke grondslagen, die in verhouding zijn tot deze aangewend voor de getarifeerde combinaties of risico's.[2382]

[2377] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 183; K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 296; L. KERZMANN, *l.c.*, 95; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 562; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 40-41.

[2378] Ibidem.

[2379] Deze bepalingen zijn van toepassing op Belgische verzekeringsondernemingen en verzekeringsondernemingen uit derde landen. Als gevolg van de Europese Richtlijnen schade- en levensverzekering gelden voor buitenlandse verzekeringsondernemingen die onder het recht van de EER vallen, de ter zake in de nationale controlewetgeving van hun lidstaat van herkomst geldende regels. Betreffende de verenigbaarheid van de Belgische wetgeving met de Europese verzekeringsrichtlijnen, J.-M. BINON, “Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dan sle ciel européen de l’assurance”, *l.c.*, 10, voetnoot 5, met referenties.

[2380] Is aan deze vereisten niet voldaan, dan kan de CBFA als controleautoriteit eisen dat maatregelen worden genomen. De verzekeraar mag geen afwachtende houding aannemen en moet tevens uit eigen beweging optreden. Zie Brussel 18 september 2001, *T.B.H.* 2003, 675.

[2381] K.B. 22 februari 1991 houdende het algemeen controlereglement, *B.S.* 11 april 1991 (hierna “Controlereglement”).

[2382] Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 186; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248.

Volgens artikel 21*octies*, §2 van de Controlewet moet een verzekeraar maatregelen nemen om een tarief in evenwicht te brengen indien hij vaststelt dat de toepassing van het tarief verlieslatend is. Zo werd in de rechtspraak geoordeeld dat de hospitalisatieverzekeraar het recht heeft de tarieven te verhogen om het financieel evenwicht dat noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de prestaties van de verzekeraar te garanderen en de verplichtingen opgelegd door de controlewetgeving na te komen.[2383] Hierbij moet wel worden opgemerkt dat een verhoging van de verzekeringspremies op grond van dit artikel voor andere dan beroepsgebonden ziekteverzekeringsovereenkomsten enkel mogelijk is nadat de CBFA daartoe (op verzoek van een verzekeringsonderneming) beslist. De CBFA dient daartoe vast te stellen dat het tarief verlieslatend is.[2384]

Verder gelden voor bepaalde categorieën verzekeringsproducten eveneens meer gerichte regels in verband met tarifering. Zo legt artikel 24, §1 van het K.B.-Leven op dat de voor de tarifering gebruikte technische grondslagen zodanig worden opgesteld dat de premies volstaan om de opeisbare prestaties, de aangroei van de theoretische afkoopwaarden en de kosten te dekken.

De hierboven vastgestelde regels sturen allen aan op de instandhouding van een evenwichtige verzekeringsportefeuille.[2385] Deze wetgeving kan beschouwd worden als een promotor van rechtvaar-

---

[2383] Zie reeds de hogervermelde rechtspraak in Brussel 18 september 2001, *T.B.H.* 2003, 675. Het betrof een procedure waarbij de praktijk werd aangeklaagd van bijpremies op grond van woonplaats, die een schending zou betreffen van artikel 32.2 van de oude WHPC (en dus niet op het verbod van discriminatie; de Anti-discriminatiewet van 2003 was nog niet in voege). De verzekeraar verantwoordde de bijpremies op grond van de explosieve stijging van de kosten van hospitalisatie in de ziekenhuizen van Brussel en omgeving. De verzekeraar deed daarbij beroep op artikel 21*octies* van de Controlewet en artikel 12, 1° van Controlereglement en de daaruit voortvloeiende verplichting om de billijkheid onder de verschillende categorieën van verzekerden te bewaren en de tarieven in evenwicht te brengen wanneer zij aanleiding geven tot verliezen. Het beroep op deze bepalingen werd door de rechter op zich niet bestreden. Uit het groeiende verschil in ziektekosten tussen het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de rest van het land kon volgens de rechter echter niet worden afgeleid dat een tarief dat géén rekening hield met woonplaats, verliezen zou meebrengen of de veiligheid van de desbetreffende verzekeringsoperaties in het gedrang zou brengen. Zie voor een kritische benadering van dit argument, C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, *o.c.*, 67, die toelicht dat de controlewetgeving ertoe verplicht om te *vermijden* dat er zich situaties van financieel onevenwicht voordoen. De Controlewetgeving houdt niet in dat de verzekeringsonderneming moet *wachten* tot er zich verliezen voordoen in een bepaalde verzekeringstak, alvorens te reageren.

[2384] Verderop wordt verduidelijkt dat premies in andere dan beroepsgebonden ziekteverzekeringsovereenkomsten ook kunnen stijgen op grond van het indexcijfer der consumptieprijzen, alsook op grond van een medische index (Cf. *infra* nr. 846). In de parlementaire voorbereidingen bij de Wet van 17 juni 2009, tot wijziging, wat de ziekteverzekeringsovereenkomsten betreft, van de W.LVO en de Wet Verwilghen, werd de mogelijkheid tot premiestijging op grond van artikel 21*octies* van de Controlewet bekritiseerd als een "*uitweg om de tarieven tot boven het indexcijfer op te trekken*". Volgens de Minister is de bepaling nochtans enkel bedoeld om met de instemming van de CBFA tegemoet te komen aan "*specifieke en bijzondere omstandigheden*". Zie Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, het wetenschapsbeleid, het onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw, *Parl. St.* Kamer 2008-2009, nr. 1662/004, 35. Merk op dat het artikel 12 van de Wet van 17 juni 2009 dat een nieuw §2 invoerde in artikel 21*octies,* voorwerp uitmaakt van een beroep tot nietigverklaring vanwege zowel verbruikersvereniging Test-Aankoop als de Beroepsvereniging van verzekeringsondernemingen Assuralia. Zie *B.S.* 4 maart 2010. Zie ook X., "Hospitalisatieverzekeringen: duur, duurder, duurst!", *Persbericht Test-Aankoop*, 22 februari 2010, *http://www.test-aankoop.be/verzekeringen/hospitalisatieverzekeringen-duur-duurder-duurst-s638893.htm*.

[2385] C.-A. VAN OLDENEEL en F. DE CLIPPELE, "Verzekeraars staan klaar om de anti-discriminatiewet toe te passen", *Assurinfo* 2002, afl. 40, 5; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie

digheid tussen de verzekerden (actuariële fairness), in die zin dat zij het principe onderschrijft dat aan verschillende risico-situaties ook een verschillende tarifering is verbonden.[2386]

841. **Ondersteuning voor het gebruik van de factoren leeftijd en geslacht.** De hierboven beschreven reglementering vormt voornamelijk een bevestiging of legitimatie van het principe van verzekeringssegmentatie op zich. Naast deze meer algemene erkenning van de noodzaak aan differentiatie, bevat de controlewetgeving eveneens regels die een erkenning inhouden van het gebruik van bepaalde door de anti-discriminatiewetgeving beschermde gronden.

Zo wordt in artikel 11, A, 4° van het Controlereglement voorzien in een verplichte vergrijzingsreserve die door de verzekeraar dient te worden aangelegd om tegemoet te kunnen komen aan zijn toekomstige verplichtingen. Deze bepaling erkent dat het gebruik van de factor *leeftijd* in de ziektekostenverzekering bepalend is voor het te verzekeren risico.[2387]

Ook het gebruik van de segmentatiegrond *geslacht* wordt door de wetgever gelegitimeerd. Het bekendste voorbeeld is artikel 24, §5-6 van het K.B.-leven dat aan de levensverzekeraar oplegt om de minimum sterftetafels MK (minimale sterftekans voor mannen), FK (minimale sterftekans voor vrouwen), MR (minimale overlevingskans voor mannen) of FR (minimale overlevingskans voor vrouwen) aan te wenden voor de in België gelegen risico's.[2388] De "snelle" tafels MK en FK worden gebruikt voor levensverzekering waarbij de nadruk ligt op het risico van overlijden, zoals schuldsaldoverzekering of een tijdelijke of levenslange verzekering bij overlijden. De "trage" tafels MR en FR worden gebruikt voor levensverzekering waarbij de nadruk ligt op het risico van langleven, zoals formules met uitgesteld kapitaal.[2389] Naargelang de verzekerde van het vrouwelijke of het mannelijke geslacht is wordt een verschillende referentietafel gebruikt. Voor levensverzekering van het type leven leidt de toepassing hiervan tot een hogere premie voor vrouwen dan voor mannen, op basis van de vaststelling dat mannen minder kans hebben op "overleven" dan vrouwen. Voor levensverzekering van het type overlijden betekent dit een hogere premie voor mannen dan voor vrouwen op basis van de vaststelling dat mannen een hogere kans hebben om op een bepaalde leeftijd te sterven dan vrouwen. Een man zal in lijfrenteverzekering wel kunnen genieten van een hogere rente, daar hij het hoger risico heeft om vroeger te sterven en er dus slechts over een kortere termijn van kan genieten.[2390] Het bestaan van regels met betrekking tot het gebruik van minimumsterftetafels voor vrouwen en mannen

---

in verzekeringen", *l.c.*, 185-186; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007, *l.c.*, 14; Y. THIERY, ""De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 655.

[2386] J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 121.

[2387] C. DEVOET, "Assurance, différencation et discrimination", *l.c.*, 103-104.

[2388] INSERT, Levensverzekeringen, *http://www.insert.be/Pdf/TDM_hoofdstuk_4_leven.pdf*, 67.

[2389] Zie C. PARIS, "Les dérives de la segmentation en assurance, *l.c.*, 94-95 ; J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 126-127; C. DEVOET, "Assurance, différenciation et discrimination", *l.c.*, 112; A. WALEFFE, *l.c.*, 123-124. Zie ook INSERT, *Levensverzekeringen*, *o.c.*, 67.

[2390] J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 125-127.

kunnen worden gezien als een ondersteuning voor de keuze van de Belgische wetgever om in te gaan op het optierecht van artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn en aldus voor levensverzekering, proportionele verschillen in premies en uitkeringen tussen mannen en vrouwen toe te staan.[2391]

B. De Wet op de Landverzekeringsovereenkomst

842. **Leeftijd en gezondheidstoestand.** Zoals blijkt uit de hiernavolgende opsomming, omvat de W.LVO een aantal bepalingen die kunnen worden aangewend om in bepaalde verzekeringsovereenkomsten het gebruik van de factoren leeftijd en gezondheidstoestand te legitimeren.

1. Leeftijd

843. **Persoonsverzekering in het algemeen en leeftijd.** Artikel 96 van de W.LVO voorziet een verbod op het afsluiten van persoonsverzekeringen op het hoofd van kinderen jonger dan 5 jaar. Contractsweigering en dus discriminatie op grond van leeftijd wordt op deze grond legitiem.[2392]

844. **Levensverzekering en leeftijd.** Artikel 100 van de W.LVO bepaalt dat wanneer de leeftijd van de verzekerde onjuist is opgegeven bij het aangaan van een levensverzekeringspolis, de prestaties van elke partij vermeerderd of verminderd wordt in verhouding tot de werkelijke leeftijd. Op basis van dit artikel kan het gebruik van de factor leeftijd worden gelegitimeerd bij het bepalen van het niveau van premies en uitkeringen.[2393]

845. **Hospitalisatieverzekering en leeftijd.** Voor ziektekostenverzekeringsovereenkomsten zoals bv. hospitalisatieverzekering wordt in artikel 138*bis*-6 van de W.LVO bepaald dat het recht op een dergelijke overeenkomst voor chronisch zieken of personen met een handicap slechts geldt voor personen die de leeftijd van 65 jaar niet hebben bereikt.[2394] Voor personen ouder dan 65 jaar voorziet de

---

[2391] Zie artikel 10 van de Genderwet zoals gewijzigd door de Gender-wijzigingswet. Cf. *supra* nr. 498. Zie ook C. DEVOET, “Assurance, différencation et discrimination”, *l.c.*, 114, die verklaart dat in het geval een uniseks-tafel had moeten worden gebruikt, de mannelijke verzekerden een lagere premie zouden moeten betalen in levensverzekering van het type overlijden en vrouwen een hogere premie. In levensverzekering van het type leven, zouden omgekeerd de vrouwen een lagere premie betalen en mannen een hogere.

[2392] Zie ook K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 296; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 183.

[2393] J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 124.

[2394] Dit recht is gelimiteerd in de tijd. Het geldt tussen 1 juli 2007 en 30 juni 2011. De premie die wordt aangerekend moet deze zijn die aangerekend zou worden aan dezelfde persoon indien hij of zij niet chonisch ziek of gehandicapt was. Kosten die verband houden met de ziekte of handicap welke bestaat op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, mogen van de dekking worden uitgesloten, onverminderd artikel 138*bis*-5. Zie reeds *infra* nr. 803 en voetnoot 2311. Zie ook K. TERMOTE, "Voortaan levenslange dekking in aanvullende ziekteverzekeringen", *Balans* 30 september 2007, afl. 571, 1-5. Zie voor een gelijkaardige regeling voor de ziekenfondsen, oud-artikel 9, §1*bis* van de Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van de ziekenfondsen, *B.S.* 28 september 1990, zoals gewijzigd door de Wet van 11 mei 2007, *B.S.* 31 mei 2007. Deze regeling werd ondertussen opgeheven, daar de ziekenfondsen, voor wat betreft het aanbieden van ziekteverzekering, een Maatschappij van Onderlinge Bijstand (MOB) dienen op te richten, die onder het toepassingsgebied van de W.LVO zullen vallen. (Zie artikel 13 en artikel 73 van de Wet van 26 april 2010 houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering, *B.S.* 28 mei 2010.) Daardoor gelden voor de ziekenfondsen

W.LVO geen gelijkaardig recht, waardoor contractsweigering in een dergelijk geval zou kunnen voldoen aan een legitiem doel.

846. **Ziekteverzekeringsovereenkomsten en leeftijd.** In artikel 136*bis*-4, §3van de W.LVO wordt bepaald dat het bedrag van premies, vrijstellingen en prestaties mag worden aangepast op grond van zogenaamde medische indices waarvan de parameters door de Koning nader worden bepaald en die worden berekend door de Federale overheidsdienst Economie. In het K.B. van 1 februari 2010[2395] wordt vervolgens bepaald dat de verzekeraar ertoe gehouden is elke ziektekostenverzekering, andere dan een beroepsgebonden ziektekostenverzekering, toe te wijzen aan een aantal waarborgtypes (eenpersoonskamer, twee- en meerpersoonskamer, ambulante zorgen en tandverzorging). Bovendien *kan* iedere verzekerde worden toegewezen aan een *leeftijdscategorie.* De Koning wijst 5 leeftijdsklassen aan (0 tot 19 jaar, 20 tot 34 jaar, 35 tot 49 jaar, 50 tot 64 jaar en meer dan 65 jaar.) Deze medische index moet verzekeren dat premiestijgingen kunnen plaatsvinden naar aanleiding van de stijgende kosten van hospitalisatie in België. De index werd ondertussen gepubliceerd door de Belgische Federale Overheidsdienst Economie.[2396] De waarde van deze indices stijgt naarmate men zich in een hogere leeftijdsgroep bevindt. Door een aparte index te bepalen per leeftijdsgroep erkent de wetgever dat een segmentatiebeleid kan worden gevoerd waarbij de premies voor ouderen sneller kunnen stijgen dan voor jongeren.[2397]

---

dezelfde regels als voor verzekeringsondernemingen, die reeds daarvoor onder het toepassingsgebied van de W.LVO vielen.

[2395] K.B. van 1 februari 2010 tot vaststelling van de specifieke indexcijfers bedoeld in artikel 138*bis*-4, §3 van de W.LVO. Zie ook K. TERMOTE, "Medische index: modaliteiten vastgelegd, maar controversieel", *Balans* 2010, afl. 624.

[2396] *http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/economie/gezondheidssector/medische_index/index.jsp*. Zie ook X., "Medische indexen voor 2009 gepubliceerd", Balans 2010, afl. 525, 8. Zie met betrekking tot de ontwikkeling van deze indexcijfers: P. DEVOLDER, M. DENUIT, X. MARÉCHAL, e.a., "Het opstellen van een medische index voor private ziekteverzekerings-overeenkomsten", Belgisch Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, studie nr. 2008-53, *http://www.kce.fgov.be/Download.aspx?ID=1358*.

[2397] Het systeem van de medische index werd bekritiseerd door de Voorzitter van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen: "*De wetgever, die verondersteld wordt een antwoord te bieden op dit probleem, keurt hier een wetsontwerp goed dat niets anders doet dan die discriminerende praktijken nog wat meer bekrachtigen, die uiteindelijk leiden tot de uitsluiting van de gepensioneerden en vooral van de gepensioneerde vrouwen van een verzekering die van essentieel belang is voor hen.*" Zie Verslag namens de Commissie voor de financiën en voor de economische aangelegenheden uitgebracht door Dhr. Mahoux, *Parl. St.* Senaat 2008-2009, nr. 4-1235/3, 35. Verbruikersvereniging Test-Aankoop heeft tegen deze medische index ondertussen een vernietigingsberoep ingesteld bij de Raad van State. Zie X., "Hospitalisatieverzekeringen: duur, duurder, duurst!", *Persbericht Test-Aankoop*, 22 februari 2010, *http://www.test-aankoop.be/verzekeringen/hospitalisatieverzekeringen-duur-duurder-duurst-s638893.htm*. Zie ook *De Morgen* 27 maart 2010, "Test-Aankoop naar rechtbank tegen discriminaties in hospitalisatieverzekeringen". Volgens Test-Aankoop is deze medische index niet gebaseerd op objectieve en representatieve parameters, zoals wordt gevraagd door artikel 138*bis*-4 van de W.LVO. Test-Aankoop voert o.m. aan dat deze medische index niet strookt met het hierboven reeds toegelichte vonnis waarbij de Voorzitter van de Brusselse rechtbank van Koophandel een vordering tot staking instelde tegen een premiestijging die hoger was voor ouderen dan voor jongeren. Zie reeds *supra* nrs. 178-181 en 241, met verwijzing naar Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot. De toegepaste premieverhoging bedroeg 0% voor verzekerden tussen 0 en 19 jaar, 8% voor verzekerden tussen 20 en 39 jaar, 16% voor verzekerden tussen 40 en 59 jaar en 24% voor verzekerden van 60 jaar en meer. Volgens de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel bleek deze premiestijging in strijd te zijn met de Anti-discriminatiewet van 2003. Tegen het vonnis van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel werd beroep aangetekend bij het Hof van Beroep te Brussel. Ook Assuralia en hospitalisatieverzekeraar DKV vechten het betreffende K.B. aan bij de Raad van State. Zij verzetten

847. **Beroepsgebonden ziekteverzekering en leeftijd.** Verder bepaalt artikel 138*bis*-11 van de W.LVO dat bij de berekening van de premie voor de individuele verderzetting van een beroepsgebonden ziekteverzekeringsovereenkomst, rekening kan worden gehouden met de leeftijd van de verzekerde op het ogenblik van de individuele voortzetting. Deze bepaling geeft impliciet uitdrukking aan de wettelijke aanvaardbaarheid van het gebruik van leeftijd bij premiezetting. Deze aanvaardbaarheid wordt bevestigd door artikel 138*bis*-9, waar de mogelijkheid wordt erkend voor de verzekeringnemer om gedurende de periode dat hij aangesloten is bij de beroepsgebonden ziekteverzekeringsoveenkomst, reeds bijkomende premies te betalen. Deze premies zorgen ervoor dat in het geval van individuele verderzetting, een reserve is aangelegd waardoor de verzekerde niet met scherpe premiestijgingen te maken krijgt.[2398] Artikel 138*bis*-9 bepaalt immers dat de premie in geval van individuele voortzetting dient te worden berekend rekening houdend met de leeftijd waarop de verzekerde de bijkomende premies is beginnen te betalen.[2399]

2. Gezondheidstoestand

848. **Persoonsverzekering in het algemeen en gezondheidstoestand.** Artikel 95 van de W.LVO, dat de voorwaarden vastlegt waaronder geneeskundige verklaringen kunnen worden medegedeeld, impliceert de toelaatbaarheid van het geneeskundig onderzoek en het aanwenden van de gezondheidstoestand in de verzekeringspraktijk. Hierdoor *kan* uitsluiting op grond van de voorafbestaande gezondheidstoestand worden gelegitimeerd.[2400] Men mag hierbij evenwel niet uit het oog verliezen dat het opvragen van geneeskundige en/of medische onderzoeksresultaten aan welbepaalde voorwaarden onderworpen is.[2401]

849. **Ziekteverzekeringsovereenkomst en gezondheidstoestand.** Een interessant voorbeeld van de legitimiteit van het in rekening brengen van de gezondheidstoestand in het segmentatieproces, is te

---

zich niet tegen het principe van een medische index, maar wel tegen het feit dat de index enkel toelaat om de premies aan te passen en niet de reserves. Zie *De Standaard* 23 februari 2010, “Ook Assuralia vecht wet hospitalisatieverzekeringen aan”; *De Standaard* 24 februari 2010, “Medische index onder vuur”.

[2398] J.-P. COTEUR, A. MORIAU en I. NAUWELAERS, “Un confort qui a son prix”, *Budget & Droits* november/december 2009, afl. 207, 9; C. DEVOET, “Assurance, différenciation et discrimination, *l.c.*, 103.

[2399] Rekening houdend met de achterliggende bedoeling van de wetgever om de verzekeraar reeds additionele reserves te laten opbouwen voor het moment dat de verzekerde overschakelt naar een niet-beroepsgebonden ziektekostenverzekering, kan worden gesteld dat de artikel 138*bis*-9 eerder een legitimatie vormt voor het in rekening brengen van de aangesloten termijn dan voor het rekening houden met de factor leeftijd *an sich*. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat met betrekking tot de praktische uitvoerbaarheid van deze bepaling, veel onduidelijkheid blijft bestaan.

[2400] Zie K. BERNAUW, *l.c.*, 29. Zie evenwel de rechtspraak betreffende de juridische grenzen aan de uitsluiting van de voorafbestaande toestand op grond van de interpretatie van de polisvoorwaarden, de wetgeving inzake onrechtmatige bedingen zoals bepaald in artikel 14 van het Controlereglement (gelijkwaardigheid van de verbintenissen van verzekeraar en verzekeringnemer) en artikel 94 van de oude WHPC, C. VAN SCHOUBROECK, G. JOCQUÉ, A. DE GRAEVE, M. DE GRAEVE en H. COUSY, “Overzicht van rechtspraak verzekeringen. Wet op de landverzekeringsovereenkomst (1992-2003)”, *T.P.R.* 2003, p. 1884-1885, nr. 29.2; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 183.

[2401] Zie betreffende de rol van medische informatie in de verzekeringsovereenkomsten en artikel 95 van de W.LVO, F. GOYENS, *l.c.*, 158-161; K. TROCH, *l.c.*, 1-64; D. DRYKONINGEN en P. LOUYET, “Het recht om te weten. Informatieplicht van de patiënt”, *Budget & Recht* maart 2005, 15-17.

vinden in artikel 138*bis*-5 van de W.LVO. Hier wordt bepaald dat wanneer een verzekerde op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst een reeds gediagnosticeerde ziekte of aandoening verzwijgt of onjuist mededeelt, de verzekeraar zich steeds kan beroepen op de sancties van artikel 7 van de W.LVO.[2402] De verzekeraar kan zich eveneens beroepen op het onopzettelijk verzwijgen of onjuist mededelen van gegevens met betrekking tot een ziekte of aandoening waarvan de *symptomen* zich reeds hadden gemanifesteerd. (Voorwaarde is wel dat de verzekeraar er zich op beroept binnen de twee jaar na het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst en de ziekte of aandoening binnen deze twee jaar werd gediagnosticeerd. Een latere diagnose heeft voor gevolg dat de onopzettelijke verzwijging niet meer mag worden ingeroepen door de verzekeraar).[2403]

In het hierboven besproken artikel 138*bis*-6, dat een recht op een ziektekostenverzekering toekent voor chronisch zieken of gehandicapten onder de 65 jaar (aan een premie die zou aangerekend worden indien zij niet chronisch ziek of gehandicapt waren), wordt bepaald dat kosten die verband houden met de ziekte of handicap welke bestaat op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, onder de hierbij beschreven voorwaarden, eveneens mogen worden *uitgesloten* van dekking.

C. Evaluatie

850. **Verhouding met het anti-discriminatieverbod.** De hierboven besproken bepalingen betreffen allen voorbeelden ter mogelijke legitimatie van een bestreden differentiatiebeleid. Sommige bepalingen bevestigen het principe dat het voeren van een segmentatiebeleid inherent verbonden is aan de verzekeringspraktijk. Andere bepalingen erkennen of ondersteunen het gebruik van welbepaalde segmentatiecriteria zoals leeftijd, geslacht of gezondheidstoestand, of laten het expliciet toe. In een zeldzaam geval wordt er zelfs toe verplicht. Men kan zich afvragen in welke mate onderscheid dat wordt toegelaten of opgelegd door een wettelijke bepaling, nog strijdig kan zijn met het verbod van discriminatie. Een antwoord kan worden gevonden in de hoger reeds besproken vrijwaringsclausule in de

---

[2402] Artikel 7 W.LVO regelt de gevolgen van het onopzettelijk verzwijgen. (opzegging, evenredige prestatie, …) Voor het *opzettelijk* verzwijgen blijft de nietigheidssanctie gelden. Zie artikel 6 W.LVO. Zie ook C. DEVOET, "Assurance, différencation et discrimination", *l.c.*, 86.

[2403] Artikel 138*bis*-5 bepaalt eveneens dat wanneer de ziekte of aandoening, op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, zich op geen enkele wijze heeft gemanifesteerd, de verzekeraar nooit verzwijging kan inroepen, zelfs niet wanneer de diagnose binnen de twee jaar werd gesteld. De verzekeringnemer kan onmogelijk gehouden zijn gegevens en omstandigheden mede te delen die hem onbekend zijn op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Zie artikel 5 W.LVO *jcto.* Artikel 138*bis*-5 W.LVO. Zie H. COUSY, "Over de uitsluiting van de voorafbestaande toestand in de persoonsverzekering", *T.B.H.* 1997, 699-700. De hierbij beschreven regeling is gebaseerd op rechtspraak van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel. Zie Vz. Kh. Brussel, 16 juni 2003, *T.B.H.* 2003, 887-888. Zie daarvoor Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot wijziging, wat de private ziekteverzekeringsovereenkomsten betreft, van de W.LVO, *Parl. St.* 2005-2006, nr. 2689/1, 5. Zie ook C. DEVOET, "Assurance, différencation et discrimination", *l.c.*, 86. Zie voor een gelijkaardige regeling voor de ziekenfondsen, oud-artikel 9, §1*quinquies* 1° en 2° van de Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van de ziekenfondsen, *B.S.* 28 september 1990, zoals gewijzigd door de Wet van 11 mei 2007, *B.S.* 31 mei 2007. Ook deze regeling werd ondertussen opgeheven, daar de ziekenfondsen, voor wat betreft het aanbieden van ziekteverzekering, een maatschappij van onderlinge bijstand dienen op te richten, die onder het toepassingsgebied van de W.LVO zullen vallen. (Zie artikel 13 en artikel 73 van de Wet van 26 april 2010 houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering, *B.S.* 28 mei 2010.) Zie reeds *supra* voetnoot nr. 2394.

wetgeving van 10 mei 2007.[2404] Deze bepaling stelt dat direct of indirect onderscheid op grond van de beschermde criteria nooit aanleiding geeft tot de vaststelling van discriminatie, wanneer dit wordt *opgelegd* door of krachtens een wet.[2405] Daaruit blijkt reeds voldoende dat deze vrijwaringsclausule in de meeste van de hierboven aangehaalde gevallen niet zal kunnen worden ingeroepen als argument om zich te onttrekken aan de anti-discriminatiewetgeving. Indien er van sommige bepalingen al een verplichting uitgaat om gebruik te maken van een beschermde discriminatiegrond, moet de rechter steeds nagaan of deze wetgeving niet indruist tegen het internationaal recht inzake mensenrechten alsook het primair of afgeleide recht van de Unie. Hij kan deze wetgeving in dat geval buiten toepassing laten (of in het geval van strijdigheid met de artikel 19-Richtlijnen, ze conform deze Richtlijnen interpreteren[2406]) of hieromtrent een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof.[2407] Indien aldus de norm waarop de verzekeraar zich beroept buiten toepassing wordt gelaten of conform de hogere norm wordt geïnterpreteerd, voldoet zijn rechtvaardiging op basis daarvan niet aan het vereiste van een legitiem doel. Kan de verzekeraar wel een niet-discriminatoire norm aanwijzen die hem verplicht om onderscheid te maken, voldoet hij aan het vereiste van de legitieme doelstelling, maar blijft nog steeds het bewijs vereist dat de bestreden handeling geschikt én noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken.[2408] Het naleven van het criterium van legitimiteit blijft een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde om een onderscheid of benadeling te rechtvaardigen.[2409]

§ 2. Een zo correct mogelijke risico-inschatting

851. **Evenwicht en billijkheid tussen de verschillende categorieën van verzekerden.** De verzekeraar kan ook zonder beroep op wettelijke bepalingen die het gebruik van bepaalde differentiatiecriteria on-

---

[2404] Cf. *supra* nr. 209, met verwijzing naar artikel 11 van de Algemene anti-discriminatiewet en de Anti-racismewet en artikel 18 van de Genderwet.

[2405] Zie ook L. SOMMERIJNS, "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *l.c.*, 165, die uit deze bewoordingen afleidt dat onderscheiden die men kan verdedigen op grond van een wet of onderscheiden die niet verboden zijn door een wet, of toegelaten zijn, zonder te zijn opgelegd, niet kunnen genieten van de vrijwaringsclausule.

[2406] Hierbij wordt eraan herinnerd dat het Hof van Justitie de sanctie van niet-toepasselijkheid in een geschil tussen particulieren heeft begrensd tot Richtlijnen die niet tot doel hebben om particulieren rechten te verlenen ten opzichte van andere particulieren. Cf. *supra* nr. 118, met verwijzing naar o.m. H.v.J. 5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835, ov. 109-109. Daarbij moet er eveneens aan worden herinnerd dat het Hof van Justitie in hetzelfde arrest bevestigt dat richtlijnen steeds richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd, ook, zoals *in casu* het geval was, in een geschil tussen particulieren en *a fortiori* wanneer het gaat om een richtlijn die rechten verlenen aan particulieren. Cf. *supra* nr. 119, met verwijzing naar ov. 112 van het arrest *Pfeiffer*.

[2407] In de vrijwaringsclausule wordt namelijk eveneens verklaard dat zij geen uitspraak doet over de conformiteit van dergelijke wetgeving met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationaal recht. Zie telkens §2 van artikel 11 van de Algemene anti-discriminatiewet en de Anti-racismewet en artikel 18 van de Genderwet. Zie ook *supra* nr. 209, met verwijzing naar Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 24, evenals Verslag Libert, *l.c.*, 19.

[2408] Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat een onderscheiden behandeling ook in verzekering pas kan worden toegelaten wanneer dit én objectief gerechtvaardigd is door een legitieme doelstelling én wanneer de middelen om dit doel te bereiken gepast en noodzakelijk zijn. Zie Verslag, *l.c.*, 110-111.

[2409] J. H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 237-238; L. KERZMANN, *l.c.*, 96-97 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 86 ; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 188.

dersteunen trachten om de legitimiteit van zijn differentiatiebeleid aan te tonen. Om te bewijzen dat het gebruik van beschermde discriminatiegronden voldoet aan de *werkelijke behoefte van de onderneming* kan de verzekeraar de rechter overtuigen van zijn behoefte aan een zo *correct mogelijke risico-inschatting*..[2410] Door gebruik te maken van segmentatiecriteria zoals leeftijd, geslacht, handicap en seksuele voorkeur kan op een snelle, eenvoudige en goedkope manier een risicoprofiel worden opgesteld dat zo dicht mogelijk aansluit bij het te verzekeren risico. Op basis van deze risico-inschatting kunnen dan premies en andere contractsvoorwaarden worden bepaald die, teneinde de rentabiliteit te kunnen garanderen, in overeenstemming dienen te zijn met dit risico.[2411] Hierdoor wordt het mogelijk om de goede risico's niet te bestraffen door een onbezonnen aanvaarding van slechte risico's en zou men makkelijker een antwoord moeten kunnen vinden op de hierboven toegelichte problemen van "*moral hazard*" en "anti-selectie".[2412]

852. **Toepassing in hospitalisatieverzekering.** Een eerste (en vooralsnog enige gepubliceerde) zaak waarbij de Belgische rechter diende te oordelen over de gerechtvaardigdheid en dus ook de legitimiteit van een door een verzekeraar gevoerd differentiatiebeleid, is de hierboven reeds aangestipte procedure tussen *DKV* en *Test-Aankoop* van 2005.[2413] De Brusselse Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel diende te oordelen over het discriminatoir karakter van een door een hospitalisatieverzekeraar toegepaste premieverhoging die groter was voor ouderen dan voor jongeren. De hospitalisatieverzekeraar wou het verschil in behandeling tussen ouderen en jongeren verantwoorden door het feit dat zij wordt geconfronteerd met een stijging van de kosten met betrekking tot de ontwikkeling van de medische wetenschap. Volgens haar verhoogt het stijgingsritme van de kosten gevoelig met de leeftijd en ligt het aantal schadegevallen bij ouderen statistisch veel hoger dan bij jongeren. In de onderhavige zaak werd niet betwist dat de hospitalisatieverzekeraar het recht heeft de tarieven te verhogen om het financieel evenwicht dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de prestaties van de verzekeraar te garanderen. Hetgeen wel werd betwist was het feit dat de verzekeraar de pre-

---

[2410] J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 92; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen", *l.c.*, 14; K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 294; C.-A. VAN OLDENEEL en F. DE CLIPPELE, "Verzekeraars staan klaar om antidiscriminatiewet toe te passen", *l.c.*, 5, gesteund op artikel 12 van het controlereglement.

[2411] *Ibidem*. De Belgische beroepsvereniging voor verzekeringsondernemingen bevestigt dat het doel van een (doorgedreven) differentiatiebeleid erin bestaat om voor elke verzekerde een *correct premieniveau* te kunnen vaststellen. Terug verwijzend naar de hierboven toegelichte controlewetgeving zou het streven naar een correct premieniveau er dan in kunnen bestaan een 'billijke' premie te bepalen, die in verhouding staat tot de kans op voorzienbare schadegevallen en kosten, zodat het evenwicht en de veiligheid van de verrichtingen niet in gevaar komt en de billijkheid onder de verschillende categorieën van verzekerden wordt geëerbiedigd. Zie COMMISSIE VOOR JURIDISCHE STUDIES VAN DE BVVO, Wet ter bestrijding van discriminatie. Toepassing op verzekeringen, nota, 6. Zie ook B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen", *l.c.*, 14; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.*, 655.

[2412] G. SCHOORENS, *l.c.*, 219; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 152; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.*, 655; L. KERZMANN, *l.c.*, 96; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 41.

[2413] Zie Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot. Zie reeds *supra* nr. 178-181, met verwijzing naar Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

mieverhoging ongelijk toepaste en dit door middel van een stijging waarvan de hoogte gekoppeld was aan de leeftijd van de betrokken verzekerde.[2414] Het door de hospitalisatieverzekeraar aangehaalde legitieme doel betrof meer concreet de moeilijkheden die hij ondervond als gevolg van de stijging van de kosten met betrekking tot de ontwikkeling van de medische wetenschap en het feit dat het stijgingsritme van de kosten gevoelig met de leeftijd verhoogt.[2415] De Voorzitter verklaart dit doel niet noodzakelijk illegitiem, maar ging in het bijzonder na of de ongelijke premieverhoging kan voldoen aan het pertinentiecriterium en het criterium van noodzakelijkheid of vergelijkende doeltreffendheid.[2416]

853. **Puur commerciële overwegingen?** Hoger werd er reeds op gewezen dat Test-Aankoop in de hierbij besproken zaak had beweerd dat het beleid dat door DKV werd gevoerd er niet zozeer op gericht was om het hoofd te bieden tegen een stijging van de algemene ziektekosten. Eerder zou het erop gericht zijn om de nieuwe, jonge aangeslotenen te begunstigen en te binden, en de oudere (vooral de oudste groep) eenzijdig zware financiële voorwaarden op te leggen, nu zij wegens hun leeftijd minder vlug elders een verzekering zouden kunnen aangaan. Deze laatsten worden dan verplicht de bestaande overeenkomst op te zeggen, ofwel een dekking te aanvaarden die ingrijpend wordt beperkt.[2417] De Voorzitter heeft zich niet uitgesproken over het feit of de werkelijke redenen voor het gevoerde beleid lagen in een dergelijk puur-commerciële overweging. Moest aanvaard zijn dat de doelstellingen van de hospitalisatieverzekeraar werkelijk op dit vlak te situeren waren, dan kan worden aangenomen dat het aangevochten differentiatiebeleid zelfs de legitimiteitstoets niet had doorstaan. In dat verband kan worden herinnerd aan de woorden van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in de *Zurich*-case voor het Canadese Supreme Court. Volgens haar dient het door de verzekeraar gevoerde differentiatiebeleid

> *"be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such distinction accurately reflects the cost of the risk insured, rather than for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code".* [2418]

854. **Verdere inspiratie uit de Canadese rechtspraak.** Naar een invulling van het begrip van de werkelijke behoefte van de onderneming in verzekeringsrelaties werd inderdaad ook in buitenlandse beschermingssystemen gezocht. Zo stelde de B*oard of Inquiry* in de Canadese *Zurich-case* dat de ver-

---

[2414] *Ibidem*, 679. Zie ook Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", (noot onder Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005), *T.B.H.* 2005, afl. 6, 685.

[2415] *Ibidem*, 680.

[2416] Zie daarvoor *infra* nr. 885.

[2417] Zie reeds *supra* nr. 179, met verwijzing naar TEST-AANKOOP, "De anti-discriminatiewet wordt toegepast: 'een historisch vonnis' van Test-aankoop tegen DKV, Hospitalisatieverzekering (DKV) en segmentering van verzekeringspremies", *l.c.*

[2418] Cf. *supra* nr. 597, met verwijzing naar *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*").

zekeraar dient aan te tonen dat "*the very essence of its business would be undermined*" indien hij geen gebruik zou kunnen maken van de door de anti-discriminatiewetgeving beschermde criteria.[2419]

Deze invulling werd door het Canadese Supreme Court echter te streng bevonden en geherformuleerd in die zin dat het differentiatiebeleid van de verzekeraar gebaseerd dient te zijn op een "*sound and accepted insurance practice*". Meerbepaald werd het bepalen van "*premiums that are commensurate with risk*" beschouwd als een nastreefbare en legitieme doelstelling.[2420] Deze overweging komt overeen met die van L'HEUREUX-DUBÉ die vroeg dat de gemaakte onderscheiden "*accurately reflect the cost of the risk insured*".[2421]

855. **Aanvaardbaarheid van economische en budgettaire overwegingen.** Een argumentatie die inhoudt dat het gebruik van beschermde discriminatiegronden nodig is om op een zo correct mogelijke manier *aan risico-inschatting te doen*, kan worden geïnterpreteerd als een rechtvaardiging op grond van economische of budgettaire overwegingen. Hoger werd er echter op gewezen dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie een zekere terughoudendheid bestaat om dergelijke overwegingen te aanvaarden als rechtvaardigingsgrond.[2422] Een iets soepeler opstelling werd nochtans aangenomen op het domein van verzekerings- en pensioenrelaties. Op dit terrein won langzaamaan de gedachte aan belang dat verzekeringsondernemingen en pensioeninstellingen de legitimiteit van het door hun gevoerde segmentatiebeleid kunnen aantonen door te bewijzen dat dit beleid noodzakelijk was voor een *gezond financieel beheer,* of voor de *handhaving van het financieel evenwicht van de verzekeringsportefeuille*. Over de aanvaardbaarheid van een dergelijke rechtvaardigingsgrond handelt het volgende punt C.

§ 3. Gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille

856. **Financieel evenwicht in de sociale zekerheid.** Zoals hierboven reeds toegelicht, heeft het Hof van Justitie het zogenaamde gezond financieel evenwicht van de nationale pensioenstelsels en sociale zekerheidsstelsels herhaaldelijk aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor discriminatie op grond van geslacht.[2423] De in deze zaken naar voor geschoven overwegingen waren echter niet steeds zui-

---

[2419] Cf. *supra* nr. 588, met verwijzing naar Ontario Board of Inquiry 1985, *Canadian Human Rights Reporter* 1985, afl. 6, D/2965.

[2420] Cf. *supra* nrs. 591 en 593, met verwijzing naar *Justice* SOPINKA in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*"). Hierboven werd reeds aangegeven dat een dergelijk argument ook een plaats kan krijgen binnen de toetsingsmethodiek van de Zuid-Afrikaanse *PEPUDA* (*section* 14 (3)(f)). Cf. *supra* nr. 676 , met verwijzing naar A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 74.

[2421] Zie de *dissenting opinion* van L'HEUREUX-DUBÉ J. in de *Zurich*-case, *supra* nr. 597.

[2422] Cf. *supra* nr. 554, met verwijzing naar H.v.J. 17 juni 1998, *Hill en Stapleton/The Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998, I-3739, ov. 40; H.v.J. 20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741, ov. 61; H.v.J. 4 juni 2002, *Commissie/Portugal*, C-367/98, *Jur.* 2002, I-473, ov. 52.

[2423] H.v.J. 7 juli 1992, The Queen/Secretary of State for Social Security, ex parte equal opportunities Commission, C-9/91, *Jur.* 1992, I-4297, ov. 15; H.v.J. 30 maart 1993, Secretary of State for Social Security/Evelyn Thomas e.a., C-328/91, *Jur.* 1993, I-1247, ov. 9; H.v.J. 14 december 1995, Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover, C-

ver financieel van aard, maar dienden tevens een sociaal doel, met name het veilig stellen van de sociale zekerheid.[2424] Daarmee was nog niet gezegd dat ook particuliere verzekeringsondernemingen of pensioeninstellingen het gebruik van de factor geslacht in hun differentiatiepraktijk konden rechtvaardigen door zich te beroepen op doelstellingen van gezond financieel beheer.

857. **Financieel evenwicht in de bedrijdspensioenstelsels.** In de hierboven toegelichte zaken *Neath* en *Coloroll* werd de zogenaamde *handhaving van het financieel evenwicht*' door de verwerende partijen (pensioeninstellingen) opgeworpen ter rechtvaardiging van het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen. Het Hof van Justitie ging echter niet in op deze argumentatie. De kwestie werd omzeild door te oordelen dat de financieringsmodaliteiten van bedrijfspensioenstelsels niet onder het toepassingsgebied van het geslachtsdiscriminatieverbod van [oud-]artikel 119 E.G.-Verdrag vielen.[2425] Advocaat-Generaal VAN GERVEN nam wél standpunt in over de vraag of het "behoud van het financieel evenwicht" een geldige en legitieme doelstelling was. VAN GERVEN maakt de nuance dat het op het vlak van de *interne actuariële beheersmethoden* gerechtvaardigd kan zijn om rekening te houden met de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen en dus met een onderscheid op grond van geslacht. Op die manier kan worden nagegaan welke middelen er nodig zijn om het financieel evenwicht tussen bijdragen en uitkeringen in stand te houden. Op het vlak van de *externe betrekkingen* of de eigenlijke vaststelling van het bedrag van bijdragen en uitkeringen die aan de pensioen-gerechtigde werknemer wordt gevraagd, respectievelijk uitbetaald, was de nood tot handhaving van het financieel evenwicht van de bedrijfspensioenstelsels echter niet aanvaardbaar als rechtvaardigingsgrond voor de discriminatoire behandeling van mannen en vrouwen.[2426]

In de zaak *Lindorfer* deed het Hof van Jusititie voor het eerst zelf uitspraak over de geoorloofdheid van (naar het geslacht) verschillende acturariële berekeningsfactoren. Uit het arrest kan worden afgeleid dat het Hof op zich niet weigerachtig staat tegenover het aanvaarden van het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel als rechtvaardigingsgrond. Het Hof voegt daar wel aan toe dat *eenzelfde* hoogte van de bijdragen die op de bezoldiging van mannelijke en vrouwelijke ambtenaren werd geheven, dat beheer (in het gegeven geval) niet doorkruist. Het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen werd uiteindelijk niet gerechtvaardigd geacht maar

---

317/93, *Jur.* 1995, I-4625, ov. 29-34, in het bijzonder ov. 30; H.v.J. 16 december 1999, Kohll/Union des Caisses de Maladie, C-158/96, *Jur.* 1998, I-1931, ov. 41.

[2424] *Cf. supra* nr. 556.

[2425] Cf. *supra* nr. 69, met verwijzing naar H.v.J. 22 december 1993, *Neath/Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, 6935, ov. 32-33; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, ov. 85.

[2426] Advocaat-Generaal VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni/Collo*, C-110/91, *Neath/Steeper,* C-152/91, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879, ov. 39.

naar een onderscheid tussen “interne actuariële beheersmethoden” en “externe betrekkingen” werd niet meer verwezen.[2427]

858. **Onderscheid tussen technisch en commercieel tarief in de legitimiteitsbeoordeling.** Het door VAN GERVEN gemaakte onderscheid tussen de “interne actuariële beheersmethoden” en de “externe betrekkingen” kan niettemin van belang zijn in de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het differentiatiebeleid van de pensioeninstelling of de verzekeraar. Hoger werd er reeds op gewezen dat het onderscheid gelijk loopt met het onderscheid dat in de actuariële praktijk wordt gemaakt tussen enerzijds de technische kostprijs van de dekking en anderzijds het commercieel tarief.[2428]

> Zo wordt het *technische tarief* door DENUIT aangeduid als de eigenlijke bijdrage die de verzekeraar in staat moet stellen om schades te vergoeden en de veiligheidsmarges te berekenen die de verzekeringsmaatschappij, in functie van het risicoprofiel van de verzekerden, stabiele resultaten oplevert.
>
> In tegenstelling tot het technisch tarief dat bestemd is voor intern gebruik, stemt het *commercieel tarief* overeen met de eigenlijke prijs aanduidt die de (kandidaat-)verzekeringnemer uiteindelijk betaalt voor het verzekeringsproduct.[2429]

DENUIT wijst er op dat de actuariële techniek geenszins verplicht om criteria zoals het geslacht, de leeftijd of de seksuele geaardheid op te nemen in het commerciële tarief dat men wil hanteren. Hij geeft toe dat bv. mannen en vrouwen op elke leeftijd een hogere gemiddelde levensverwachting hebben. Tegelijk geeft hij aan dat er evenveel verschil bestaat tussen de mortaliteit van hoger kaderpersoneel en arbeiders, zonder dat dergelijke variaties systematisch in de commerciële tarieven worden opgenomen.[2430] Om tegemoet te komen aan een goed risicobeheer zou het al kunnen volstaan om het criterium enkel op te nemen in het “technische tarief”, dat gebaseerd is op het aantal mannen en vrouwen dat zich in portefeuille bevindt.[2431] DENUIT wijst erop dat de commerciële tarieven vroeger zo goed als uniform waren en dat het pas sinds het laatste decennium is dat zij almaar meer zijn gaan verschillen in functie van het profiel van de verzekerden en dus ook in functie van het geslacht, de leeftijd, de gezondheidstoestand,… van de kandidaat-verzekerde. Volgens DENUIT zijn de verschillen tussen het technische en commerciële tarief meestal te verklaren door “*reglementaire of concurrentiële overwegingen, evenals de bekommernis om eenvoudige prijslijsten*” en worden zij lang niet meer altijd ingegeven door de actuariële wetenschap.[2432]

[2427] Cf. *supra* nr. 75, met verwijzing naar H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-204/01, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 56-58.

[2428] Cf. *supra* nr. 491.

[2429] M. DENUIT, "Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?", *De Verz.* september 2005, afl. Document nr. 2, 1-2. Zie ook R. THYS, *l.c.*, 98.

[2430] M. DENUIT, "Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?", *l.c.*, 6-7.

[2431] *Ibidem*, 1-2 en 6-7.

[2432] *Ibidem*. Zie eveneens C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 187; Y. THIERY, “Het Europees verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen”, *l.c.*, nr. 80. Zie ook B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 250.

859. **Terughoudendheid ten opzichte van puur commerciële overwegingen.** Rekening houdend met deze overwegingen kan worden erkend dat het destijds door Advocaat-Generaal VAN GERVEN beschreven onderscheid tussen de interne actuariële beheersmethoden en de externe betrekkingen, precies gemaakt is om te vermijden dat budgettaire overwegingen die neerkomen op een puur commerciële, concurrentiële of zelfs administratieve grondslag zouden worden aangewend als enige rechtvaardiging van het gebruik van beschermde discriminatiegronden in verzekeringsovereenkomsten. Hoe beter de verzekeraar kan aantonen dat discriminatiegronden zoals geslacht, leeftijd, seksuele geaardheid of handicap daadwerkelijk *bepalend* zijn voor het risico en hoe duidelijker het is dat commerciële of concurrentiële overwegingen geen of weinig invloed hebben gehad op de uiteindelijke prijszetting of berekening van de uitkeringen, hoe makkelijker zal worden aanvaard dat zijn differentiatiebeleid voldoet aan de *werkelijke* behoefte van de onderneming.

§ 4. Anti-selectie en moral-hazard

860. **Bestrijding van anti-selectie en *moral hazard*.** Ter verdere ondersteuning van het argument dat het gebruik van beschermde discriminatiegronden een garantie vormt voor het gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille, zou de verzekeraar kunnen aantonen dat het gebruik van deze onderscheidingscriteria noodzakelijk is om tegemoet te komen aan de hierboven reeds besproken gevaren van anti-selectie en *moral-hazard*.[2433]

861. ***Moral hazard*.** Ingeval de verzekeraar geen gebruik mag maken van de door de anti-discriminatiewetgeving beschermde discriminatiegronden en daarbij ook nog eens onvoldoende kan terugvallen op andere factoren die bepalend zijn voor het risico, wordt hij in feite verplicht om goede en minder goede risico's te gaan *poolen.* Hoger werd reeds aangetoond dat er op die manier geen prikkels meer worden gecreëerd die ervoor zorgen dat de verzekerde meehelpt aan het beperken van het risico. Daardoor zou onvoldoende worden tegemoet gekomen aan het zogenaamde gevaar van *moral hazard*. Zonder segmentatie van risico's zal de verzekerde geneigd zijn om zijn risico-niveau terug te brengen tot het niveau waarop dit voor de verzekeraar controleerbaar wordt en zal hij zich als een minder goed risico gedragen.[2434] Wil men dit gevaar vermijden is segmentatie van risico's essentieel.[2435]

862. **Anti-selectie.** In het geval van *pooling* worden de goede risico's bovendien gestimuleerd om zich uit het systeem terug te trekken. Door het mechanisme van *anti-selectie* (zelfselectie aan de kant

---

[2433] Cf. *supra* nrs. 274-282 en 296-297.

[2434] Cf. *supra* nr. 275, met verwijzing naar K.J. ARROW, "Uncertainty and the welfare economics of medical care"; *American Economic Review* 1963*,* 961; S. SHAVELL, "On moral Hazard and insurance", *The quarterly Journal of Economics* november 1979, 541; B. HOLMSTRÖM, "Moral hazard and observability", *The Bell Journal of Economics* 1979, afl Spring, 74.

[2435] Zie Y. THIERY, "Het Europees verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen", *l.c.*, 29; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 29; J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 93.

van de verzekerde) zullen deze goede risico's in dat geval ofwel minder dan volledige dekking aanschaffen, of op zoek gaan naar een andere verzekeraar die op zijn maat differentieert ofwel volledig afzien van verzekering en overstappen naar een alternatieve zekerheidsformule.[2436] Men stelt immers vast dat de verzekerde risico's zich in een competitieve verzekeringsmarkt *subsidie-avers* opstellen.[2437] Dat wil zeggen dat zij niet willig zijn om bij te dragen aan personen met een hoger risico. Zij zullen enkel willen bijdragen aan personen met een gelijk risico. Deze gedachte strookt nog steeds met het solidariteitsmechanisme in verzekering. De door de verzekeraar nagestreefde solidariteit betreft namelijk een solidariteit tussen verzekerden met eenzelfde risicoprofiel (kanssolidariteit) en is er *niet* op gericht een subsidie te creëren van de goede risico's naar de minder goede risico's (een zo laag mogelijke subsidiërende solidariteit).

> De rechter kan weliswaar van oordeel zijn dat het vermijden van subsidiërende solidariteit een legitieme doelstelling is. Hij moet zich er echter van bewust zijn dat dit niet steeds de *werkelijke* doelstelling is. Hoger werd er reeds op gewezen dat de verzekeraar soms bewust vormen van subsidiërende solidariteit organiseert of laat bestaan (*de-minimis* effect van segmentatie[2438], *society's sense of fairness*[2439] en redenen van verzekerbaarheid[2440]). Ook het nastreven van kanssolidariteit kan om verschillende redenen (hoge kosten van steeds verdere opdeling, wet van de grote getallen)[2441] niet tot in het oneindige worden doorgetrokken. Het gebruik van factoren zoals geslacht en leeftijd is dan ook niet noodzakelijk gelinkt aan deze doelstellingen. Het kan integendeel zijn ingegeven door andere redenen die er toe leiden dat subsidiërende solidariteit tussen goede en minder goede risico's net in stand wordt gehouden. Zo is het voor de verzekeraar vaak gewoon te duur om op basis van andere, meer precieze risico-factoren te segmenteren.[2442] Door vast te houden aan beschermde discriminatiegronden blijven heel wat verzekerden dan om redenen van kostenefficiëntie geblokkeerd binnen een te hoge risicogroep. Het argument dat het gebruik van bepaalde selectiecriteria leidt tot een vermindering van subsidiërende solidariteit, zal dan ook kritisch moeten worden onthaald.

[2436] Zie reeds *supra* nr. 277, met verwijzing naar G.A. AKERLOF, *l.c.*, 492-492; P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 591; F. DE BILDERLING, *l.c.*, 242. Zie ook B.G. DHALBY, "Adverse selection and statistical discrimination, an analysis of Canadian automobile insurance, in G. DIONNE en S.E. HARRINGTON, *Foundations of insurance economics – Readings and findings in economics and finance,* Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992, 378; G. SCHOORENS, "Segmentering en discriminatie", *l.c.*, 219-220.

[2437] Zie Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 196.

[2438] Cf. *supra* nr. 268, met verwijzing naar ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITTEE, *l.c.*, 6.

[2439] Cf. *supra* nr. 267, met verwijzing naar G. DE WIT en J. VAN EEGHEN, *l.c.*, 155-156; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles question", *l.c.*, 244; W. VAN BOOM, *l.c.*, 265.

[2440] Cf. *supra* nr. 269, met verwijzing naar M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger", *l.c.*, 98; H. COUSY, "Concurrence et solidarité – paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances", *l.c.*, nr. 9.

[2441] Cf. *supra* nr. 262, met verwijzing naar G.W. DE WIT en J. VAN EEGHEN, *l.c.*, 152; Y. STEVENS, *o.c.*, 508-509; S.C.W. VAN EGMOND, *o.c.*, 51.

[2442] Hoger (*supra* nr. 283) werd in dit verband reeds gewezen op een zogenaamde "*tendency to equalize* "die erin bestaat dat de verzekeraar bewust een zekere heterogeniteit toelaat binnen de risicogroepen. Zie K. J. ARROW, *l.c.*, 963-964. Van een dergelijke heterogeniteit kan zeer goed sprake zijn wanneer de verzekeraar zich beperkt tot administratief makkelijk te verwerken risico-factoren zoals leeftijd of geslacht.

863. **Anti-selectie-spiralen.** Door de verzekeraar kan verder worden aangevoerd dat de verplichting tot het poolen van risico's die volgt uit het principieel verbod om nog langer rekening te houden met beschermde discriminatiegronden, het gevaar inhoudt van een niet te stoppen anti-selectie-*spiraal*.[2443] Indien een criterium zoals leeftijd, geslacht of handicap niet kan worden gebruikt, zou dit ertoe leiden dat degenen met de grootste verwachting op een schadegeval, een grotere prikkel ervaren om verzekering aan te schaffen (verzekering is voor hen te goedkoop) en degenen met een lage verwachting op een schadegeval afzien van verzekering (verzekering is voor hen te duur). Dit leidt tot een toename in de pool van verzekerden van personen met een hoger risico. Het gevolg daarvan zijn hogere premies, waardoor de verzekerden met een relatief lage schadeverwachting de verzekerings-*pool* opnieuw zullen verlaten. Daardoor ontstaat er weer een grotere verhouding van personen met een hoog risico in de pool, waardoor de premies weer zullen stijgen, enz… De rechtvaardiging van het feit dat de verzekeraar toch wil gebruik maken van de beschermde criteria kan dan worden gesteund op de noodzaak om deze zelf-vernietigende spiraal van subsidie-aversie te vermijden omdat die uiteindelijk leidt tot de instorting van de verzekeringsportefeuille.

864. **Anti-selectie en marktomstandigheden.** Het door verzekeraars ingeroepen anti-selectieargument speelt een belangrijke rol in de beoordeling van het vereiste van legitimiteit van het onderscheid. Niettemin moet dit argument steeds bedachtzaam worden geëvalueerd. De geanalyseerde economische literatuur toont aan dat het gevaar voor anti-selectie steeds afhankelijk zal zijn van de concrete marktcontext waarbinnen het segmentatiebeleid wordt gevoerd.[2444] Verzekerden zullen niet in alle omstandigheden geneigd zijn om zomaar naar een andere verzekeraar over te stappen, of om te kiezen voor een andere vorm van risicobeheer.[2445] Zij zullen dat bv. niet doen in een markt waar verzekering verplicht is opgelegd (collectieve verzekering, wettelijk verplichte verzekering), waar er geen echte alternatieven beschikbaar zijn (bv. fiscale voordelen van levensverzekering in vergelijking met sparen), of in een markt waar de verzekeringswaarborg om andere redenen als noodzakelijk wordt ervaren. Het gevaar voor anti-selectie zal in deze "prijs-inelastische" markten, waar de vraag naar verzekering dezelfde blijft ongeacht de prijs, zo goed als verwaarloosbaar zijn.[2446]

[2443] Zie voor dit begrip, P. DE JONG en S. FERRIS, *l.c.*, 589. Zie ook N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 156-157.

[2444] Cf. *supra* nr.278-279, met verwijzing naar S. BORENSTEIN, *l.c.*, 26-32; P. SIEGELMAN, *l.c.*, 1257; G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 115. Zie ook W. WILS, *l.c.*, 461-462; T. LEMMENS, *o.c.*, 193; COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 27.

[2445] Ibidem.

[2446] Zie ook M. DENUIT, *l.c.*, 6-7; S. BORENSTEIN, *l.c.*, 26; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 52; THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 207; Y. THIERY, "Het Europees verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen", *l.c.*, 30; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248; K. BERNAUW, *l.c.*, 294. Het poolen van verschillende risico's zal in dit geval ook niet noodzakelijk leiden tot bijzonder efficiëntieverlies. Zie reeds *supra* nr. 279, met verwijzing naar G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 106-107; S. BORENSTEIN, *l.c.*, 26; C. GOLLIER, *l.c.*, 78; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK , *l.c.*, 200.

Dezelfde kritische houding ten opzichte van het anti-selectieargument wordt door DUBUISSON verwoord als volgt:

> *"L'argument d'anti-sélection n'est pas, lui-même, toujours d'une égale pertinence dans tous les secteurs de l'assurance. La fuite des bons risques n'est à craindre que si les conditions du marché sont parfaitement transparentes pour les assurés et s'il existe des produits de substitution offerts par des concurrent à meilleur prix. Par ailleurs, ce danger est moins présent lorsque les produits vidés dont l'objet d'avantages fiscaux non attribués aux produits de substitution ou lorsque l'assurance est obligatoire. En termes économiques, il faut qu'il existe une certaine élasticité de l'offre par rapport à la demande."* [2447]

Voorts wordt erop gewezen dat er voor het gevaar voor anti-selectiespiralen weinig empirisch bewijs bestaat.[2448] SIEGELMAN kwalificeert de negatieve anti-selectiespiraal bv. als een "*urban legend*".[2449] Hij geeft evenwel toe dat het scenario niet onmogelijk is. Zo bespreekt hij het geval van twee met elkaar concurrerende ziekteverzekeringsproducten die werden aangeboden aan de leden van een Amerikaanse universiteit en waarbij voor deze producten een verschil bestond in de aangewende classificatiemethode. In dit geval waren alle parameters voor anti-selectie aanwezig: een quasi-identiek substituutproduct en een hoge prijselasticiteit van de vraag.[2450] Een negatieve prijsspiraal werd in dit geval zichtbaar. In heel wat verzekeringsmarkten zijn deze parameters echter niet volledig ingevuld en zal er dus ook niet vaak sprake zijn van anti-selectie-effecten.

865. ***Propitious selection.*** Een andere kritiek op het door de verzekeraar aangevoerde argument van een anti-selectiespiraal stelt dat er in heel wat gevallen geen sprake is van anti-selectie, maar enkel van *propitious selection*.[2451] In heel wat situaties kan worden aangetoond dat personen met een verhoogd risico net degenen zijn die *geen* verzekering aanschaffen, terwijl personen met een laag risico in hogere mate risico-avers zijn.[2452] Deze laatste personen zijn bereid om aan verzekering een zodanig hoge waarde te koppelen dat het de moeite loont om verzekering aan te schaffen die (zelfs) in actuariële zin een te hoge bescherming biedt. In tegenstelling tot het uitganspunt van de hierboven beschreven anti-selectiespiraal, zullen de goede risico's in deze gevallen helemaal niet geneigd zijn om de verzekeringspool te verlaten, waardoor er dus ook geen cirkeleffect kán optreden.

[2447] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 248, met verwijzing naar M. DENUIT, *l.c.*, 6 en C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 186.

[2448] Zie P. SIEGELMAN, *l.c.*, 1258. Zie ook G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 115. W. VAN BOOM spreekt over het verhaal van de "*Abominable snowman*". Zie W. VAN BOOM, *l.c.*, 257. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 184, met verwijzing naar A.S. MACDONALD, "Human genetics and insurance issues" in I. TORRANCE (ed.), *Bioethics for the new Millennium,* Edinburgh, St. Andrew Press, 2000, 28.

[2449] P. SIEGELMAN, *l.c.*, 258.

[2450] *Ibidem*, 1257-1258.

[2451] Cf. *supra* nr. 280, met verwijzing naar D. HEMENWAY, *l.c.*, 1063-1064; P. SIEGELMAN, *l.c.*, 1266; G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 117.

[2452] Cf. *supra* nr. 280, met verwijzing naar W. VAN BOOM, *l.c.*, 258; G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", *l.c.*, 116.

Zoals hierboven reeds aangetoond, relativeert het fenomeen van *propitious selection* meteen ook het gevaar voor *moral hazard*. In plaats van aan te nemen dat verzekerden hun risico-gedrag laten zakken tot het niveau dat dit voor de verzekeraar controleerbaar is, kan op basis van de *propitious selection*-theorie worden aangenomen dat personen die meer verzekering aanschaffen, meestal ook degenen zijn die de hoogste graad van risico-vermijding aan de dag leggen en er dus voldoende zorg voor zullen dragen dat het risico zich niet voordoet.[2453]

Indien de beoordelaar van het geschil een dergelijke houding van *propitious selection* kan waarnemen bij de verzekerden, zal een beroep op argumenten in verband met anti-selectie en *moral hazard* slechts weinig kans maken.

§ 5. Verhouding legitimiteitscontrole en geschiktheid en noodzakelijkheid

866. **Legitimiteit op zich is onvoldoende.** Zelfs wanneer de argumenten van de noodzaak van een zo correct mogelijke risico-inschatting en gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille worden aanvaard als gerechtvaardigde doelstelling van het betwiste differentiatiebeleid, is hiermee geen uitspraak gedaan over de vraag of het gemaakte onderscheid op zich gerechtvaardigd is. Dit mocht bv. blijken uit het oordeel van de Voorzieningenrechter in Utrecht. Hij stelde dat een verzekeraar die "*zich beperkt tot het argument dat de polissen een rekenkundig doordacht geheel zijn en de premie is aangepast aan het verzekerd risico*" op zich geen objectieve rechtvaardiging aanbrengt om onderscheid te maken.

Deze opvatting impliceert dat de verzekeraar additioneel bewijsmateriaal dient aan te brengen dat specifiek in functie staat van het aantonen van de *legitimiteit* van het onderscheid. Gedacht kan dan worden aan een wettelijke erkenning of ondersteuning voor het gebruik van een beschermde discriminatiegrond (zoals de controlewetgeving of het verzekeringscontractenrecht), of bewijs voor de aanwezigheid van een gevaar voor *moral hazard* of anti-selectie.[2454] Het oordeel van de Utrechtse Voorzieningenrechter brengt daarnaast ook in herinnering dat nog steeds bewijsmateriaal moet worden aangebracht ter verdere invulling van de andere toetsingscriteria van de Europese drie-stapstest. Beoordeeld moet inderdaad nog worden of het gemaakte onderscheid *passend* en *noodzakelijk* was om de nagestreefde doelstelling te bereiken. Op deze toetsingscriteria wordt hierna verder ingegaan.

[2453] D. HEMENWAY, *l.c.*, 1064.

[2454] Zie reeds eerder, Y. THIERY, "Het Europees verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen", *l.c.*, 28-29.

AFDELING 2. GESCHIKTHEID

867. **Overzicht.** De tweede stap van de voorgestelde rechtvaardigingstoets houdt een onderzoek in naar de vraag of het betwiste beleid wel geschikt is om de vooropgestelde legitieme doelstelling te bereiken. Indien men niet kan bewijzen dat de gebruikte middelen leiden tot de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling, zal de maatregel worden beschouwd als discriminatoir.[2455]

Onder deze paragraaf zal worden onderzocht hoe het pertinentiecriterium kan worden vertaald naar verzekeringsrelaties. Daarbij wordt aandacht besteed aan het belang van de impact van het beschermde kenmerk op het verzekerde risico. (§1) Eveneens wordt de rol toegelicht die statistische informatie in deze beoordeling kan hebben. (§2) Daarnaast wordt ingegaan op het feit dat de pertinentiebeoordeling niet kan voorbijgaan aan de vaststelling dat risicoclassificatie per definitie een inaccurate risicoclassificatie inhoudt. (§3) Toch zal erop worden gewezen dat in de pertinentiebeoordeling rekening kan worden gehouden met de vraag of de lasten verbonden aan het inaccuraat classificeren niet onevenredig worden verdeeld over de verschillende risicoklassen. (§4) Tenslotte wordt aangegeven dat in de beoordeling van de pertinentie eveneens kan worden nagegaan of er een gelijke verdeling plaatsvindt van stijgingen in de schadekost. (§5)

§ 1. Impact op het risico

868. **Betekenis.** Om de geschiktheid (passend, pertinentie) van het onderscheid te beoordelen zal men zich in de eerste plaats moeten afvragen of het door de verzekeraar gebruikte criterium een *impact* heeft op de aard van het te dekken risico.[2456] Concreet wil dit zeggen dat moet worden bewezen dat de frequentie of de omvang van het risico op een schadegeval hoger is voor personen die "drager" zijn van het gebruikte onderscheidingscriterium dan anderen. De verzekeraar moet bewijzen dat het door hem gebruikte differentiatiecriterium de aard van het risico verandert, meer bepaald verzwaart.[2457]

[2455] Cf. *supra* nr. 559, met verwijzing naar H.v.J. 23 oktober 2003, *Schönheit* (C-4/02) en *Becker* (C-5/02), gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02*, Jur.* 2003, I-12575, ov. 95-96. Zie ook J.H .GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 286. Zie ook S. SOTTIAUX, *l.c.*, 238.

[2456] K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 297; J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringsrelaties", *l.c.*, 98; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 655; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 249; F. EWALD, "A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination?" in X. (ed.), *Droit et économie de l'assurance de la santé*, Parijs, Dalloz, 2002, 183; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 189; A. VAN OEVELEN, "'De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *l.c.*, 1092; B. WEYTS, "Verzekeraars en de antidiscriminatiewet", *l.c.*, 1090; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 44; L. KERZMANN, *l.c.*, 97; C. PARIS, "Les dérives de la segmentation en assurance", *l.c.*, 20.

[2457] Zie bv. het antwoord van de Minister (tijdens de voorbereidende werken bij de anti-discriminatiewet van 2003) op de vraag of het wetsontwerp de mogelijkheid biedt om op te treden tegen bijpremies voor zwaarlijvige personen of diabetici. Volgens de Minister kan dit soort van ongelijke behandeling op grond van de anti-discriminatiewetgeving worden tegengegaan wanneer zij niet op een objectieve en redelijke wijze wordt gerecht-

869. **Voorbeeld** Neem in dit verband het voorbeeld van schuldsaldoverzekering waarbij het risico wordt verzekerd dat de kredietnemer overlijdt voorafgaand aan het einde van de kredietovereenkomst. De (kandidaat-)verzekerde zal bij het sluiten van de schuldsaldoverzekering vragen dienen te beantwoorden in verband met zijn bestaande gezondheidstoestand. Op basis hiervan zal de verzekeraar bepalen of en tegen welke voorwaarden hij het risico zal onderschrijven.[2458] Daarbij kan men zich echter afvragen waarom de verzekeraar voor het bepalen van het risico op vroegtijdig overlijden, informatie wenst te gebruiken in verband met aandoeningen van de huid zoals eczeem, of oogaandoeningen zoals cataract.[2459] Het stellen van dergelijke vragen wordt gemotiveerd vanuit de noodzaak om een totaalbeeld te krijgen van de kandidaat-verzekerde en aldus een beoordeling te maken in het licht van alle elementen samen.[2460] Indien echter blijkt dat dergelijke aandoeningen aanleiding geven tot uitsluitingen of bijpremies, moet de verzekeraar kunnen aantonen of en in welke mate deze een impact hebben op een verhoogde overlijdenskans. Tijdens de algemene bespreking van het wetsontwerp voor de anti-discriminatiewet van 2003 werd in dat opzicht verwezen naar de uitsluiting van kandidaat-verzekeringnemers die getroffen zijn door een ziekte die ambulante verzorging onderstelt (zoals diabetes en andere soortgelijke ziektebeelden), maar die niet automatisch leidt tot een verhoogd risico op overlijden. Dergelijke uitsluitingen werden niet gerechtvaardigd geacht.[2461]

§ 2. Statistiek, statistische correlatie en causaliteit

870. **Bewijs via statistiek.** Om de pertinentie van het gebruik van segmentatiecriteria aan te tonen, kan de verzekeraar in ieder geval gebruik maken van statistische gegevens. Het gaat dan om gegevens die een verhoogde schadekans aangeven voor personen die drager zijn van de beschermde dif-

---

vaardigd, *bijvoorbeeld als de zwaarlijvigheid de aard van het risico niet verandert*. Zie Verslag bij het Wetsontwerp tot versterking van de wetgeving tegen het racisme, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1407.5, 16. Zie ook Y. THIERY, "De anti-discriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 655; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 189; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 45. Het vereiste dat het beschermde kenmerk een impact moet hebben op het te verzekeren risico blijkt ook uit de formulering van het optierecht in artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Verschillen in premies en uitkeringen voor mannen en vrouwen kunnen worden toegestaan in de gevallen waarin het geslacht "*een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico*". Zie hierover reeds *supra* nr. 518.

[2458] Zie ASSURALIA, "Lijst met medische standaardvragen die de verzekeringsonderneming aan kandidaat-verzekerden stelt",

www.assuralia.be/fileadmin/content/documents/publicaties/090813_nl_Liste_questions_types.pdf, 2.

[2459] *Ibidem*, 11. Eerder werden op grond van in toepassing van de oude WHPC reeds *niet pertinent* bevonden, volgende vragen die gesteld werden voorafgaand aan het afsluiten van een hospitalisatieverzekeringspolis: "*Heeft u een aidstest ondergaan"*, "*volgt u thans een regime, een behandeling van ostheopathie, chiropraxie, acupunctuur, kine of logopedie*". Zie Kh. Brussel 16 juni 2003, *T.B.H.* 2003, 893. Zie ook L. KERZMANN, *l.c.*, 98; L. KERZMANN, "Du neuf en matière de clauses abusives en assurances de personnes. Commentaire des ordonnances ING, FORTIS AG et DKV du 16 juin 2003", *D.C.C.R.* 2004, 39-68; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 184.

[2460] ASSURALIA, "Lijst met medische standaardvragen die de verzekeringsonderneming aan kandidaat-verzekerden stelt", *l.c.*, 2.

[2461] Zie Verslag bij het wetsontwerp voor de anti-discriminatiewet van 2003, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1578/8, 10. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 189; Y. THIERY, "De anti-discriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 655; J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 98.

ferentiatiefactor. De anti-discriminatiewetgeving verbiedt het gebruik van statistisch bewijsmateriaal niet.[2462] Opdat deze rechtmatig gebruikt kunnen worden, moeten statistische gegevens wel van aard zijn om aan te tonen dat de toegepaste differentiatiefactor daadwerkelijk verband houdt met het te verzekeren risico.[2463] De vraag rijst dan *in welke mate* dit verband moet vaststaan. Dient het te gaan om een causaal verband, of volstaat een statistische correlatie? Deze vraag is van belang, daar risico-factoren zoals het geslacht of de leeftijd veelal gebruikt worden omdat zij een *proxy* vormen voor andere niet-meetbare of oncontroleerbare risico-factoren. Zo wordt het geslacht van de verzekerde door de levenverzekeraar geïnterpreteerd als een *proxy* voor levensverwachting. Algemeen neemt men aan dat het, bepaalde uitzonderingen niet te na gesproken[2464], niet het geslacht op zich is dat het verschil in levensverwaching verklaart, maar wel variaties in rookgewoonten, beroep, inkomen, competitief gedrag en andere levensstijlfactoren.[2465] Hetzelfde geldt voor WAM-verzekering. Hoewel statistische gegevens een verhoogd risico aantonen voor mannelijke bestuurders, wijzen studies uit dat het aantal afgelegde kilometers, het aantal vroegere snelheidsovertredingen en andere gedragsfactoren het verschil in risico bepalen, eerder dan het geslacht van de bestuurder.[2466] Is dit een reden om bewijs dat (slechts) een statistische correlatie aantoont tussen het geslacht en de kans op schade te weren?

871. **Causaliteit?** Zoals hoger reeds werd toegelicht, wordt de afwezigheid van een causaal verband soms gezien als een reden om het gebruik van geslacht niet gerechtvaardigd te achten.[2467] Zo wordt herinnerd aan de opinie van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in de hierboven besproken *Zurich*-case voor

---

[2462] Zie (in verband met de anti-discriminatiewet van 2003), J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Égalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 44; J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 100; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 192. Zie ook het Verslag bij het wetsontwerp voor de anti-discriminatiewet van 2003, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1578/8, 14. "*De minister antwoordt dat het feit dat verzekerings-en kredietinstellingen een bepaald risico incalculeren, niet bij wet verboden is*".

[2463] L. KERZMANN, *l.c.*, 99; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 192.

[2464] Zie de hierboven geciteerde voorbeelden inzake de biologische verschillen eigen aan het geslacht. Zo kan prostaatkanker enkel voorkomen bij mannen en eierstokkanker enkel bij vrouwen. Ook ischemische hartziektes zouden meer voorkomen bij mannen omwille van het feit dat geslachtsgebonden hormonen zouden zorgen voor geslachtsspecifieke interactie met de processen die leiden tot de genoemde hartziekte. Cf. *supra* nr. 314, met verwijzing naar S. RICHARDS, *l.c.*, 34 en ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITTEE, *l.c.*, 9.

[2465] Cf. *supra* nrs. 311-312, met verwijzing naar B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1445, W. WILS, *l.c.* 456; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 193; L. BRILMAYER, R. HEKELER, D. LAYCOCK en T. SULLIVAN, "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *l.c.*, 530-532; D. J. CUMMINS, B.D. SMITH, R.N. VANCE, e.a., *o.c.*, 86; O. MCDONALD, *l.c.*, 3.

[2466] R. SCHWARZE en T. WEIN, "Is the market classification of risk always efficient? Evidence from German third party motor insurance.", http://www.lse.ac.uk/collections/CARR/pdf/Disspaper32.pdf, February 2005, 17. Zie ook C. PARIS, "Le sexe, élément d'appréciation du risque?", *l.c.*, 58; R. AUSTIN, *l.c.*, 559; S.R. RYAN, *l.c.*, 765; R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classification", *l.c.*, 297; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 192; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 199.

[2467] Zie bv. R. AUSTIN, *l.c.*, 559-560; J. GAULDING, *l.c.*, 1681.

het Canadese Supreme Court waarin zij vroeg dat er tussen het beschermde kenmerk en het te verzekeren risico een rationeel verband dient te bestaan dat

> *"must be something more than a statistical correlation: a causal connection between the distinction and the insured risk must be established."*[2468]

Ondanks de vaststelling dat het gebruik van causale risico-factoren op zich kan leiden tot een rechtvaardiger differentiatiepolitiek, moet er toch aan worden herinnerd dat het bewijs van causaliteit in actuariële middens wordt vergeleken met de zoektocht naar de Heilige Graal.[2469] VELAERS werpt in dit verband op dat er over het causaal verband nooit zekerheid zal bestaan en dat men zich tevreden zal moeten stellen met "waarschijnlijkheid".[2470]

De onmogelijkheid om op grond van statistische gegevens een causaal verband aan te tonen wil niet zeggen dat de rechtspraak geen bewijsstandaard kan hanteren die een statistische correlatie vereist '*close to causal relationship*'. Evengoed kan zij vereisen dat wanneer factoren zoals leeftijd of het geslacht zuivere *proxies* vormen, deze worden *gecombineerd* met factoren die een hogere correlatie aantonen met het risico.[2471] Daarbij staat het de rechter vrij om na te gaan of de verzekeraar volgens de laatste stand van de actuariële (of medische) wetenschap en overeenkomstig de gegevens waarover hij kan beschikken, in staat was om eventuele alternatieve (meer pertinente) classificatiefactoren te gebruiken.[2472]

[2468] Zie reeds *supra* nr. 598, met verwijzing naar *dissenting opinion* van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*"). Zie ook de verwijzingen in de rechtsleer naar dit citaat: A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 74 (voor een mogelijke aanwending in *section* 14 (3) (f) en (g)); P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 279-280; T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 269-270.

[2469] M. DENUIT, *l.c.*, 5.

[2470] Het pertinentiecriterium, zoals het wordt toegepast in verzekeringsrelaties, is volgens VELAERS steeds een "relatieve pertinentie", J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 99-100. Zie voor een toepassing binnen de Zuid-Afrikaanse *PEPUDA* in dezelfde zin, A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 75.

[2471] T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 270.

[2472] Dat dit geen loos scenario is, kon reeds blijken uit de boodschap die het Canadese Supreme Court meegaf in de Zurich-case: "While the situation as it existed in 1983 did not provide a reasonable alternative to setting premiums based on age, sex and marital status, the situation today and in the future may be quite different. […] It may well be that there now exists a statistical basis for determining insurance premiums in a non-discriminatory manner.[…] The insurance industry must strive to avoid setting premiums based on enumerated grounds." Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", l.c., 178 en 193; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Statistiek en ook dat beetje meer: bewijs van het juridisch geoorloofd segmenteren", in OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, Zakboekje 2006, *http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2006.pdf*, 3/94. Hierbij dient eraan te worden herinnerd dat de rechtspraak zich niet steeds tevreden zal stellen met bewijs dat statistische gegevens die een verhoogd correlatief verband aantonen tussen het risico en criteria andere dan de beschermde discriminatiegronden, niet zou bestaan. Zoals bleek uit de dissenting opinon van Justice MCLACHLIN in de Zurich-case, kan een dergelijke bewering enkel doen vaststellen dat "we do not know whether viable alternative bases of risk evaluation exist. […] The bottom line in this case is that the insurer bears the burden of showing no reasonable alternative exists, and throught its own failure to collect the required data, it has failed to meet this burden."

872. **Toegevoegde waarde van de discriminatiegrond als *proxy*.** Hierboven werd ervan uitgegaan dat het gebruik van een beschermde discriminatiegrond pertinent is wanneer blijkt dat deze discriminatiegrond een *impact* heeft op het te verzekeren risico. Hierbij moet er op worden gewezen dat het in de beoordeling van deze impact niet steeds zal volstaan om de beschermde discriminatiegrond op zichzelf te bekijken. Het is niet omdat een discriminatiegrond op zich in een relatief lage correlatieve verhouding staat tot het risico, dat zij geen toegevoegde waarde heeft. Het bijkomend gebruik van een beschermde discriminatiegrond kan namelijk een beter totaalbeeld geven van het te verwachten risico.[2473] Zo kan het zijn dat levensstijl en eetgewoonten op zich een hogere invloed hebben op de levensverwachting dan het man of vrouw zijn. Toch zijn er nog vele andere, niet te registreren of onbekende variabelen die mee aan de grondslag liggen van de levensverwachting die zonder het gebruik van de *proxy* geslacht niet kunnen gevalideerd worden. Hetzelfde geldt voor de WAM-verzekering. Hoewel het aantal gereden kilometers per jaar wellicht een hogere correlatie aantoont met het aantal ongevallen, is het veel relevanter om te beschouwen wáár (grote stad, met veel voertuigen, kruispunten) en wanneer (’s nachts of na een receptie of met weinig slaap) de verzekerde de wagen bestuurt.[2474] Hoewel deze onbekende variabelen op zich moeilijk meetbaar zijn, kunnen zij door het gebruik van een niet-causale factor zoals het geslacht, toch mee worden genomen in de risico-beoordeling. De factor geslacht blijft hier nog steeds de functie vervullen van *proxy* of *substituut* voor deze anders ongekende, want moeilijk meetbare factoren. Uit deze voorbeelden blijkt dat het gebruik van een onderscheidingscriterium eveneens pertinent kan zijn wanneer het samen met andere risico-factoren leidt tot een betere voorspelbaarheid van het te verzekeren risico. Dat het criterium op zichzelf een lagere correlatie aanduidt tot dit risico is dan geen reden om het als niet-pertinent te beschouwen.[2475]

§ 3. Pertinentiebeoordeling respecteert classificatie *an sich*

873. **Groep v. individu?** De rechter zou door de eiser kunnen worden geconfronteerd met het argument dat de rechtvaardiging op grond van statistische gegevens per definitie onvoldoende is omdat hetgeen geldt voor het gemiddelde van de verzekerde individuen, niet noodzakelijk geldt voor het individu dat deel uitmaakt van deze groep. Zo kan hij ervan worden overtuigd dat er jonge bestuurders bestaan die even voorzichtig zijn als oudere bestuurders en net zo goed kan hij aannemen dat er mannen bestaan van wie de levensverwachting even hoog is als die van de gemiddelde vrouw. Volgens DUBUISSON zal een dergelijke argumentie, waarbij wordt teruggegrepen naar de hierboven

---

[2473] Cf. *supra* nr. 315, met verwijzing naar K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 439-440; B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1446.

[2474] Cf. *supra* nr. 315, met verwijzing naar R.J. FINGER, “Ch. 6 – Risk Classication”, *l.c.*, 298.

[2475] Zie in dezelfde zin, J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Égalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 46, die vooropstellen dat een dergelijke conclusie steeds zal afhangen van de betekenis die aan het pertinentie-oordeel wordt toegekend door de rechter. “*Exigera-t-il que le critère de distinction soit en mesure de réaliser, à lui seul, le but qui lui est assigné? Les critères “imparfaits” inventoriés ci-dessus seraient alors condamnés. Se bornera-t-il a exiger, plus simplement, que le critère de distinction soit au moins en mesure de contribuer à la réalisation de l’objectif théorique assigné à leur mise en oeuvre? Un espoir demeurerait alors permis.*”

toegelichte spanning tussen de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringstechnische groepstraditie, nochtans uit de pertinentiebeoordeling moeten worden geweerd:

> *"Toute la science actuarielle repose sur la présomption que les individus présentant les mêmes caractéristiques correspondent à la moyenne des riques présentés par les membres de ce groupe. Permettre à un individu isolé de renverser cette présomption conduirait à s'aborder le mécanisme de l'assurance."*[2476]

874. **Verzekeringsclassificatie per definitie inaccuraat.** Hetgeen DUBUISSON hier duidelijk maakt is dat een differentiatiecriterium niet als impertinent mag worden beschouwd louter omwille van het feit dat er binnen een risico-groep personen worden gevonden wiens individuele risico niet overeenstemt met het gemiddelde risico binnen de groep. Een dergelijk scenario moet inderdaad worden vermeden. Het zou namelijk iedere rechtvaardigingsbeoordeling op voorhand onmogelijk maken. Men moet aanvaarden dat éénmaal de rechter toekomt aan het rechtvaardigingsoordeel, hij de vrijheid geniet om in de gegeven omstandigheden te beoordelen of het gebruik van een beschermde discriminatiegrond voldoet aan de vooropgestelde doelstelling. Geen enkele risicoklasse kan steeds volledig homogeen zijn samengesteld. Binnen een risicoklasse zal er altijd sprake zijn van een subsidie van de lagere risico's binnen de klasse naar de hogere risico's binnen deze klasse.[2477] Welke differentiatiefactor of methode men ook gebruikt, per definitie zal blijken dat voor een groot aantal personen het individuele risico niet overeenstemt met het gemiddelde risicoprofiel van de groep. Indien het argument zou worden aanvaard dat een risico-factor impertinent is omdat zij heterogeniteit laat bestaan binnen de verschillende risicoklassen, zou geen enkele differentiatiefactor kunnen voldoen aan het pertinentiecriterium, of het nu gaat om een beschermd criterium of niet.[2478]

> Als dus blijkt dat in de WAM-verzekering het aantal ongevallen onder een bepaalde leeftijd significant hoger ligt dan gemiddeld (en de anti-discriminatiewetgeving een rechtvaardiging toestaat), kan het vragen van een hogere premie voor deze leeftijdsgroep als pertinent worden beschouwd. Het enkele argument dat daardoor jongeren met een lager dan gemiddeld risico-profiel bijdragen aan de brokkenmakers binnen de groep, maakt het leeftijdscriterium niet minder pertinent.

[2476] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 249.

[2477] Zie ook K.S. ABRAHAM, l.c., 430. "Because no risk class is completely homogeneous, the slightly lower risks within a class always seem to subsidize the slightly higher risks. About half of any class, after all, has expected loss below the class average."

[2478] Op die manier zou zelfs *a posteriori*-segmentatie, waarbij het persoonlijke risicoprofiel van de verzekerde mee in rekening wordt genomen, niet als pertinent kunnen worden beschouwd. Ook daar gaat het immers om een *prognose* die niet meer kan doen dan een waarschijnlijkheid aanduiden dat deze persoon opnieuw in een ongeval betrokken zal zijn. Zie J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 99-100, met verwijzing naar K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", *l.c.*, 284-285, die schrijft: "*enerzijds kan een brokkenmaker tot inkeer komen en kan een goed bestuurder op het slechte pad raken*."

§ 4. Gelijke spreiding van de kost van inaccurate classificatie

875. **De ongelijke impact van inaccurate classificatie.** Dat het gebruik van een risico-factor nog steeds pertinent kan zijn ondanks de inaccurate segmentatie die het met zich mee brengt, hoeft niet te betekenen dat de pertinentie niet meer kan worden aangevochten. Een probleem kan zich voordoen wanneer blijkt dat de kosten of lasten van inaccurate segmentatie, die eigen is aan iedere vorm van segmentatie, niet op gelijke wijze worden gedragen door alle verzekerden maar enkel op de schouders van een kleine groep verzekerden rust. Van een dergelijke situatie zal sprake zijn wanneer de verzekeraar te veel belang hecht aan een welbepaalde differentiatiefactor, terwijl hij andere nochtans eenvoudig te kwantificeren risico-factoren niet in rekening brengt.

> Hierbij wordt herinnerd aan de opinie van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in de *Zurich*-case waar zij stelde
>
> *" […] that it is inevitable that some individuals placed in a particular group will not share the average characteristics of that group, will pose less of a risk than the average member and will hence suffer from inclusion in the group. However […] the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test.*[2479]

876. **Toepassing.** ABRAHAM geeft het voorbeeld waarbij het rijden onder invloed door jonge mannen een hoog percentage vertegenwoordigt van alle auto-ongevallen. De verzekeraar zal op basis van dergelijke informatie willen besluiten om twee risico-*pools* samen te stellen. Eén voor jonge mannen en één voor alle andere bestuurders. In het voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat slechts tien procent van de jonge mannen een zeer hoog risico vormen en negentig procent een gemiddeld risico vertegenwoordigt dat gelijk is aan dat van het gemiddelde risico van alle andere bestuurders. Indien er geen economisch verantwoorde methode is om uit te maken welke jonge mannen een hogere risicoverwachting hebben, dragen in dit geval alle jonge mannen de last van het inaccuraat indelen van risico's. De jonge mannen met een laag risico subsidiëren in dit geval niet alleen de jonge mannen met een hoog risico, maar ook alle andere bestuurders. Zij alleen dragen de last van inaccurate classificatie. Dit omwille van de enkele reden dat ze jong zijn en man.[2480]

Men kan zich in een dergelijk geval inderdaad afvragen of het enkele gebruik van het leeftijdscriterium nog steeds pertinent is.[2481] Door de loutere indeling op grond van leeftijd wordt immers niet tege-

---

[2479] Cf. *supra* nr. 598, met verwijzing naar *dissenting opinion* van *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*").

[2480] Zie K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 432. Zie reeds eerder geciteerd, Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 656. Het hierbij beschreven voorbeeld biedt een goede illustratie van het feit dat subsidiërende solidariteit zich niet enkel voordoet in de richting van de goede naar de minder goede risico's, maar eveneens in de omgekeerde richting kan voorkomen. De groep van minder goede risico's (jonge mannen) subsidieert hier de groep van zogenaamd goede risico's (alle andere bestuurders), omdat de verzekeraar te veel de nadruk legt op bepaalde discriminatiegronden (*in casu* leeftijd). Cf. *supra* nr. 264, met verwijzing naar N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 151.

[2481] "*Differential burdening may be objectionable.*", zo stelt ABRAHAM. Zie K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 431. Zie ook Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 656.

moet gekomen aan de doelstelling van de verzekeringstechniek om op zo nauwkeurig mogelijke manier de schadelast te voorspellen. Indien er naast leeftijd nog andere factoren kunnen worden aangetoond en gekwantificeerd, zal de loutere segmentatie op grond van leeftijd wellicht niet overeenstemmen met het pertinentiecriterium.[2482]

§ 5. Gelijke spreiding van stijgende schadekost

877. **Probleemstelling.** Niet alleen de kost van inaccurate classificatie moet zo gelijk mogelijk worden gespreid over de verschillende categorieën van verzekerden. Ook indien er zich een stijging voordoet van de algemene schadekosten (bv. de ziektekosten of de tarieven met betrekking tot herstel van een wagen) moet die op gelijke wijze worden verdeeld. De verzekeraar die de stijging van de algemene schadekost procentueel zwaarder laat doorwegen in de premiezetting voor verzekerden met een hogere kans op schade, zal met grote zekerheid stuiten op het pertinentiecriterium. Dit bleek zeer duidelijk uit de beoordeling van de Brusselse Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel in de zaak *Test-Aankoop* t. *DKV*.[2483] Zoals gezegd had hospitalisatieverzekeraar DKV een premieverhoging doorgevoerd die voor ouderen groter was dan voor jongeren.

> De toegepaste premieverhoging bedroeg meerbepaald 0% voor verzekerden tussen 0 en 19 jaar, 8% voor verzekerden tussen 20 en 39 jaar, 16% voor verzekerden tussen 40 en 59 jaar en 24% voor verzekerden van 60 jaar en meer. De hospitalisatieverzekeraar verantwoordde het verschil in behandeling tussen ouderen en jongeren door het gegeven dat zij werd geconfronteerd met een stijging van de kosten met betrekking tot de ontwikkeling van de medische wetenschap, waarbij het stijgingsritme gevoelig verhoogt met de leeftijd.[2484]

De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel oordeelde dat de gedifferentieerde manier waarop de hospitalisatieverzekeraar de premies had verhoogd, volstrekt impertinent (of ongeschikt) was ten opzichte van het nagestreefde doel. De door de hospitalisatieverzekeraar aangebrachte statistieken toonden volgens de rechter enkel het karakteristieke van een hospitalisatieverzekering aan, zijnde het verband tussen het aantal schadegevallen per verzekerde en de leeftijd van de verzekerden. Zij boden echter geen bewijs voor de stelling dat de stijging in de kosten van een hospitalisatieverzeke-

---

[2482] Zie K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", l.c., 297-298. “Indien blijkt dat 80% van de schadelast in de leeftijdscategorie tussen 18 en 25 jaar wordt veroorzaakt door 15% van deze leeftijdsgroep, dan schort iets aan de segmenteringstechniek die louter of in hoofdorde de leeftijd als criterium aanvaardt.” Zie ook J. VELAERS, “"De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", l.c., 102, die stelt dat ondanks het feit dat in verzekeringsrelaties niet meer kan worden vereist dan een relatieve pertinentie, de verzekeraar, in gevallen waarin blijkt dat slechts 15% van de jonge bestuurders zorgen voor negatieve statistische gegevens, “verplicht zal zijn te onderzoeken of het niet mogelijk is een ander, fijner criterium te hanteren, dat voldoende objectief is en in de praktijk toepasbaar zonder al te hoge kosten, en dat toelaat de groep van jongeren die werkelijk het hogere risico vormen, preciezer te omschrijven.” Volgens ABRAHAM zou zelfs het toevoegen van één extra niet-accurate variabele kunnen leiden tot een betere spreiding van de kost van inaccurate classificatie. Zo worden met het toevoegen van de factor geslacht bij de factor leeftijd minstens vier risico-categorieën gecreëerd: jonge mannen, oudere mannen, jongere vrouwen, oudere vrouwen. Zie over de meerwaarde van het gebruik van zogenaamde multi-variate statististiek, waarbij de invloed van alle variabelen samen wordt beschouwd, R. THYS, l.c., 98-98.

[2483] Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

[2484] Zie reeds *supra* nr. 852.

ring verband hield met leeftijd.[2485] "DKV, als bedachtzaam en geëerbiedigd hospitalisatieverzekeraar" op het vlak van risico-inschatting, werd volgens de Voorzitter op het moment van het sluiten van de overeenkomst, geacht te weten dat het gedekte risico verzwaart naarmate de leeftijd stijgt, alsook dat de oudere bevolkingsgroepen in omvang toenemen (als gevolg van de voortgang van de medische wetenschap en de na-oorlogse baby-boom).[2486] Bovendien, zo werd geredeneerd, wordt de stijging van de ziektekosten door alle patiënten op gelijke wijze aangevoeld, ongeacht hun leeftijd. De kost van een bloedafname of een nacht hospitalisatie is immers dezelfde voor een jonge man van 18 als voor een persoon van 40 of 65.[2487] Als de kosten voor behandeling gedurende een bepaalde periode stijgen, raakt dit alle patiënten. Het feit dat het aantal schadegevallen bij ouderen hoger ligt dan bij jongeren doet hieraan volgens de Voorzitter niets af en is een gegeven waarmee de verzekeraar reeds vanaf het sluiten van de verzekeringsovereenkomst rekening had moeten houden. De door de hospitalisatieverzekeraar naar voren geschoven rechtvaardiging werd daarom niet als pertinent gewaardeerd.[2488]

878. **"Contextgebonden" pertinentie.** Volgens VELAERS kan uit de beschikking van de Brusselse rechter worden afgeleid dat het onderzoek naar pertinentie steeds contextgebonden zal zijn. Het is misschien pertinent om bij het sluiten van de overeenkomst rekening te houden met de aard van het risico en een hogere premie vast te stellen voor een oudere persoon. Daarom is het nog niet pertinent om "*later, op het ogenblik dat het risico zich dreigt voor te doen – alsnog een premieverhoging door te voeren*."

Een premiestijging voor iedere risicoklasse dient daarom niet steeds procentueel gelijk te zijn om in overeenstemming te zijn met het gelijkheidsbeginsel. Een niet-lineaire premiestijging kan nog steeds aan het pertinentiecriterium voldoen wanneer voldoende blijkt, op grond van objectieve gegevens die bij het sluiten van het contract niet gekend of voorzienbaar waren, dat de schadekost sneller stijgt voor ouderen dan voor jongeren.[2489]

[2485] Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 680.

[2486] Ibidem.

[2487] Ibidem.

[2488] Zie voor een bespreking, Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", *l.c.*, 685; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie en verzekering", *l.c.*, 282; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, ,189-190; B. WEYTS, "Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandshuwelijk?" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.) *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 745.

[2489] Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat premiestijgingen in ziekteverzekeringsovereenkomsten moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 138*bis*-4 van de W.LVO. In deze bepaling is zoals hoger reeds besproken, voorzien in een premiestijging op grond van medische indices die verschillen naargelang de leeftijd. Deze indices zouden door de rechter kunnen worden aangegrepen als een objectief gegeven aan de hand waarvan een premiestijging die afhankelijk is van leeftijd, kan worden gerechtvaardigd. Zie i.v.m. deze medische index, *supra* nr. 846.

§ 6. Verhouding met noodzakelijkheid.

879. **Overlapping.** Het pertinentiecriterium geeft de rechter de mogelijkheid om een evenwichtige belangenafweging tot stand te brengen. Rekening houdend met de eigenheid en specifieke karakter van verzekeringsrelaties kan worden nagegaan of het segmentatiebeleid geen onevenredige last oplegt aan de door het anti-discriminatierecht beschermde groepen. Zo kan in de beoordeling worden erkend dat inaccurate classificatie eigen is aan iedere vorm van segmentatie. Evenzeer kan worden geëvalueerd of de lasten verbonden aan inaccurate classificatie niet exclusief op de schouders wordt gelegd van een kleine groep. In de beoordeling van de vraag of het aanwenden van een beschermde discriminatiegrond tegemoet komt aan de nagestreefde legitieme doelstellingen, kan de vraag begrepen zijn of de aangewende middelen wel de *meest* geschikte methode vormen.

In dat geval zullen zich overlappingen voordoen met het volgende toetsingsniveau, namelijk dat van de noodzakelijkheid. Hierbij zal men zich o.m. afvragen of er geen *andere* middelen hadden kunnen worden aangewend om de gegeven doelstellingen te bereiken. In een volgende paragraaf wordt onderzocht op welke manier deze noodzakelijkheidstoetsing in verzekeringsrelaties precies kan worden aangewend.

AFDELING 3. NOODZAKELIJKHEID

880. **Minder belemmerende maatregelen en evenredigheid.** Nadat is vastgesteld dat de betwiste handeling een legitieme doelstelling dient en geschikt is om deze doelstelling te bereiken, dient in een derde stap van de voorgestelde rechtvaardigingstoets te worden beoordeeld of het aangewende middel ook *noodzakelijk* is.

Zoals hierboven reeds toegelicht, wordt dit criterium in de rechtspraak van het Hof van Justitie meestal uitgelegd als een zogenaamd onmisbaarheidsvereiste: men gaat na of het vooropgestelde doel ook zonder de litigieuze maatregel of met minder belemmerende maatregelen had kunnen worden bereikt.[2490]

Daarnaast kan het criterium ook worden uitgelegd als een bijkomende proportionaliteitstoets: men gaat na of de gebruikte middelen die werden ingezet om de nagestreefde legitieme doelstellingen te bereiken in een evenredige verhouding staan tot deze doelstellingen en of daarbij een goed evenwicht wordt bewaard tussen de belangen van de verschillende partijen in het geding.[2491]

881. **Overzicht.** Om na te kunnen gaan op welke manier de boordeling van minder belemmerende maatregelen en evenredigheid concreet kan verlopen in verzekeringsrelaties, bieden de beschermingssystemen uit het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht nuttige richtlijnen. Het Europees-nationale referentiekader biedt op het vlak van het onderzoek naar noodzakelijkheid immers niet altijd sluitende antwoorden.

In een tweede en derde paragraaf zullen de leidraden die uit de verschillende rechtsstelsels konden worden geput, worden toegepast op twee kernpunten binnen de noodzakelijkheidsbeoordeling.

Een eerste kernpunt betreft de beoordeling van de vraag of van de verzekeraar in redelijkheid kon worden verwacht dat hij als alternatief of ter aanvulling van het bestreden differentiatiebeleid, minder discriminerende maatregelen zou hebben genomen (§2). Concreet zal worden nagegaan in welke

---

[2490] Cf. *supra* nr. 561, met verwijzing naar H.v.J. 19 november 1992, *Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-226/91, *Jur.* 1992, I-5943, ov. 17 en 19; H.v.J. 30 mei 1989, *Allué/Università degli studi di Venezia*, 33/88, *Jur.* 1989, 1591, ov. 15 en 16; H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello/België,* C-148/02, *Jur.* 2003, I-1613, ov. 42; H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 1996, I-1165, ov. 29; H.v.J. 6 februari 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243, ov. 38; H.v.J. 10 maart 2005, *Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados*, C-196/02, *Jur.* 2005, I-1789, ov. 48. Zie bv. ook EHRM 24 juli 2003, *Karner/Austria*, nr. 40016/98, §41. Zie ook de rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van het mededingingsrecht, waar de begrippen noodzakelijkheid en onmisbaarheid dicht bij elkaar blijken te liggen, bv. H.v.J. 13 juli 1966, *Etablissements Consten en Grundig/Commissie*, 56/84, *Jur.* 1966, 450.

[2491] Zie reeds *supra* nr. 563, met verwijzing naar C. BAYART, *o.c.*, 223; S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht", *l.c.*, 240. Zie o.m. H.v.J. 7 maart 1996, *Edith Freers en Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost*, C-278/93, *Jur.* 19996, I-1165, ov. 29-30; H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 28; H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Jur.* 2002, I-2891, ov. 39; H.v.J. 26 oktober 1999, *Angela Maria Sirdar/Secretary of State for Defence*, C-273/97, *Jur.* 1999, I-7403, ov. 26; H.v.J. 11 januari 2000, *Tanja Kreil/Bondsrepubliek Duitsland*, C-285/98, *Jur.* 2000, I-69, ov. 23.

mate individuele risico-beoordeling, alternatieve risico-factoren en alternatieve segmentatievormen hadden kunnen leiden tot een minder discriminerend en even doeltreffend resultaat. Hiervoor wordt beroep gedaan op een redelijkheidstoets die is samengesteld uit de in §1 geformuleerde leidraden.

Ter vervollediging van het toetsingsmodel wordt onder §3 een tweede kernpunt onderzocht. Nagegaan wordt in welke mate de beoordeling van de redelijkheid van alternatieve maatregelen kan worden aangevuld met een afweging van enerzijds de belangen die door de bestreden handeling worden geschonden en anderzijds de belangen die ermee worden gediend. Deze strikte evenredigheidsbeoordeling sluit het belangenafwegingsproces in verzekeringsrelaties af.

§ 1. Inhoudelijke uitwerking van de noodzakelijkheidstoets in verzekeringsrelaties

882. **Overzicht.** Hoger werd er reeds op gewezen dat het Hof van Justitie zich in de beoordeling van noodzakelijkheid (hierbij inbegrepen de beoordeling van evenredigheid) doorgaans terughoudend heeft opgesteld.[2492] Ofwel werd zonder veel motivering besloten dat aan het criterium was voldaan, ofwel liet het Hof het oordeel over aan de nationale rechter. *Buiten* de pre-judiciële procedures is er wél rechtspraak te vinden die een zekere leidraad meegeeft ter interpretatie van de noodzakelijkheidstoets in verzekeringsrelaties. Het betreft de zaak *Lindorfer*, waar het Hof de noodzakelijkheidstoets toepaste op een geval waarbij in het pensioenstelsel van de Gemeenschappen gebruik werd gemaakt van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen. Een bespreking hiervan volgt onder punt A.

Gezien het belang van de nationaalrechtelijke invulling van de noodzakelijkheidstoets, zal worden nagegaan welke concrete leidraden kunnen worden geput uit het nationale (Belgische) recht. Hiertoe wordt beroep gedaan op de parlementaire voorbereidingen bij de anti-discriminatiewetgeving van 10 mei 2007. Deze duiden op het belang van een onderzoek naar vergelijkende doeltreffendheid en strikte evenredigheid. Daarnaast wordt ingezoomd op de rechterlijke toepassing van deze elementen in verzekeringsrelaties (Zie punt B).

Onder punt C zal ter verdere aanvulling van de noodzakelijkheidstoets uit het Europees-nationale referentiekader, beroep worden gedaan op leidraden uit het Zuid-Afrikaanse en Canadese recht. Daarbij wordt teruggegrepen naar de manier waarop de verschillende elementen van de noodzakelijkheidsbeoordeling gestalte hebben gekregen in de Zuid-Afrikaanse anti-discriminatiewetgeving en wordt herinnerd aan de mogelijke impact daarvan op verzekeringsrelaties. Daarnaast wordt dieper ingegaan op de manier waarop de Canadese rechtspraak heeft getracht een evenwichtige invulling te geven aan de beoordeling van de redelijkheid van alternatieve maatregelen.

[2492] Cf. *supra* nr. 562, met verwijzing naar J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, *o.c.*, 286-287; C. BAYART, *o.c.*, 225-226; S. SOTTIAUX, *l.c.*, 240.

A. Hof van Justitie en Lindorfer

883. Eén van de weinige uitspraken van het Hof van Justitie die een concrete invulling geeft aan de noodzakelijkheidstoets in verzekeringsrelaties, betreft de zaak *Lindorfer*.[2493] Het Hof oordeelt dat de noodzaak van het gezond financieel beheer van het pensioenstelsel niet kon volstaan als rechtvaardiging voor het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in het pensioenstelsel van de Gemeenschappen.[2494] Een dergelijk beheer kon volgens het Hof namelijk *ook* worden verwezenlijkt met gelijke actuariële waarden voor mannen en vrouwen.[2495] Dat het gebruik van gelijke actuariële waarden niet onmogelijk was, werd afgeleid uit de vaststelling dat de Instellingen, op het moment dat de zaak werd beoordeeld, reeds uniseks-voorwaarden gebruikten.[2496] Van verdere motivering was geen sprake, nu de vraag naar eventuele alternatieve, minder belemmerende maatregelen zonder voorwerp was geworden. Uit de zaak *Lindorfer* kunnen dan ook weinig leidraden worden afgeleid ter nadere invulling van de noodzakelijkheidstoets.

B. Belgische invulling: vergelijkende doeltreffendheid en strikte evenredigheid

884. **Vergelijkende doeltreffendheid en evenredigheid.** Een iets concretere invulling van de noodzakelijkheidsbeoordeling kan worden gevonden in de voorbereidende werkzaamheden bij de Belgische anti-discriminatiewetgeving. Op een vraag uit het parlement naar de concrete betekenis van het noodzakelijkheidsvereiste verwees de minister naar de voorwaarden van "proportionaliteit" en "evenredigheid" zoals die minstens impliciet terug te vinden waren in de formule van de "objectieve en redelijke rechtvaardiging" uit de Anti-discriminatiewet van 2003.[2497]

Er wordt verduidelijkt dat een maatregel voldoet aan het criterium van noodzakelijkheid

> *"indien er geen andere maatregelen zijn die even doeltreffend zijn met betrekking tot het beoogde legitieme doel en minder discriminerende gevolgen hebben voor de personen die wor-*

[2493] H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767.

[2494] *Ibidem*, ov. 56.

[2495] *Ibidem*, ov. 57.

[2496] *Ibidem*, ov. 58.

[2497] Verslag Libert, *l.c.*, 111. Tijdens de parlementaire besprekingen van de wet van 2003 werd inderdaad voorgesteld om naar analogie met de rechtspraak van het Arbitragehof en het EHRM het begrip "objectieve en redelijke rechtvaardiging" te verduidelijken als het vereiste dat de bestreden maatregel enerzijds een *redelijk verband van evenredigheid* moet hebben met het nagestreefde doel, en anderzijds *doeltreffend* moet zijn in vergelijking met andere maatregelen die blijk geven van meer eerbied voor de rechten van de persoon. Cf. *supra* nr. 159, met verwijzing naar (o.m.) het oorspronkelijk Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 4-7 en het Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/15, 5-7. Zoals gezegd, werd deze optie uiteindelijk niet weerhouden omdat men wilde vermijden dat een uit de rechtspraak voortvloeiende interpretatie in een wet zou worden bevroren.

den getroffen door de maatregel. Als dergelijke maatregelen niet bestaan, is de noodzakelijkheidsvoorwaarde vervuld."[2498]

De invulling die hier wordt gegeven aan het noodzakelijkheidsvereiste veronderstelt in feite een vergelijking op twee fronten. Er is pas sprake van discriminatie wanneer maatregelen voorhanden zijn die én minder discriminerende gevolgen hebben én die *even (of vergelijkbaar) doeltreffend* zijn met betrekking tot de doelstellingen van het differentiatiebeleid.[2499] Anders gezegd dienen dus niet enkel de *belastende gevolgen* van de aangevochten maatregel en van de eventuele alternatieve maatregel tegen elkaar te worden afgewogen, maar ook de *effectiviteit* van de alternatieve middelen.[2500] Zoals VELAERS terecht opmerkt zijn de alternatieven slechts alternatieven wanneer zij eveneens het legitieme doel van het differentiatiebeleid van de verzekeraar kunnen verwezenlijken.[2501] De maatregelen moeten ertoe kunnen bijdragen dat de verzekeraar een zo correct mogelijke risico-inschatting kan verwezenlijken en zij mogen het gezond financieel beheer van de verzekeringsoperaties niet in het gedrang brengen. Uiteraard moeten deze maatregelen ook zélf de toets met het gelijkheidsbeginsel kunnen doorstaan.[2502]

[2498] Verslag Libert, *l.c.*, 111. Omtrent deze invulling van de rechtvaardigingstoets, waarbij de *doeltreffendheid* van de maatregel wordt *vergeleken*, met andere, minder ingrijpende maatregelen (*criterium van vergelijkende doeltreffendheid*) bestaat geen eenduidigheid in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Sommige arresten bevestigen deze invulling. (Zie bv. Arbitragehof 28 maart 2002, nr. 56/2002, B.S. 13 april 2002, ov. B. 5.13; Arbitragehof 18 november 1992, nr. 74/92, *B.S.* 9 december 1992, ov. B.3.6.) In andere arresten blijkt dat een maatregel niet noodzakelijk onevenredig is omdat een andere maatregel die minder beperkend is, de voorkeur had moeten krijgen. (Zie bv. Arbitragehof 1 april 1998, nr. 37/98, *B.S.* 24 april 1998, ov. B.5.2.; Arbitragehof 25 maart 2003, nr. 35/2003, *B.S.* 15 april 2003, ov. B.13.8.) Zie J. VELAERS en S. VAN DROOGHENBROECK, "Nota over een transversale bepaling in de Grondwet over de beperkingen van rechten en vrijheden", in *De transversale bepalingen inzake rechten en vrijheden*, Verslag van de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet uitgebracht door mevr. Claes en Dhr. Viseur, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 2304/001, 25. Volgens VELAERS heeft dit te maken met het feit dat de rechter er in verticale relaties voor terugdeinst om de beleidskeuzen van het parlement of de regering in vraag te stellen. De wetgever ging er bij het uitvaardigen van de anti-discriminatiewet van 2003 vanuit dat het criterium in horizontale relaties wél voluit kon spelen. Hierbij ging zij in tegen het advies van de Raad van State die had gesteld dat particulieren in hun gedragingen niet steeds rationeel zijn en dat zij dan ook niet kunnen beoordeeld worden aan de hand van hetgeen het "utitlitaristische criterium" van even grote of grotere doeltreffendheid. (Zie Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Senaat 2000-2001, nr. 2-12/5, 7.) De keuze van de wetgever om het noodzakelijkheidscriterium voluit te laten spelen is volgens VELAERS begrijpelijk, daar het doel van de anti-discriminatiewetgeving er precies in bestaat om burgers tot "rationeler en minder arbitrair gedrag" ten opzichte van elkaar te dwingen. Zie J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 109.

[2499] Deze uitlegging vertoont sterke gelijkenis met de beoordeling van rechtsmisbruik in het Belgisch recht. Als rechtsmisbruik wordt beschouwd, de uitoefening van een recht "op een wijze die aan derden nadeel berokkent, terwijl men het recht ook kon uitoefenen met gelijk voordeel voor zichzelf en zonder nadeel voor derden." Zie in deze zin, J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 109, met verwijzing naar Cass. 16 november 1991, *Pas.* 1962, I, 332; Cass. 16 januari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 317. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 197; C. HOREVOETS, *l.c.*, 28.

[2500] S. SOTTIAUX, *l.c.*, 239.

[2501] J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 111. Zie ook Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.* 657. Zie eveneens de toelichting bij het wetsvoorstel bij anti-discriminatiewetgeving van 2003, *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/1, 4-5.

[2502] *Ibidem*. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 198 (bevestigd in *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-12/15, 8.)

In de voorbereidende werken wordt met betrekking tot de noodzakelijkheidstoets verder verklaard dat de rechter

> *"een afweging [dient] te maken tussen het belang van de benadeelde groep […] en het belang van diegene die het neutrale criterium hanteert."*[2503]

Dit laatste criterium komt neer op een onderzoek naar strikte proportionaliteit of "*true proportionality*"[2504], zoals dat ook wordt teruggevonden in de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof[2505], het EHRM[2506] en het Hof van Justitie[2507].

Nu het noodzakelijkheidscriterium, in zijn betekenis van vergelijkende doeltreffendheid en strikte evenredigheid steeds van toepassing is in *horizontale relaties*, wordt algemeen aangenomen dat het ook op die manier kan worden aangewend in verzekeringsrelaties.[2508]

885. **Toepassing in verzekeringsrelaties: Test-Aankoop tegen DKV.** In de hierboven reeds toegelichte zaak *Test-aankoop* t. *DKV* voor de Brusselse Rechtbank van Koophandel werd expliciet beroep gedaan op het noodzakelijkheidsvereiste. De Voorzitter oordeelde dat indien er een maatregel met *vergelijkbare doeltreffendheid* bestaat die ten opzichte van de rechten van personen minder schadelijk werkt als de betwiste maatregel, de betwiste maatregel *systematisch* moet worden beschouwd als discriminatoir.[2509]

[2503] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 5.

[2504] S. SOTTIAUX, l.c., 240; J.H. GERARDS, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, o.c., 289.

[2505] Zie bv. Arbitragehof 23 mei 1990, nr. 18/90, *B.S.* 27 juli 1990, ov. B.9.2.; Arbitragehof 14 juli 1990, nr. 26/90, *B.S.* 4 augustus 1990, ov. 6.B.8.

[2506] Zie bv. EHRM 24 februari 1995, *McMichael/ United Kingdom*, nr. 16424/90, §98; EHRM 28 oktober 1987, *Inze/ Austria*, nr. 8695/79, §41.

[2507] Cf. *supra* nr. 563, met verwijzing naar o.m. H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Jur.* 2002, I-2891, ov. 39; H.v.J. 26 oktober 1999, *Angela Maria Sirdar/ Secretary of State for Defence*, C-273/97, *Jur.* 1999, I-7403, ov. 26; H.v.J. 11 januari 2000, *Tanja Kreil/ Bondsrepubliek Duitsland*, C-285/98, *Jur.* 2000, I-69, ov. 23.

[2508] J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 37 en 47-59; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.*, 656-659; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 250-252; J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 105-111; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridisch grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 194-198; Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, september 2007, 47-48; L. KERZMANN, *l.c.*, 99; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen, *l.c.*,15-16; B. WEYTS, "Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandshuwelijk?", *l.c.*, 747-749.

[2509] Zie Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, T.B.H. 2005, 681: "Une différence de traitement doit systématiquement être considéré comme constitutive d'une discrimination au sens de la loi du 25 février 2003 dès qu'il existe une autre mesure d'efficacité comparable qui s'avère plus respectueuse des droits des personnes" (met verwijzing naar J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Égalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", l.c., nr. 37.) Zie ook Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", l.c., 686; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Discriminatie en verzekering", l.c., 285.

> *In casu* oordeelde de Voorzitter dat de verzekeraar even goed een minder belastende maatregel had kunnen nemen die erin zou bestaan een lineaire prijsstijging toe te passen die geen onderscheid maakt naargelang de leeftijd der verzekerden, daar het verschil in risico op grond van leeftijd zou moeten of reeds had moeten in rekening worden genomen bij de risicoappreciatie of de oorspronkelijke premieberekening.[2510]

Net zoals het geval was in de uitspraak van het Hof van Justitie in *Lindorfer*, werd ook in deze zaak zonder veel motivatie aangenomen dat aan het noodzakelijkheidscriterium was voldaan. Men beperkt zich tot de vaststelling dat de vooropgestelde doelstelling eveneens had kunnen worden bereikt zonder het gebruik van de beschermde discriminatiegrond. Een onderzoek of evaluatie van eventuele alternatieve, minder belemmerende maatregelen volgt er niet.

Deze voorbeelden bieden dan ook een beperkt houvast voor de manier waarop het noodzakelijkheidsvereiste kan worden aangewend in verzekeringsrelaties. Verdere inspiratie kan wel worden geput uit de hierboven onderzochte buitenlandse rechtsstelsels (Canada en Zuid-Afrika), en de wijze waarop deze in de rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel beroep doen op een noodzakelijkheidstoets.

C. Ter verdere inspiratie: noodzakelijkheidsbeoordeling in Zuid-Afrika en Canada

1. PEPUDA: minder belemmerende maatregelen en evenredigheid

886. **Vergelijkbare beoordelingselementen.** Hierboven werd duidelijk dat de rechtvaardigingstoets van *section* 14 van de *PEPUDA* elementen omvat die overeenkomen met het noodzakelijkheidscriterium uit het Europees-nationale toetsingsschema. Het betreft enerzijds een beoordeling van alternatieve maatregelen en anderzijds een strikte evenredigheidstoets.

887. **Minder belemmerende maatregelen: alternatieve risico-factoren.** Onder *section* 14 (3) (h) van de *PEPUDA* wordt gevraagd om te beoordelen of er in het concrete geval minder belemmerende en minder benadelende maatregelen voorhanden zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken.[2511] In de Zuid-Afrikaanse literatuur wordt voor de vertaling van dit criterium naar verzekeringsrelaties beroep gedaan op de vraag of er in het segmentatiebeleid van de verzekeraar geen alternatieve of meer neutrale *differentiatiefactoren* beschikbaar waren.[2512] Zo wordt in motorrijtuigenverzekering ge-

[2510] Zie Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 681.

[2511] Zie *section* 14 (3) (h) van de *PEPUDA*. Zie reeds *supra* nr. 681.

[2512] *Cf. supra* nr. 681. Zie A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 83; P. BRACHER, *l.c.*, 244.

dacht aan het gebruik van *mileage, vehicle ownership, colour of the vehicle, numer of drivers* en *geographical location*.[2513]

888. ***Accommodation* en individuele karakteristieken.** In *section* 14 (3) (i) wordt verder verwezen naar de vraag of de verweerder redelijke stappen heeft gezet om tegemoet te komen aan de benadeling die de bestreden handeling met zich meebrengt en naar de vraag of hij daarmee de "diversiteit heeft geaccomodeerd". Deze laatste stap van de rechtvaardigingstoets, zo werd hierboven verdedigd, kan (minstens in arbeidsrelaties) worden begrepen als een vraag naar de mate waarin door de verweerder aandacht werd besteed aan de *individuele karakteristieken* van de benadeelde.[2514] Hieruit kunnen echter niet met zekerheid de implicaties hiervan op verzekeringsrelaties worden afgeleid. Nu de verzekeraar per definitie rekening moet houden met groepsindeling en kansberekening op grond van eigenschappen die gedeeld worden door een groot aantal personen, is een individuele risico-beoordeling allerminst vanzelfsprekend.

889. ***Proportionaliteitstoets* en de eigenheid van verzekeringsrelaties.** De Zuid-Afrikaanse wetgever blijkt met het specifieke karakter van verzekering rekening te houden. In de formulering van *section* 14 (2) (c) van de *PEPUDA* wordt gesteld dat de *unfairness* van de bestreden behandeling mede beoordeeld dient te worden aan de hand van de vraag of zij "*reasonably and justifiably differentiates between persons according to objectively determinable criteria, intrinsic to the activity concerned*". Zoals hoger reeds toegelicht, laat deze formule een evenredigheidsbeoordeling (*true proportionality)* toe[2515] waarmee o.m. rekening kan worden gehouden met de specificiteit van commerciële activiteiten die afhankelijk zijn van differentiatie tussen verschillende categorieën van personen (zoals verzekering).[2516] Voor de verzekeraar komt deze bepaling neer op een erkenning van de noodzaak om zich te baseren op objectieve criteria zoals leeftijd of geslacht, wanneer blijkt dat daaruit een hoger risico kan worden afgeleid.[2517]

[2513] Zie C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 116; A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 83; P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 281. Met betrekking tot het gebruik van het criterium "*geographical location*" wijst KOK op mogelijke problemen van indirecte discriminatie op grond van ras.

[2514] Cf. *supra* nr. 684, met verwijzing naar Constitutional Court of South Africa 28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, afl. 1, 1, ov. 32; Labour Court of South Africa 18 juli 2005, *IMATU* v. *City of Cape Town*, http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2005/10.html, ov. 111. Deze zaken betroffen geen toepassingen van de *PEPUDA*, maar wel van *section 9* van de Zuid-Afrikaanse Grondwet resp. de *Employment Equity Act.* Hierboven werd echter aangenomen dat de hierbij gegeven interpretatie ook geldig kan zijn voor de toepassing van de *PEPUDA.*

[2515] Cf. *supra* nr. 691, met verwijzing naar C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 47.

[2516] Zie *supra* nr. 688, met verwijzing naar het antwoord van Dr. H. DAVIES op een vraag van Mrs. S.M. CAMERER in REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, *Debates of the nationale assembly*, Second Session – Second Parliament, 21 tot 26 januari 2000, 380-479, consulteerbaar in S. B. O. GUTTO, *o.c.*, 2001, 41.

[2517] Zie *Debates of the National Assembly*, Second Session – Second Parliament, 21 tot 26 januari 2000, 380-479, consulteerbaar in S. B. O. GUTTO, *o.c.*, 41. Zie ook reeds *supra* nr. 688, met verwijzing naar P. BRACHER, *l.c.*, 244; S. LIEBENBERG en M. O'SULLIVAN, *l.c.*, 98; C. ALBERTYN, B. GOLDBLATT en C. ROEDERER, *o.c.*, 115; B. PITYANA, *l.c.*, 6.

890. **Canadese invloed.** In de Zuid-Afrikaanse rechtsleer wordt voor de nadere invulling van de verschillende elementen van de rechtvaardigingstoets in verzekeringsrelaties, inspiratie gezocht in de hierboven besproken *Zurich*-case van het Canadese Supreme Court.[2518] Hieronder worden een aantal leidraden uit deze rechtspraak in herinnering gebracht die dienstig zijn ter verdere interpretatie van de noodzakelijkheidstoets in het Europees-nationaal kader.

2. Zurich-case: zoektocht naar "Reasonable alternatives"

891. **Meerderheidsbeslissing. Onhaalbaarheid van mogelijke alternatieven.** In de hoger besproken *Zurich*-case gaf het Canadese Supreme Court een interpretatie van [huidig-]*section* 22 van de *Ontario Human Rights Code* dat stelt dat er in verzekeringsovereenkomsten geen sprake is van discriminatie wanneer een onderscheid op grond van o.m. leeftijd of geslacht, gebaseerd is op *reasonable and bona fide grounds*.[2519] Volgens het Supreme Court volstaat het niet dat discriminatie op grond van geslacht, leeftijd of burgerlijke staat wordt gerechtvaardigd op basis van statistische gemiddelden alleen.[2520] Dit zou traditionele stereotypering en vooroordelen ten opzichte van de bestaande groeperingen enkel bestendigen. Het Hof acht het van belang om te onderzoeken of er op het moment dat de feiten zich voordeden en gezien de gegeven omstandigheden, een *practical alternative* bestond.[2521] Indien een dergelijk alternatief niet voorhanden is, is de bestreden handeling "*reasonable*" en bijgevolg niet discriminatoir.[2522]

> Volgens de eisende partij in de *Zurich-case* (een geschil waarbij een jongeman aankloeg te worden gediscrimineerd op grond van leeftijd, geslacht en burgerlijke staat, vanwege de hogere premies die hij diende te betalen) was er van een dergelijk alternatief wel degelijk sprake. De verwerende verzekeringsmaatschappij (evenals de gehele verzekeringssector) kon gebruik hebben gemaakt van neutrale risicofactoren, zoals "*driving record*", "*experience*" en "*vehicle use*", die reeds werden toegepast voor oudere chauffeurs (plus 25 jaar). De eiser zag geen reden om aan te nemen waarom deze neutrale factoren niet hadden kunnen worden toegepast op min-25 jarigen. Het Supreme Court onderzoekt vervolgens het door de eiser gesuggereerde alternatief.

[2518] P. HAVENGA, "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *l.c.*, 278-279; A. KOK, "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *l.c.*, 75-76; P. BRACHER, *l.c.*, 244-245; G.M. GOEDHART, *l.c.*, 12-13.

[2519] Cf. *supra* nr. 581, met verwijzing naar nieuw *section* 22 van de *Ontario Human Rights Code, Revised Statutes of Ontario* 1990, c. H-19, geconsolideerd na 15 september 2009, *o.c.*

[2520] Zie in dezelfde zin, L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: the sound of one invisible hand clapping", *l.c.*, 883: "*Statistical association should only be seen as a somewhat necessary, but not a sufficient criterion for permissible use of classification*."

[2521] Cf. *supra* nr. 591, met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*").

[2522] Het Supreme Court was reeds tot de conclusie gekomen dat de maatregel gebaseerd was op een "*sound and accepted insurance practice"* die erin bestond premies te heffen "*that are commensurate with risk".* Het betrof een eerste aspect van de r*easonableness*-test, waaraan volgens het Hof voldaan was. Cf. *supra* nr. 591*,* met verwijzing naar Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Reasonable and Bona Fide Grounds*").

> Het Hof komt tot de conclusie dat er op het moment van de feiten niet voldoende statistische gegevens voorhanden waren die toestonden om op jongere chauffeurs dezelfde neutrale factoren toe te passen.[2523] *Zurich* kon ook niet worden verweten dat zij niet zelf het initiatief had genomen om bijkomend statistisch materiaal te verzamelen. Dit kon van een verzekeringsmaatschappij die slechts 3,6% van het totaal aantal te verzekeren voertuigen op de markt in portefeuille had, niet worden verwacht. Zonder een grotere data-*pool* zou *Zurich* niet op een verantwoorde manier aan premiezetting kunnen doen. Bovendien zou het verzamelen van dergelijke gegevens tijd hebben gekost. Het zou onredelijk zijn geweest om te vereisen dat *Zurich* in tussentijd "[would] *simply guess at an equitable distribution of premiums among the consumers it insures."* Het feit alleen dat het in theorie mogelijk zou geweest zijn om additionele cijfers te verzamelen was op zich niet voldoende om te kunnen spreken van een praktisch alternatief. Ter verdere motivering wordt verklaard dat indien hoge risico's in dezelfde risico-*pool* zouden terechtkomen als lage risico's, er subsidies zouden uitgaan van deze lage risico's. Zonder bijkomende statistische informatie werd een dergelijke operatie niet redelijk bevonden.[2524]

In tegenstelling tot de besproken rechtspraak van het Hof van Justitie en de Brusselse Rechtbank van Koophandel, motiveert het Supreme Court uitgebreid omtrent de haalbaarheid van eventuele alternatieven. De conclusie is dat statistische informatie die een hoger risico aantoonden voor jonge mannelijke chauffeurs, op zich niet voldoende was om te kunnen spreken van een rechtvaardiging. Daarnaast moet worden aangetoond dat praktische alternatieven niet haalbaar zijn. Aan deze onhaalbaarheid was *in casu* voldaan, waardoor er geen discriminatie kon worden vastgesteld.

892. ***Dissenting opinions.*** **Haalbaarheid van mogelijke alternatieven.** Zoals hoger reeds aangegeven, werd de *in concreto* invulling van het Supreme Court aan de beoordeling van de haalbaarheid van eventuele alternatieven, niet gedeeld door *Justices* L'HEUREUX-DUBÉ en MCLACHLIN.

> In haar *dissenting opinion* geeft L'HEUREUX-DUBÉ toe dat het, zoals ook reeds was gebleken uit de meerderheidsbeslissing, onredelijk zou zijn om aan de verzekeringsmaatschappij te vragen om iedere verzekerde *individueel te testen* alvorens een contract te sluiten.[2525] Volgens haar was het echter wél van belang om er van uit te gaan dat groepen zouden worden geïdentificeerd "*that are as little over-inclusive as possible*". Dit laatste gegeven werd in de meerderheidsbeslissing niet betwist. De uitwerking van dit vereiste vond plaats in de beoordeling van eventuele praktische alternatieven en het was op dit laatste punt dat L'HEUREUX-DUBÉ van mening verschilt. Zij verklaart dat
>
> > *"simply asserting that a system has been in place for fifty years is an inadequate response that there are alternatives to the system. The insurance industry cannot rely on its inaction and tradtion to support a discriminatory rate classification system."*[2526]

[2523] Ibidem (onder titel "Application of Principles to the Facts").

[2524] Ibidem.

[2525] Zie *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321 (onder titel "*Analysis*"). Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 286.

[2526] Ibidem.

L'HEUREUX-DUBÉ onderzoekt daarbij aansluitend zelf een mogelijk alternatief. Zij verwijst naar het gebruik van *mileage* als aangewezen voorbeeld van een sekse-neutrale risico-factor. Volgens haar gaat het hier om een meer accurate predictor, die 'causaal gelieerd' is aan het risico én die in staat is "*to identify less over-inclusive groups*". Omdat een redelijk alternatief aldus beschikbaar was én omdat de verweerder bovendien geen sluitend bewijs had bijgebracht waarom de factoren "*driving record*", "*experience*" en "*vehicle use*" niet konden worden toegepast voor personen onder de 25 jaar, was volgens haar niet voldaan aan de "*reasonableness*"-test van de *Ontario Human Rights Code.*[2527]

De *dissenting opinion* van *Justice* MCLACHLIN ligt in dezelfde lijn. Zoals hoger reeds verklaard richt MCLACHLIN zich vooral op het argument van de verzekeraar dat er geen statistische informatie beschikbaar was om voor jongeren onder de 25 jaar hetzelfde differentiatiesysteem toe te passen als voor andere bestuurders. Een afwezigheid van dergelijke informatie was volgens haar geen reden om aan te nemen dat er geen praktisch alternatief voorhanden was.[2528] Door de aanvaarding van een dergelijk argument wordt de bewijslast voor praktische alternatieven immers op de schouders van de benadeelde gelegd. Dit beschouwt zij als een onmogelijke taak voor een leek in een geschil met een privé-verzekeraar. Bovendien kan zij zich niet vinden in het argument dat *Zurich* te klein was om op voldoende brede basis, statistische gegevens te verzamelen.[2529] Een dergelijk argument zou erop neerkomen dat voor kleine ondernemingen verschillende mensenrechtenstandaarden worden gecreëerd als voor grotere ondernemingen. Het excuus dat concurrerende ondernemingen eveneens gebruik maken van beschermde discriminatiegronden is volgens haar eveneens onaanvaardbaar omdat "*the failure of others to adhere to human rights standards has never provided a defence under the Code.*" Tenslotte verzet zij zich tegen het argument dat het weglaten van het leeftijdscriterium subsidies zou doen ontstaan van de lage risico's naar de hoge risico's. "*This argument, if it is to assist, must be taken to suggest that there will be no violation of the Code, if the result would be to penalize persons who are not complaining of the discrimination.* […] *there is no precedent in human rights law for accepting such an argument.*" De subsidies die zouden ontstaan van de goede naar de minder goede risico's zijn volgens MCLACHLIN overigens een noodzakelijk gevolg van het feit dat geen rekening mag gehouden worden met beschermde discriminatiegronden. Het blijft de verantwoordelijkheid van de verzekeraar om personen met een laag risico ook zonder deze beschermde discriminatiegronden een overeenkomstige lage premie te doen betalen.[2530]

893. **"*Small player*" en statistische gegevens.** De *dissenting opinions* van MCLACHLIN en L'HEUREUX-DUBÉ in de *Zurich*-case verschillen op minstens twee fundamentele punten van de meerderheidsbeslissing. Ten eerste zijn zij het niet eens te zijn met de stelling dat het voor een verzekeraar als "kleine onderneming" in een competitieve sector onredelijk is om zelf op zoek te gaan naar bijkomende statistische informatie. Het gebruik van alternatieve risico-factoren (zoals bv. het opnemen van *mileage* in de risico-beoordeling), die het gebruik van beschermde discriminatiegronden zouden kunnen vervangen, zag de meerderheidsbeslissing als een naar de toekomst gerichte *verantwoordelijkheid* van de verzekeraar. In de ogen van MCLACHLIN en L'HEUREUX-DUBÉ vormt

[2527] Ibidem.

[2528] Zie reeds *supra* nr. 601, met verwijzing naar *Justice* MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 390.

[2529] Ibidem.

[2530] Ibidem.

zij daarentegen een *plicht* die reeds *ten tijde van de feiten* kon worden afgedwongen onder de anti-discriminatiewetgeving.

894. **Benadeling van andere verzekerden.** Ten tweede werden de nadelen die de niet-toepassing van beschermde discriminatiegronden meebrengen voor de andere verzekerden (subsidies van de goede naar de minder goede risico's) niet gezien als een voldoende rechtvaardigingsgrond. In de meerderheidsbeslissing werden deze nadelen wél aanvaard als (bijkomend) beoordelingselement in de noodzakelijkheidsbeoordeling.

895. **Individuele risicobeoordeling.** Op een laatste belangrijk punt stemmen de *dissenting opinions* overeen met de meerderheidsbeslissing. *Individuele risico-beoordeling* werd *niet* gezien als een redelijk haalbare oplossing in de beoordeling van het noodzakelijkheidscriterium. Dit werd door *Justice* MCLACHLIN nog eens bevestigd in de latere *Potash*-case, waar het Supreme Court diende te oordelen over het gebruik van een maximum-leeftijd in een pensioenplan. MCLACHLIN verklaart dat de aandacht in de rechtvaardigingsbeoordeling niet gevestigd dient te worden op de situatie van de individuele aangeslotenen, maar wel op het pensioenplan in zijn geheel. "*Pension plans are premised on treating groups of people in similar fashion. An individual approach belies this premise.*"[2531]

3. Undue hardship en zijn vertaling naar verzekeringsrelaties

896. ***Unified approach en reasonable accommodation.*** Zoals hoger beschreven, heeft de Canadese rechtspraak eind jaren '90 een zgn. *unified approach* aangenomen ten opzichte van de beoordeling van directe en indirecte discriminatie. In de zaken *Meiorin* (arbeidsrelaties) en *Grismer* (dienstverlening) werd een rechtvaardigingstoets uitgewerkt waarin aan de noodzakelijkheidsbeoordeling bijzonder gewicht wordt gehecht. Doorheen deze toets dient de rechter te oordelen of de bestreden handeling "*is reasonably necessary to accomplish its purpose or goal, in the sense that the defendant cannot accommodate persons with the characteristics of the claimant without incurring undue hardship.*"[2532]

> Bijzonder aan deze test is dat de verplichting tot redelijke aanpassingen (*accommodation*), zoals die aanvankelijk alleen was voorzien als remedie in vastgestelde gevallen van indirecte discriminatie, nu geïntegreerd deel uitmaakt van de rechtvaardigingsbeoordeling. Men was van oordeel dat er inhoudelijk weinig of geen verschil bestond tussen de verplichting van de verweerder om in het geval van vermeende directe discriminatie de mogelijkheid van "*reasonable alternatives*" na te gaan enerzijds en anderzijds om in het

[2531] *Dissenting opinion* van MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 18 juli 2008, *New Brunswick (Human Rights Commission)* v. *Potash Corporation of Saskatchewan*, *Supreme Court Reports* 2008, afl. 2, 604, ov. 78. Hoger werd er reeds op gewezen dat niet geheel duidelijk is of deze stellingname volgde uit de specifieke rechtvaardigingsformule zoals die bleek uit *section* 3(6) van de *New Brunswick Human Rights Code*, dan wel meer algemene implicaties heeft voor de beoordeling van andere soorten verzekeringsovereenkomsten, zoals diegene die buiten de collectieve arbeidssfeer worden gesloten. Cf. *supra* nr. 637.

[2532] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 64; Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 20.

geval van indirecte discriminatie te voorzien in "*individual accommodation*".[2533] Het onderzoek komt er in beide gevallen op neer dat de verweerder moet aantonen dat hij in geen enkele vorm van redelijke of praktische maatregelen had kunnen voorzien die de negatieve impact van de genomen maatregelen op het individu had kunnen verminderen.[2534]

897. ***Undue hardship.*** Aan de zogenaamde *duty to accommodate* werd wel de grens van *undue hardship* gesteld. Van de werkgever of de dienstverlener (dus ook van de verzekeraar) kan niet worden verwacht dat hij voorziet in *unreasonable of impracticable options*.[2535] De verzekeraar krijgt de mogelijkheid om aan de hand van bedrijfseconomische of kostengerelateerde argumenten, de onredelijkheid aan te tonen van maatregelen van accomodatie. Dit bewijs mag niet "impressionistisch" zijn.[2536] Het mag niet steunen op subjectieve indrukken maar wel op wetenschappelijk onderbouwd onderzoek of voorspellingen omtrent de te verwachten kosten.[2537] Voor de verzekeraar komt dit erop neer dat de onmogelijkheid om bv. een differentiatiebeleid te voeren op grond van alternatieve risicofactoren, verder zal moeten worden onderbouwd. In tegenstelling tot hetgeen nog het geval was in de *Zurich*-case, zal de loutere afwezigheid van statistische gegevens niet noodzakelijk worden aanvaard als argument om niet te voorzien in alternatieve risico-factoren.[2538]

In de beoordeling van de vraag of het voorzien in eventuele alternatieve maatregelen *undue hardship* creëert, zijn doorheen de verdere Canadese rechtspraak een aantal elementen ontwikkeld die voor de verzekeraar van bijzonder belang kunnen zijn. Zo kan de rechter rekening houden met de omvang van de onderneming[2539], de economische omstandigheden waarmee deze wordt geconfronteerd[2540], de impact en beschikbaarheid van externe subsidiëring[2541], de mogelijkheid om bepaalde kosten binnen de onderneming te verplaatsen of te recupereren[2542] en het risico dat de onderneming door de te

---

[2533] Supreme Court of Canada 9 september 1999, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., Supreme Court Reports 1999, afl. 3, 3, ov. 37-38.

[2534] Zie reeds *supra* nrs. 609 en 613 met verwijzing door het Supreme Court naar de uitspraak van het Canadian Human Rights Tribunal in *Thwaites* v. *Canada.* Zie Canadian Human Rights Tribunal 7 juni 1993, *Thwaites v. Canada (Armed Forces)*, *Canadian Human Rights Reporter,* D/259, D/282. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 266.

[2535] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 129.

[2536] Ibidem, ov. 109. Zie ook Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 41.

[2537] Cf. *supra* nr. 627.

[2538] In dezelfde zin, T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 284.

[2539] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131; zie ook Supreme Court of Canada 23 juni 1994, Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, Supreme Court Reports 1994, afl. 2, 546.

[2540] Ibidem.

[2541] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 132; zie ook Ontario Board of Inquiry 2000, Brock v. Tarrant Film Factory Ltd., Canadian Human Rights Reporter 2000, D/305.

[2542] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131; zie ook British Columbia Human Rights Tribunal 1993, Howard v. British Columbia Human Rights Tribunal, Canadian Human Rights Reporter 1993, D/533.

maken kosten niet zou kunnen blijven verder bestaan of haar essentieel karakter zou zen[2543].[2544] Deze aspecten kunnen worden afgewogen tegen het bijkomend nut dat de benadeelden uit dergelijke maatregelen zouden kunnen halen.[2545] Bovendien houdt de rechtspraak die de *Meiorin*/*Grismer*-toets toepast in verzekeringsrelaties, rekening met de impact van eventuele alternatieve maatregelen op de bijdragen of de premies van andere verzekeringnemers.[2546] Daaruit blijkt dat, in tegenstelling tot de *dissenting opinions* in de *Zurich*-case, de nadelen die de alternatieve maatregelen kunnen hebben voor de andere verzekerden een rol kunnen spelen in de rechtvaardigingsbeoordeling. Uit de post-*Meiorin* rechtspraak blijkt dat in de redelijkheidsbeoordeling van alternatieve maatregelen ook aandacht kan worden besteed aan initiatieven die reeds werden genomen door vergelijkbare dienstverleners in de sector.[2547] De hierbij geformuleerde leidraden geven de Canadese rechter dus heel wat middelen in handen om een beoordeling uit te voeren van de vraag of alternatieve maatregelen redelijkerwijze hadden kunnen worden genomen.

§ 2. Redelijkheidsbeoordeling van alternatieve maatregelen

A. Integratie van de verschillende toetsingselementen

898. **Vergelijkbare redelijkheidsbeoordeling van alternatieven.** Zoals hierboven toegelicht, houdt de noodzakelijkheidstoets binnen het Europees-nationale beschermingssysteem een beoordeling in van de vraag of er alternatieve maatregelen beschikbaar zijn. Indien alternatieven konden worden aangewend die minder discriminerende gevolgen hebben en die tegelijk even doeltreffend zijn, is er sprake van discriminatie.[2548] Voor de beoordeling van deze noodzakelijkheidstoets kunnen de leidraden uit de Zuid-Afrikaanse wetgeving en de Canadese rechtspraak zeker dienstig zijn. De beoordeling van de vergelijkbare doeltreffendheid van alternatieve maatregelen houdt immers eveneens een redelijkheidstoets in. Onredelijke of ondoeltreffende alternatieven kunnen van de verweerder niet worden geëist.

> De rechtvaardigingsbeoordeling in Europa is weliswaar niet geheel vergelijkbaar met het Canadese en Zuid-Afrikaanse toetsingsmodel. In deze laatste stelsels wordt de nadruk gelegd op de plicht van de ver-

---

[2543] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 131-132. Zie ook Ontario Board of Inquiry 1995, Quesnel v. London Educational Health Centre, Canadian Human Rights Reporter 1995, D/474; Supreme Court of Canada 24 september 1992, Central Okanagan School District No.23 v. Renaud, Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 984.

[2544] Zie reeds *supra* nr. 644. Zie ook M. SAMSON, *l.c.*, 463.

[2545] Supreme Court of Canada 23 maart 2007, Council of Canadians with Disabilies v. VIA Rail Canada, Supreme Court Reports 2007, 650, ov. 355.

[2546] Cf. *supra* nr. 639, met verwijzing naar Canadian Human Rights Tribunal 2001, *McAllister-Windsor* v. *Canada (Human Resources Development*), *Canadian Human Rights Reporter* 2001, D/48. Zie ook T. LEMMENS, *o.c.*, 279, die schrijft: "*It is interesting to remark here that reference is made not only to the potential impact of the accommodation on the premiums, but also to the impact of any potential premium increases on contributors themselves, as well as on the overall viability of the plan.*"

[2547] Supreme Court of Canada 16 december 1999, Grismer v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights), Supreme Court Reports afl. 3, 868, ov. 32-38.

[2548] Cf. *supra* nrs. 883-884.

weerder om te voorzien in redelijke aanpassingen. Zoals hoger toegelicht, is deze plicht in het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen enkel geëxpliciteerd voor personen met een handicap.[2549] Daar de noodzakelijkheidstoets echter eveneens gericht is op de mogelijkheid om te voorzien in "minder belemmerende alternatieven", moet minstens rekening worden gehouden met de verschillende toetsingselementen die de buitenlandse rechtsstelsels hanteren ter beoordeling van de redelijkheid van deze alternatieven.

899. **Richtlijnen.** Overeenkomstig deze leidraden kan de rechter die dient te oordelen over de noodzakelijkheid van het bestreden segmentatiebeleid rekening houden met de volgende richtlijnen:

- De verzekeraar die zich wil beroepen op de onmogelijkheid, onredelijkheid of ondoeltreffendheid van alternatieve maatregelen zal deze bewering moeten staven aan de hand van *objectieve bewijsmiddelen*.
- Een maatregel zal niet worden beschouwd als een redelijk alternatief wanneer zij het *essentieel karakter van de verzekeringsactiviteit* aantasten.
- Een alternatieve maatregel kan als onredelijk of ondoeltreffend worden beschouwd indien de *nadelen* die deze maatregel oplegt aan de *andere verzekeringnemers*, niet opwegen tegen het nut die de maatregelen opleveren voor de personen die door de bestreden handeling werden getroffen.
- Een alternatieve maatregel is onredelijk indien de kost ervan het *bijkomend nut voor de personen die zich gediscrimineerd voelen* overstijgt.
- In de beoordeling van de redelijkheid van de alternatieven kan aandacht worden besteed aan de *initiatieven van andere marktspelers*, het *marktaandeel* dat de verzekeringsonderneming binnen de sector inneemt en de mogelijkheid voor de verzekeraar om de te maken *kosten binnen de onderneming te verplaatsen of te recupereren*.
- Een alternatieve maatregel die erin bestaat een *individuele risicobeoordeling* door te voeren, zal in principe niet worden gezien als een redelijk of doeltreffend alternatief.

In de hiernavolgende nummers zullen bij wijze van voorbeeld enkele mogelijke alternatieve maatregelen worden toegelicht zoals die kunnen worden betrokken in de noodzakelijkheidsbeoordeling van het door de verzekeraar gevoerde differentiatiebeleid. In de beoordeling van deze alternatieven zal waar nodig, beroep worden gedaan op de hiervoor geformuleerde richtlijnen. Achtereenvolgens worden geëvalueerd: de mogelijkheid tot individuele risico-beoordeling (B), het gebruik van alternatieve risico-factoren (C) en het gebruik van alternatieve segmentatievormen (D).

B. Individuele risico-beoordeling.

900. **Principiële onredelijkheid van individuele risico-beoordeling.** De besproken rechtspraak van het Canadese Supreme Court behandelt een aantal keren de vraag of de verzekeraar op grond van de

[2549] Cf. *supra* nrs. 712-714.

anti-discriminatiewetgeving gehouden is om (kandidaat-)verzekerden te onderwerpen aan een geïndividualiseerde risico-beoordeling. Zowel *Justice* SOPINKA (voor de meerderheid) als *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ (*dissenting*) oordeelden in de *Zurich*-case dat het onredelijk is om aan de verzekeringsmaatschappij te vragen om iedere verzekerde *individueel te testen* alvorens een contract te sluiten.[2550] Ook *Justice* MCLACHLIN gaat ervan uit dat de rechtvaardiging van het gebruik van een beschermde discriminatiegrond (in een bedrijfspensioenstelsel), vanwege het feit dat zij uitgaan van het idee van "*treating groups of people in similar fashion*", niet gericht moet zijn op de individuele aangeslotenen.[2551] Deze houding mag niet verbazen. Hoger werd er op gewezen dat de verzekeraar er principieel van moet uitgaan dat het risico van individuen met dezelfde risico-bepalende karakteristieken, overeenstemt met het gemiddelde risico-niveau binnen de groep.[2552] Indien iedere kandidaat-verzekerde zou moeten worden onderworpen aan individuele risico-beoordeling, doet men afbreuk aan de noodzaak om het risico te kunnen spreiden over een voldoende aantal vergelijkbare verzekerden.

901. **Uitzonderlijke omstandigheden vereisen nader risico-onderzoek.** Nietteming mag men niet uit het oog verliezen dat de lagere Canadese rechtspraak er in een aantal specifieke gevallen van uitging dat op de verzekeraar toch een bijkomende onderzoeksplicht rustte ter beoordeling van het individuele risico.

> Zo viel het British Columbia Human Rights Tribunal over het feit dat een levensverzekeringsmaatschappij aan een man die gehuwd was met een een HIV-patiënte, niet de mogelijkheid had gegeven om te bewijzen waarom hij geen verhoogd risico vormde en zich in haar weigeringsbeslissing enkel had gebaseerd op verouderde informatie met betrekking tot HIV-overdracht.[2553] Een nader onderzoek van het te verzekeren risico werd in de gegeven omstandigheden niet onredelijk geacht en discriminatie werd vastgesteld.
>
> In de zaak *Fraser* v. *ING* diende hetzelfde Human Rights Tribunal te oordelen over een vermeend geval van discriminatie op grond van *family status*.[2554] Mevr. *Fraser* werd door haar verzekeraar verhinderd om haar brandverzekeringspolis (*homeowner's insurance*) te verlengen. De reden hiervoor was dat Mevr. *Fraser* een bijkomende aansprakelijkheidsverzekering had afgesloten. Volgens ING wees deze bijkomende verzekeringspolis op een mogelijkheid tot fraude omdat daarmee een zelfde eigendom dubbel verzekerd werd "tegen eenzelfde risico". ING had echter geen rekening gehouden met het feit dat de bijkomende aansprakelijkheidsverzekering, die werd aangeboden door een erkende overheidsinstelling in British Columbia, er specifiek op gericht was om *opzettelijke schade* te kunnen dekken die zou kunnen worden

---

[2550] Zie Justice SOPINKA in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321 (onder titel "Reasonable and Bona Fide Grounds"); Justice L'HEUREUX-DUBÉ (onder titel "Analysis").

[2551] Zie Justice MCLACHLIN in Supreme Court of Canada 28 juli 2008, New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan, Supreme Court Reports 2008, afl. 2, 604, ov. 78.

[2552] Cf. *supra* nr. 873, met verwijzing naar B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 249.

[2553] Cf. *supra* nr. 642, met verwijzing naar British Columbia Human Rights Tribunal 21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance, Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43, ov. 62. Zie ook T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 285.

[2554] Discriminatie op grond van o.m. *family status* wordt verboden onder *section* 8 van de British Columbia Human Rights Code.

aangebracht door Mevr. *Fraser*'s *pleegkind*. Dergelijke schade werd niet gedekt door de brandverzekeringspolis. ING wist dat Mevr. *Fraser* een pleegouder was, maar het ging er zonder verder onderzoek van uit dat een persoon met een bijkomende verzekeringspolis een slecht risico was. Het British Columbia Human Rights Tribunal oordeelde dat gezien het uiterst ongebruikelijk karakter van de situatie, op ING de plicht rustte om de precieze aard na te gaan van de bijkomende verzekering die Mevr. Fraser had afgesloten.[2555] Volgens het Tribunal zou het ING geen enkele *hardship* hebben gekost om enkele verdere inlichtingen te hebben ingewonnen.[2556] Er was dan ook sprake van discriminatie.

Hoewel niet geweten is of het Canadese Supreme Court op eenzelfde manier zou hebben geoordeeld als deze lagere rechtspraak, blijkt uit deze voorbeelden dat bijkomend risico-onderzoek in bepaalde gevallen toch kan worden gezien als een maatregel die redelijkerwijze van de verzekeraar kan worden verwacht. De buitengewoon uitzonderlijke omstandigheden waarin het betwiste differentiatiebeleid zich in de hierbij geciteerde gevallen voordeed, geeft wel aan dat een plicht tot individuele risico-beoordeling niet als algemene regel kan worden afgeleid. Individuele risico-beoordeling zal in de overgrote meerderheid van de gevallen worden gezien als een onredelijk alternatief.

C. Alternatieve risico-factoren

1. Algemeen

902. Een meer voor de hand liggende maatregel die kan worden onderzocht, is het gebruik van alternatieve risico-factoren. In de bespreking van de pertinentiebeoordeling, werd er reeds op gewezen dat indien de verzekeraar teveel de nadruk legt op risico-factoren zoals leeftijd of geslacht, hij daardoor niet alleen een inaccurate risicoclassificatie tot stand brengt, maar bovendien ook een ongelijke verdeling van de aan deze inaccurate risicoclassificatie verbonden lasten.[2557] In dergelijke gevallen is het duidelijk dat de verzekeraar op zoek dient te gaan naar andere risico-maatstaven, wil hij in staat zijn om de doelstelling van een zo correct mogelijke risico-inschatting te kunnen verwezenlijken. Onder de noodzakelijkheidstoets kan de zoektocht naar alternatieve risico-factoren worden geëxpliciteerd als een op de verzekeraar rustende verplichting om aan te tonen waarom van dergelijke factoren geen gebruik werd gemaakt.[2558]

[2555] British Columbia Human Rights Tribunal 21 oktober 2004, *Fraser* v. *ING Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 2004, D/542, ov. 29. Zie ook reeds *supra* nr. 873.

[2556] *Ibidem*. Zie voor een bespreking T. LEMMENS en Y. THIERY, *l.c.*, 287-288.

[2557] Cf. *supra* nrs. 875-876, met verwijzing naar K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 432.

[2558] Zie Justice L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321 (onder titel "Analysis"): "the desirability of placing the fewest individuals in this position by identifying groups that are as little over-inclusive as possible is important in applying the test, particularly in the evaluation of available alternatives and the proportionality of the discriminatory classification."

2. Benadeling voor de andere verzekerden?

903. **Premiestijging voor "goede" risico's?** Het gebruik van alternatieve risico-factoren kan tot gevolg hebben dat personen die op grond van de bestreden factoren werden beschouwd als een goed risico, dit plots niet meer zijn. Men zou kunnen oordelen dat deze personen door het gebruik van de alternatieve risico-factor worden benadeeld, daar zij een hogere premie dienen te betalen dan daarvoor. Dit nadeel zou door de rechter kunnen worden meegewogen in de redelijkheidsbeoordeling van de alternatieve risico-factor. Indien echter vast staat dat het gebruik van de alternatieve risico-meting leidt tot een verbeterde en minder over-inclusieve samenstelling van de risico-klassen, zal het betrokken nadeel minder snel opwegen tegen de voordelen die de vernieuwde samenstelling met zich meebrengt voor de rest van de verzekerden. De doelstellingen van het differentiatiebeleid worden met een dergelijke hernieuwde samenstelling beter gediend.

904. **Gevaar voor (bestendige) premie-stijgingen.** Een aspect dat evenwel niet uit het oog mag worden verloren in de redelijkheidsbeoordeling van alternatieve risico-factoren is het gevaar voor een verhoging van de algemene kostprijs die kan verbonden zijn aan het gebruik van dergelijke factoren.

SCHOORENS wijst op de aan het proces verbonden transactiekosten, zoals het verzamelen van bijkomende statistische gegevens, het met behulp van krachtige en dure software analyseren en bewerken van deze gegevens op zoek naar bepaalde correlaties, de marketing van de op deze basis doorgevoerde segmentering, de herscholing van eigen personeel en tussenpersonen, enz...[2559] Het betreft kosten die zeer waarschijnlijk voelbaar zullen zijn in het algemeen niveau van de premies.

Eventuele premieverhogingen zouden ook kunnen worden verklaard door het feit op zich dat alternatieve risico-factoren in de plaats komen van bestaande risico-factoren. Het feit dat bepaalde personen nu worden ingeschat als een hoger risico, kan er op grond van een vermeend anti-selectie effect toe leiden dat de verzekeringspolis wordt opgezegd. Hierdoor stijgt het risico voor de totale groep en automatisch ook weer de premies.[2560]

Indien de globale stijging van het premieniveau zich op lange termijn doorzet, zal men wél kunnen spreken van een negatief effect op de andere verzekerden. De kostentoename zou zelfs van die aard kunnen zijn dat zij ook voor de personen die daarvoor reeds werden gekwalificeerd als een hoog risico (de oorspronkelijke benadeelden), tot een hogere premie leidt. In dergelijke gevallen zal de rechter

[2559] Zie G. SCHOORENS, *l.c.*, 221, met verwijzing naar R. COASE, "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics* 1960, 1-44. Zie ook B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 251.

[2560] Onthoud dat dergelijke effecten zich minder snel zullen voordoen in markten waar verzekering verplicht is (bv. WAM-verzekering), waar er geen echte alternatieven beschikbaar zijn (bv. fiscale voordelen van levensverzekering in vergelijking met sparen), of in een markt waar de verzekeringswaarborg om andere redenen als noodzakelijk wordt ervaren. Zie reeds *supra* nrs. 278-279 en 864.

wellicht minder snel geneigd zijn om het gebruik van alternatieve risico-factoren te kwalificeren als een redelijk alternatief.[2561]

3. Het alternatief van beïnvloedbare risico-factoren.

905. **Minder discriminerende werking van beïnvloedbare risico-factoren.** Zoals hoger reeds werd benadrukt, zullen de door de verzekeraar aangezochte alternatieven zelf ook dienen te voldoen aan het gelijkheidsbeginsel.[2562] Als alternatieve risico-factor kan dus worden gedacht aan persoonskenmerken die een beschermde discriminatiegrond uitmaken. Hierbij wordt in herinnering gebracht dat de wetgever zich in het vastleggen van de beschermde discriminatiegronden sterk heeft laten leiden door de gedachte dat de opgenomen gronden kenmerken betreffen "*die mensen te beurt vallen en die zij niet of niet helemaal onder controle hebben*".[2563] De rechter zou zich dan ook kunnen afvragen waarom de verzekeraar niet heeft gekozen voor risico-factoren die de kandidaat-verzekeringnemer wél onder controle heeft. Men kan er immers van uitgaan dat dergelijke risico-factoren een *minder discriminerende werking* hebben. Dit in de eerste plaats omwille van het feit dat zij zich duidelijk onderscheiden van de beschermde discriminatiegronden. Daarnaast ook omwille van een sociale rechtvaardigheidsgedachte die ernaar streeft om een persoon niet de nadelige gevolgen te laten dragen voor een situatie waar hij niet zelf voor gekozen heeft. [2564]

906. **Doeltreffendheid van beïnvloedbare risico-factoren.** De vraag rijst dan of het gebruik van beïnvloedbare risico-factoren ook een (even) doeltreffende werking zal hebben. Men zou kunnen aannemen dat dit het geval is. Indien in levensverzekering een hogere premie wordt toegekend aan rokers of aan personen die een gevaarlijke sport uitoefenen, zou dit de kandidaat-verzekerde ertoe kunnen leiden om af te zien van het roken of het beoefenen van het parachutisme.[2565] Op die manier wordt tegemoet gekomen aan het gevaar van *moral hazard*[2566]: ondanks het feit dat hij verzekerd is, zal de verzekerde risico-gedrag mijden. Indien premies daarentegen worden bepaald naargelang men man of vrouw is, of een bepaalde leeftijd heeft, zal dit de verzekerde er niet toe leiden risico-vermijdend gedrag te vertonen: "*Même avec la meilleure volonté du monde, l'assuré ne peut influer sur l'âge ou le sexe qui lui vaut d'être catalogué comme "bon" ou "mauvais" risque*.", zo stellen J.-F. en S. VAN

[2561] Zie in dezelfde zin, B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252. "*Encore faut-il que la prime reste payable pour le plus grand nombre. Il convient d'éviter que des augmentations de prime n'incitent finalement certains assurés à se détourner de l'assurance ou à souscrire son assurance dans un pays étranger où on applique une différenciation tarifaire plus poussée."*

[2562] Zie reeds *supra* nr. 884.

[2563] Cf. *supra* nr. 200, met verwijzing naar *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/1, 2.

[2564] Zie reeds *supra* nr. 319, met verwijzing naar L. WORTHAM, *l.c.*, 884; T. MOULTRIE en G. THOMAS, "The *right* to underwrite. An acturarial perspective with a difference", *l.c.*, 5; K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 437; Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *l.c.*, 198; G. WAGNER, *l.c.*; B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1445.

[2565] Zie bv. J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 52.

[2566] Hetgeen één van de doelstellingen van het differentiatiebeleid vormt. Cf. *supra* nr. 861.

DROOGHENBROECK.[2567] Op basis van deze argumenten zou men kunnen spreken van een vergelijkbare of misschien zelfs een hogere doeltreffendheid van het alternatief van beïnvloedbare risicofactoren. In dat geval zal het gebruik van factoren zoals leeftijd of geslacht niet voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste en aldus als discriminatoir kunnen worden beschouwd.

907. **Toch niet steeds even doeltreffend...** Hoger werd er echter op gewezen dat indien ervan uitgegaan wordt dat enkel beïnvloedbare risico-factoren worden opgenomen in het differentiatiebeleid van de verzekeraar, men aan de verzekeraar (en ook aan de rechter) een bijzonder moeilijk omlijnbaar beoordelingscriterium meegeeft.[2568] De verzekeraar zou als alternatieve risico-factor in levensverzekering of hospitalisatieverzekering bv. kunnen rekening houden met eventuele alcohol- of nicotineverslaving. De vraag is dan vanaf wanneer verslavingen (voor zover zij via de discriminatiegrond fysieke of genetische eigenschap al geen beschermde discriminatiegrond uitmaken) beïnvloedbaar zijn? De verzekeraar zal zich in heel wat gevallen verplicht zien tot het maken van waardeoordelen die voor de consument nadelig kunnen uitvallen. Ook personen die zichzelf *niet* in een risicovolle situatie hebben gebracht zouden namelijk kunnen worden benadeeld. Het gebruik van beïnvloedbare risico-factoren heeft dus niet noodzakelijk een bijkomend nut voor de personen die zich door het gebruik van risico-factoren zoals leeftijd of geslacht gediscrimineerd voelen. Daarenboven is de kans dat door het gebruik van beïnvloedbare risico-factoren wordt tegemoet gekomen aan het gevaar van *moral hazard* overschat. De verzekeraar zet meestal voldoende andere middelen in om de verzekerden te brengen tot risico-vermijdend gedrag. Dit kan door het installeren van plafonds waarboven geen dekking wordt verleend, of door het gebruik van franchises waarbij de verzekeraar pas tussenkomt vanaf een vooraf afgesproken bedrag.[2569] Omdat verzekerden bij voorkomend schadegeval een stuk van de schade zelf dienen te dragen, kan via dergelijke maatregelen reeds grotendeels tegemoet worden gekomen aan het gevaar van *moral hazard*.[2570]

Op grond van deze overwegingen kan worden aangenomen dat het gebruik van beïnvloedbare risicofactoren niet steeds zal leiden tot een doeltreffendheid die vergelijkbaar is met het gebruik van be-

---

[2567] *Ibidem*. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 190; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 250.

[2568] Cf. *supra* nr. 322, met verwijzing naar C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 190; J.-M. BINON, “L’égalité de traitement en droit européen et ses applications à l’assurance”, *l.c.*, p. 237, nr. 29; J.-C. ANDRÉ-DUMONT, *l.c.*, 146.

[2569] J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 53; Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam”, *l.c.*, 658-659.

[2570] Zie o.m. M. FAURE en R. VAN DEN BERGH, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Recht en Economie, deel 2, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1989, 117; H. COUSY, “La segmentation dans l’assurance de la responsabilité civile”, *l.c.*, nr. 5; W. VAN BOOM, *l.c.*, 261; A. COHEN, “Assymetric information and learning in the automobile insurance market”, juni 2002, Discussion Paper Nr. 371, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/, 4, Zie ook http://papers.ssrn.com/abstract_id=289966; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 53; Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam”, *l.c.*, 658-659.

schermde discriminatiegronden. Het niet-aanwenden ervan zal niet automatisch leiden tot de vaststelling van discriminatie.

4. Het gebruik van *Mileage* en *PAYD*-systemen

908. **Minder discriminerende werking van *Mileage* en *PAYD*-systemen.** Een concreet voorbeeld van een risico-factor die mogelijk kan worden beschouwd als een redelijk of doeltreffend alternatief, is het gebruik van *mileage* (aantal gereden kilometers per jaar) in de WAM-verzekering. Volgens *Justice* L'HEUREUX-DUBÉ (in haar *dissenting opinion* in de *Zurich*-case) gaat het hier om een meer accurate predictor, die "causaal gelieerd"[2571] is aan het risico én die in staat is "*to identify less over-inclusive groups*". Het gebruik van een dergelijk alternatief werd gezien als een maatregel met minder discriminerende gevolgen. Het leidt ertoe dat minder individuen de nadelige gevolgen dragen van het feit dat zij zijn opgenomen in een groep met een hoger gemiddeld risico als het individu zelf.[2572] Het legt de nadruk op individuele karakteristieken van de kandidaat-verzekerden, eerder dan op groep-"sterotiepen".[2573]

Ook zogenaamde *Pay As You Drive* –systemen (PAYD) kunnen worden beschouwd als een maatregel met een minder discriminerende werking. De hoogte van de premie wordt in een PAYD-systeem afhankelijk gemaakt van het traject en het tijdstip van de ritten, en de daarbij behorende risico's zoals rijden op gevaarlijke wegen of tijdens het spitsuur.[2574] Daartoe wordt een zgn. *black box* in het verzekerd voertuig geïnstalleerd die het rijgedrag van de bestuurder registreert. In België blijkt dit soort systemen reeds beperkt gebruikt te worden bij jongeren die een WAM-verzekeringspolis afsluiten.[2575] De *black box* maakt het mogelijk om rijgedrag te monitoren, door registratie van de snelheid, de rijstijl (bruusk optrekken, afremmen of manoeuvreren) en het tijdstip van het rijden (dag of nacht) of door

---

[2571] Of minstens verhoogd correleert.

[2572] "Given that individual testing is not possible in the context of insurance, the existence of an alternative rating variable [zoals mileage] which emphasizes individual characteristics rather than stereotypes associated with large groups presents a strong argument against the justifiability of the discriminatory classification." Zie Justice L'HEUREUX-DUBÉ in Supreme Court of Canada 25 juni 1992, Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission), Supreme Court Reports 1992, afl. 2, 321 (onder titel "Analysis").

[2573] *Ibidem*, met verwijzing naar S.R. RYAN, *l.c.*, 765.

[2574] Zie J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 54; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Enkele aandachtspunten bij een Europese regeling tot horizontalisering van het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen in de Europese verzekeringsmarkt", *l.c.*, 4; M. DENUIT, *l.c.*, 5; Y. THIERY, "Het Europees verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen", *l.c.*, 32; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, , 656. Zie ook Persbericht K.U.Leuven, "Betere privacybescherming bij Pay As You Drive", http://www.esat.kuleuven.be/cosic/press/pr_payd_dutch.html. Pay As You Drive (PAYD) wordt al vrij frequent gebruikt in de Verenigde Staten (*Norwich Union*), Canada (*Aviva*), Australië (*Real Insurance*), Japan (*AIOI Insurance company*), Groot Brittanië (*Progressive*) en Zuid-Afrika (*Hollard Insurance*). Zie voor een overzicht, http://en.wikipedia.org/wiki/Usage-based_insurance#Commercial_products.

[2575] MOBIMIX, "Zwarte doos zorgt voor goedkopere autoverzekering", http://www.mobimix.be/inhoud/2010/1/5/1254, 5 januari 2010. Zie ook http://www.mobimix.be/inhoud/g-box-leert-beter-te-rijden; http://www.mobimix.be/inhoud/2009/8/29/suzuki-belgi-voorziet-swift-van-zwarte-doos; http://www.mobimix.be/inhoud/2009/11/4/land-rover-voorziet-standaard-black-box.

alleen de G-kracht te meten waaraan het voertuig blootstaat.[2576] Op deze manier krijgt de verzekeraar een beter beeld van het te verzekeren risico, zonder daarbij beroep te moeten doen op groep-"stereotiepen".

909. **Doeltreffendheid van Mileage en PAYD?** De vraag is nu of het gebruik van de factor *mileage* of het gebruik van PAYD-systemen in de WAM-verzekering effectief als als een alternatief zal worden beschouwd dat even doeltreffend is als het gebruik van leeftijd.

Men kan wijzen op de bijkomende kost die het installeren van een PAYD-systeem met zich zou meebrengt en de eventuele weerslag die dit heeft op de totale premielast.[2577] Deze meerkost zou echter kunnen worden afgewogen tegen het bijkomend nut van het systeem. De kans is groot dat de installatie van het PAYD-systeem chauffeurs aanzet tot veiliger rijgedrag. Daaruit kan een daling volgen van het aantal verkeersongevallen, waardoor de schadelast wordt gedrukt. Het systeem biedt daarnaast een aantal voordelen op het vlak van opsporing van het voertuig na ongeval of de verwittiging van de hulpdiensten bij een ongeval.[2578]

Hoger werd er reeds op gewezen dat het belang van de factor leeftijd in de WAM-verzekering niet mag worden onderschat. Het kan een *proxy* vormen voor andere, niet te registreren of onbekende variabelen die mee aan de grondslag liggen van de levensverwachting en die zonder het gebruik van de *proxy* niet kunnen gevalideerd worden.[2579] Het kan dan gaan om risico-factoren die ook met het gebruik van *mileage* niet kunnen worden opgespoord. Het aantal gereden kilometers per jaar zegt bv. niets over waar (grote steden, platteland) en wanneer (tijdens de kantooruren, week-end nachten,…) er gereden wordt. Hoewel technisch mischien niet onmogelijk, zal het omwille van privacy-overwegingen[2580] eveneens niet gewenst zijn om de *black-box* de plaats en tijdstip van het rijden te laten registreren.[2581]

[2576] Ibidem.

[2577] DENUIT spreekt over een gemiddelde kost van 500 euro het eerste jaar, voor de aankoop van het materiaal en de plaatsing en een beperkte onderhoudskost gedurende de volgende jaren. Zie M. DENUIT, *l.c.*, 5.

[2578] Ibidem.

[2579] Cf. *supra* nr. 315, met verwijzing naar K.S. ABRAHAM, *l.c.*, 439-440; B.D. UNDERWOOD, *l.c.*, 1446; R.J. FINGER, "Ch. 6 – Risk Classication", *l.c.*, 298.

[2580] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Enkele aandachtspunten bij een Europese regeling tot horizontalisering van het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen in de Europese verzekeringsmarkt", *l.c.*, 4; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 54, met verwijzing naar de meer algemene problematiek van de bescherming van het recht op privé-leven in de relatie tussen de verzekeraar en de verzekerde, E. WILLEMART, "Le respect de la vie privée dans les relations entre l'assureur et le candidat-assuré" in *Liber Amicorum H. Claassens,* Antwerpen, Maklu, 1998, 295 e.v.; J.-L. FAGNART, "Le droit au secret de l'assureur à l'égard de l'assuré, du bénéficiaire et de la personne lésée" in L'assurance et le secret professionnel, *Revue de Droit de l'ULB* 2000, 236 e.v.; J. DHONT, "Le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des assurances. La légalité des banques de données", *Revue de Droit de l'ULB* 2000, 289 e.v. Zie ook B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 251.

[2581] Hierbij kan worden opgemerkt dat aan de K.U.Leuven een systeem werd ontwikkeld dat tegemoet helpt te komen aan deze privacy-overwegingen. Het gaat om het zogenaamde PriPAYD-systeem, waarbij gebruik gemaakt wordt van een *black box* die via gps-signalen de verplaatsingen registreert. Deze zwarte doos berekent in één

Omwille van de meerwaarde die de factor leeftijd in deze gevallen nog steeds zal bieden, zal het volledig laten wegvallen van deze factor ten gunste van alternatieve risico-factoren niet steeds als even doeltreffend worden beschouwd. Daarentegen zou men wel kunnen aansturen op een oplossing waarbij alternatieve risico-factoren worden *gecombineerd* met de factor leeftijd.

5. *A posteriori* personalisatie van het risico.

910. **Minder discriminerende werking van *a posteriori* personalisatie.** Een ander voorbeeld van een alternatieve risico-beoordeling is de hoger reeds toegelichte techniek van het *a posteriori* personaliseren van het risico.[2582] Zo kent de WAM-verzekering het gebruik van bonus-malussystemen waarbij de verzekeringspremie na meerdere jaren schadevrij rijden wordt verlaagd en in geval van schade wordt verhoogd.[2583] In tegenstelling tot *a priori* segmentatie waarbij rekening wordt gehouden met het profiel van de verzekerde zoals het bekend is aan de verzekeraar op het moment dat de verzekeringspolis wordt afgesloten, gebeurt bij *a posteriori* personalisatie een inrekeningname van de sinistraliteit (gebeurlijke voorvallen) waaraan de verzekerde gedurende een bepaalde periode heeft blootgestaan.[2584] Net zoals bij het gebruik van *Mileage* en PAYD-systemen in de WAM-verzekering, zou men kunnen oordelen dat van *a posteriori* personalisatie een verminderde discriminerende werking uitgaat. Het persoonlijke risico-profiel van de verzekeringnemer wordt immers mee in rekening gebracht.

911. **Doeltreffendheid van het (exclusief) gebruik van *a posteriori* personalisatie?** *A posteriori* personalisatie vormt echter niet noodzakelijk een doeltreffend *alternatief* vormen voor het gebruik van *a priori* segmentatie. Zoals hoger reeds werd toegelicht moet personalisatie *a posteriori* vooral worden gezien als een *correctie* op de tekortkomingen van de personalisatie *a priori.*[2585] Het is een manier om ervoor te zorgen dat informatie mee in rekening wordt genomen die niet via *a priori* personalisatie kan worden geregistreerd (aggressiviteit achter het stuur, gebruik van alcoholische dranken, slechte

---

moeite door de maandelijkse verzekeringspremie. De bescherming van de privacy wordt gegarandeerd door het feit dat de verzekeringsmaatschappij alleen de strikt noodzakelijke informatie krijgt en niet alle gegevens over de verplaatsingen; die blijven zwaar gecodeerd in de zwarte doos. Zie Persbericht K.U.Leuven, “Betere privacybescherming bij Pay As You Drive”, http://www.esat.kuleuven.be/cosic/press/pr_payd_dutch.html. DENUIT wijst op de in de Verenigde Staten aangewende methode waarbij eerst een “filtering” plaatsvindt vooraleer de gegevens de verzekeraar bereiken. Op basis van een geresumeerde rapport kan de verzekeraar onmogelijk de afgelegde trajecten reconstrueren. Zie M. DENUIT, *l.c.*, 5.

[2582] Cf. *supra* nr. 294.

[2583] Zie bv. H. COUSY, "Toegang tot autoverzekering in een competitieve omgeving" in DE VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Verzekeringenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 94; S. PITREBOIS, M. DENUIT en J.-F. WALHIN, "Document: Bonus-Malus: wat nu?", *De Verz.* maart 2003, afl. 569, 1-12.

[2584] Cf. *supra* nr. 294, met verwijzing naar M. GOOVAERTS en J. DHAENE, *l.c.*, 160-161; N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.,* 146; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 244.

[2585] N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.,* 146, met verwijzing naar G.B. HEY en J.D. HEY, “Motor insurance in the United Kingdom: a description and an appraisal”, *l.c.*. Zie ook COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *l.c.*, 4.

reflexen,…).[2586] De mate waarin *ex-post* schadestatistiek medebepalend is, is meestal afhankelijk van de graad van tariefverfijning die *a priori* werd toegepast.[2587] Dit heeft een goede reden. Men kan er van uitgaan dat schadegevallen voor een individuele verzekerde relatief zeldzaam voorkomen. In de veronderstelling dat het risico-gedrag van de verzekerde al constant blijft[2588], zou de verzekeraar decennia nodig hebben om zijn precieze risicoprofiel te kunnen inschatten.[2589] Een systeem van *a posteriori* classificatie zal dan ook pas worden gezien als een doetreffend alternatief, indien het wordt gebruikt *in aanvulling* op traditionele segmentatiemethodes.

D. Alternatieve en evenredige segmentatievormen.

912. **Segmentatievorm in verhouding tot het risico.** In het beoordelen van de noodzakelijkheid van de bestreden handeling kan men zich tenslotte afvragen of de verzekeraar geen minder belemmerende segmentatie-*vormen* had kunnen aanwenden om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Minder belemmerende segmentatievormen bevinden zich niet zozeer op het vlak van risico-meting, maar wel op het vlak van de concrete gevolgen die de verzekeraar verbindt aan het vastgestelde risico.

BERNAUW wijst op de uitgestrekte waaier van mogelijkheden die de verzekeraar ter beschikking heeft om te reageren op gevallen waarin hij een verhoogde kans op schade vaststelt.[2590] Naast de weigering om dekking te verlenen kan hij een bijpremie vragen, de waarborg beperken via het opnemen van een wachttijd, een carensperiode instellen, vrijstellingen, dekkingsplafonds of uitsluitingsclausules voorzien of preventiemaatregelen vragen.[2591] Algemeen wordt aangenomen dat om het bestreden differentiatiebeleid te kunnen rechtvaardigen in het kader van de anti-discriminatiewetgeving, de verzekeraar die modaliteit dient te kiezen die in verhouding staat met het te verzekeren risico.[2592]

[2586] S. PITREBOIS, M. DENUIT en J.-F. WALHIN, *l.c.*, 5.

[2587] Ibidem.

[2588] Ook *a posteriori*-classificatie biedt slechts een prognose. Een brokkenmaker kan tot inkeer komen en een goed bestuurder kan op het slechte pad raken. Zie reeds *supra* voetnoot nr. 2478, met verwijzing naar K. BERNAUW, *l.c.*, 284-285; J .VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 99-100.

[2589] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 251; M. DENUIT, *l.c.*, 6 voegt daaraan toe dat de zeldzaamheid van verkeersongevallen in een bonus-malusstelsel tot gevolg heeft dat de kortingen die toegekend worden aan de verzekerden die geen schadegevallen aangeven, zeer gering zouden zijn, terwijl de straffen voor hen die wel schadegevallen aangeven, te hoog zijn om op de verzekerden af te wentelen. Zie in deze zin eveneens S. PITREBOIS, M. DENUIT en J.-F. WALHIN, *l.c.*, 7. Volgens DENUIT en DUBUISSON kan aan deze moeilijkheid wel voor een stuk worden tegemoet gekomen door in de premiezetting ook verkeersovertredingen in rekening te brengen. Belangrijke voorwaarde voor het functioneren van een dergelijk systeem is wel dat er een voldoede hoge pakkans bestaat.

[2590] K. BERNAUW, *l.c.*, 299. Zie ook J .VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 111.

[2591] BERNAUW merkt hierbij wel op dat de wilsautonomie van de verzekeraar op dit vlak soms beperkt is tot de tarificatie en de (niet-)acceptatie, door met name de dwingende wetgeving en de minimumgarantievoorwaarden die in sommige verzekeringsovereenkomsten zijn opgelegd. Zie K. BERNAUW, *l.c.*, 299. Zie ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, nr. 53.

[2592] "*De graad van ongelijke behandeling*", zo schrijft VELAERS, "*moet in verhouding staan tot de graad van risicoverzwaring.*" Zie J .VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 98-99. Zie ook K. BERNAUW, *l.c.*, 299; J.-F. VANDROOGHENBROECK

Deze beoordeling kan worden gezien als een evenredigheidstoets waarbij wordt nagegaan of de gebruikte middelen overeenstemmen met de doelstelling van het differentiatiebeleid in het algemeen en het te verzekeren risico in het bijzonder.

913. **Toepassingen.** Het vereiste dat de gebruikte segmentatievorm in overeenstemming dient te zijn met het te verzekeren risico leidt in de eerste plaats tot de vaststelling dat de kandidaat-verzekerde niet geweigerd mag worden indien de dekking wél kan worden verleend door het toepassen van een bijpremie, een plafonnering of een uitsluitingsclausule.[2593] Volgens het Belgisch Centrum voor Gelijkheid van Kansen is de niet-acceptatie van een diabetespatiënt in de hospitalisatieverzekering of levensverzekering eveneens onredelijk wanneer de beoordeling niet afhangt van het type diabetes en de aanwezigheid van verwikkelingen.[2594]

Uitsluitingsclausules die verband houden met de bestaande gezondheidstoestand kunnen in het geval van hospitalisatieverzekering[2595] of schuldsaldoverzekering[2596] een alternatief vormen voor het vragen van een (te hoge) bijpremie. De uitsluitingsclausule zal dan zelf ook in verhouding dienen te staan tot het te verzekeren risico. Een uitsluitingsclausule die zodanig vaag is geformuleerd dat iedere directe of indirecte consequentie van de voorafbestaande toestand zonder meer is uitgesloten, zal wellicht niet worden beschouwd als een noodzakelijke maatregel.[2597] De verzekeraar zou kunnen

---

en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 53; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 251; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.*, 656; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 194; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen, *l.c.*, 16.

[2593] K. BERNAUW, *l.c.*, 299; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam", *l.c.*, 656; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verekeringen", *l.c.*, 195; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007, *l.c.*, 16.

[2594] Zie X., "Jaarverslag 2003 van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, Bijlage C", *http://www.diversiteit.be/diversiteit/files/File//publications/rapport_annuel/03_jaarverslagCentrum.pdf*, 173. Zie ook F. DE BRUYNE, "Van solidariteit naar uitsluiting: de weigering van chronisch zieken door verzekeringsmaatschappijen", Tijdschrift voor Mensenrechten januari-februari-maart 2006, afl. 1, 14.

[2595] Hierbij wordt eraan herinnerd dat de verzekeraar op grond van artikel 138*bis*-6 van de W.LVO (recht op een ziektekostenverzekering voor personen onder de 65 jaar), kosten die verband houden met de ziekte of handicap welke bestaat op het ogenblik van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, onder bepaalde voorwaarden mag uitsluiten van dekking. Zie reeds *supra* nrs. 199 en 849.

[2596] Volgens de verzekeringssector is de oplossing van een uitsluitingsclausule als alternatief voor een bijpremie in schuldsaldoverzekering niet haalbaar omwille van het feit dat bij tussenkomst naar aanleiding van een overlijden moet worden nagegaan of de doodsoorzaak in verband staat met de uitsluiting. De verzekeraar draagt in de bewijslast, maar gezien de betrokkene zijn goedkeuring niet meer kan geven om de medische gegevens uit te wisselen (hetgeen vereist is onder artikel 95 van de W.LVO en onder de privacywetgeving) wordt deze bewijslast door de verzekeraar te zwaar bevonden. Zie OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2009*, *http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2009.pdf*, 42. Hierbij moet nochtans worden opgemerkt dat indien de verzekeraar aantoont over de *voorafgaande* toestemming van de verzekerde te beschikken, de arts van de verzekerde aan de adviserend arts van de verzekeraar een verklaring zal afgeven over de doodsoorzaak. (zie artikel 95 W.LVO) Men kan zich dan ook afvragen in welke mate het argument van een verzwaarde bewijslast dienend kan zijn ter ondersteuning van het niet-voorzien van een uitsluitingsclausule als alternatief.

[2597] Bemerk dat dergelijke clausules in België ook kunnen worden aangevochten via artikel 14 van het Controlereglement dat bepaalt dat de voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst geen clausules mogen bevatten die een inbreuk maken op de gelijkwaardigheid tussen de verbintenissen van de verzekeraar en de verzekeringnemer. Zie C. VAN SCHOUBROECK, G. JOCQUÉ, A. DE GRAEVE, M. DE GRAEVE en H. COUSY, "Overzicht van rechtspraak verzekeringen. Wet op de landverzekeringsovereenkomst (1992-2003)", *l.c.*, 1885-1886. In de niet-

overwegen om, ter voorkoming van een discriminatievordering, reeds zelf een aantal alternatieven te formuleren voor een te hoge bijpremie of premieverhoging. Zo had de hospitalisatieverzekeraar in de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* aan de betrokken verzekerden, als alternatief voor de bestreden premieverhoging, een vrijstelling (of een verhoging ervan) of een beperking van de waarborg tot een tweepersoonskamer voorgesteld.[2598] Deze door de hospitalisatieverzekeraar aangeboden alternatieven werden door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel echter beschouwd als ongeschikt en onrechtvaardig in vergelijking met de lineaire premieverhoging die in dit geval had kunnen worden toegepast.[2599]

Verder dienen de premies in verhouding te staan tot het te verzekeren risico.[2600] Bevestiging van deze regel kan worden gevonden in artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn, waar wordt gesteld dat verschillen in premies of uitkeringen voor mannen en vrouwen *proportioneel* moeten zijn. Zij mogen niet onevenredig hoog zijn voor de leden van één geslacht, hetgeen inderdaad impliceert dat zij in overeenstemming dienen te zijn met het te verzekeren risico.[2601] Het vereiste van evenredigheid vraagt bv. ook dat de bijpremie die wordt aangerekend bij een licht verhoogde bloeddruk, lager zal dienen te zijn dan die bij een zware hypertensie.[2602] Ziektebeelden zoals de ziekte van *Crohn*, *Collitis Ulcerosa* en diabetes bestaan in allerlei graden en ook hier dient de specifieke hoogte van de bijpremie gerechtvaardigd te zijn.[2603]

---

beroepsgebonden ziektekostenverzekeringsovereenkomsten zouden eventuele beoordelingsmoeilijkheden voor de rechter op dit vlak kunnen worden verlicht door het feit dat geschillen met betrekking tot de kosten die van de dekking uitgesloten zijn of slechts beperkt gedekt worden, kunnen worden voorgelegd aan een bij K.B. van 20 december 2007 opgericht bemiddelingsorgaan (de zgn. “Bemiddelingscommissie Ziektekostenverzekering”). Zie K.B. van 20 december 2007 houdende oprichting van het bemiddelingsorgaan bedoeld in artikel 138*bis*-6 van de W.LVO, *B.S.* 14 mei 2008. Dit orgaan kan een oordeel vellen over de evenredigheid en technische deugdelijkheid van de betwiste uitsluitingsclausule.

[2598] Zie Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 676-677.

[2599] *Ibidem,* 681. Zie ook Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", *l.c.*, 686; J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 111.

[2600] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, l.c., 194. “As a matter of fairness”, zo schrijft ABRAHAM, “people should pay for insurance coverage only in proportion to the cost of what they can be expected to consume”. Zie K.S. ABRAHAM, l.c., 429.

[2601] Cf. *supra* nr. 519.

[2602] K. BERNAUW, *l.c.*, 300; J. VELAERS, , ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 99.

[2603] Voor bepaalde vormen van schuldsaldoverzekering zal de beoordeling van de evenredigheid van de hoogte van de bijpremie in de toekomst wellicht makkelijker kunnen verlopen. Artikel 138*ter*-2 van de W.LVO, dat in werking zal treden na K.B., bepaalt dat de verzekeraar die aan de verzekeringnemer een premie voorstelt, er toe gehouden is die premie op te splitsen in de basispremie aan de ene kant en de bijpremie die *om reden van* de gezondheidstoestand van de verzekerde wordt aangerekend aan de andere kant. Op die manier weet de kandidaat-verzekerde welk gedeelte van de premie te wijten is aan de gezondheidstoestand. De rechter kan het onderzoek naar de vraag of de premie in verhouding staat tot het risico beperken tot het gedeelte van de premie dat bepaald wordt door de eigenlijke risico-*verzwaring*. Een zogenaamd opvolgingsbureau voor de tarifering dat op te richten is door de Koning, kan op verzoek van de meest gerede partij de voorstellen tot bijpremie onderzoeken door na te gaan of de bijpremie in kwestie “medisch en verzekeringstechnisch objectief en redelijk verantwoord is”. Zie artikel 138*ter*-6 van de W.LVO.

Een klacht die werd voorgelegd aan de Belgische Ombudsman van de Verzekeringen biedt een voorbeeld van het principe dat de hoogte van de gevraagde premie in overeenstemming dient te zijn met het te verzekeren risico.[2604] Het betrof een geval van een (volgens de Ombudsman) onevenredig hoge bijpremie in de schuldsaldoverzekering. Een 36-jarige man die de aankoop van een appartement had gefinancierd met een hypothecaire lening van 260.000 euro op 30 jaar kreeg van zijn bankier het voorstel om een schuldsaldoverzekering aan te gaan bij dezelfde financiële groep, waardoor hij kon genieten van een korting op zijn hypothecaire lening. Op de medische vragenlijst die hem voorafgaand aan het onderschrijven van de schuldsaldoverzekering wordt voorgelegd, meldt hij dat hij lijdt aan hartritmestoornissen. De verzekeraar wil de schuldsaldoverzekering wel afsluiten, maar vraagt een bijpremie van 100% (*i.e.* een verdubbeling van de basispremie). Naar aanleiding van de klacht wendt de Ombudsman zich tot de betrokken verzekeringsonderneming. De verzekeringsonderneming rechtvaardigt de hoge bijpremie aan de hand van marktstudies die wijzen op verhoogde risico's op overlijden bij hartritmestoornissen. Afgaande op het hierboven beschreven principe dat de verzekeraar op grond van de anti-discriminatiewetgeving redelijke oplossingen "*in verhouding tot het risico*" moet aanbieden, probeert de Ombudsman een herziening van het voorstel te bekomen. Zij wijst op het feit dat volgens de behandelende geneesheer van de betrokken jongeman, het hogere risico op overlijden pas ontstaat na de leeftijd van 60 jaar. Aangezien het contract van de jongeman ten einde zou lopen op 66 jaar, is de periode van verhoogd risico slechts beperkt tot 6 jaar. Op basis van deze vaststelling deed de verzekeraar een aangepast voorstel door de jongeman de mogelijkheid te bieden een schuldsaldoverzekering aan te gaan voor 25 jaar, met een bijpremie beperkt tot 50%. Of hiermee werkelijk een oplossing werd geformuleerd in verhouding tot het risico is nog maar de vraag.[2605] Feit blijft wel dat de Ombudsman er op basis van de anti-discriminatiewetgeving (en naar aanleiding van een bijkomend individueeel (!) risico-onderzoek) in slaagde de verzekeraar te overtuigen de bijpremie dichter bij het eigenlijke risico te laten aanleunen.

§ 3. Strikte evenredigheid: verdere afweging van fundamentele belangen.

914. **Ondanks de afwezigheid van redelijke alternatieven…** Zoals hierboven reeds werd toegelicht, houdt de noodzakelijkheidsbeoordeling, een onderzoek in, niet alleen van de doeltreffendheid van minder discriminatoire alternatieven, maar ook van zogenaamde strikte evenredigheid of *true proportionality*.[2606] Het betreft een afweging tussen de belangen die met de bestreden handeling worden gediend en degenen die ermee worden geschonden. Een dergelijke afweging zit reeds impliciet begrepen in de hierboven besproken beoordeling van de vraag of de aan een alternatieve maatregel verbonden lasten opwegen tegen het bijkomend nut van deze maatregel.[2607] Een evenredigheidsbeoordeling in de strikte zin kan echter ook worden aangewend om na te gaan of de ongelijke behandeling, ondanks het feit dat er geen redelijke alternatieven voorhanden zijn, alsnog kan worden beschouwd als discriminatoir. Op dat moment strekt de evenredigheidsbeoordeling zich uit boven de andere toetsingselementen en krijgt de rechter de mogelijkheid om bepaalde fundamentele belangen,

[2604] Zie OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2008*, *l.c.*, 91.

[2605] Ook de Ombudsman geeft toe dat het zonder medische of acturariële expertise terzake vaak moeilijk zal zijn om te oordelen of het gaat om een redelijke bijpremie of niet. Zie OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2008*, *l.c.*, 90.

[2606] Zie *supra* nr. 884.

[2607] Zie in dezelfde zin, S. SOTTIAUX, *l.c.*, 239.

die nog geen plaats hadden gekregen in de rechtvaardigingsbeoordeling, alsnog in de toetsing te betrekken.[2608]

915. **Het belang van "levensnoodzakelijke" verzekering.** De rechter kan in deze fase van de toetsing rekening houden met het feit dat de nood aan een adequate verzekeringswaarborg in sommige gevallen zeer precair is. De behoefte aan verzekering appelleert dan aan een bijzonder sociaal belang dat in de weegschaal kan worden gelegd ten opzichte van de onderschrijvingsvrijheid van de verzekeraar.[2609] De rechter zou zich in het geval van verzekeringen die worden gezien als "levensnoodzakelijk", kunnen laten leiden door de gedachte dat men een zogenaamd recht op verzekering heeft, waarvan de contouren zich minstens op ethisch vlak aftekenen[2610].[2611] Het is de verdienste van DEVROE te hebben aangetoond dat bepaalde verzekeringsdiensten (ook niet-sociale verzekeringen zoals aansprakelijkheidsverzekering, rechtsbijstandsverzekering of de WAM-verzekering) zodanig belangrijk zijn voor het maatschappelijk functioneren, dat zij kunnen worden aangemerkt als een "universele dienst".[2612] Van dergelijke minimumdiensten zou de uitvoering moeten verzekerd zijn, ongeacht de vraag door wie (overheid of particuliere sector) deze diensten worden geleverd en dus ook

---

[2608] Zie J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*,106 en S. SOTTIAUX, *l.c.*, 240. Beiden met verwijzing naar *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/15, 5: "*Overigens dient benadrukt dat het vereiste van een redelijk verband van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel, alle maatregelen uitsluit die de fundamentele rechten van de mens en dus het beginsel van non-discriminatie ernstig schenden, zelfs als deze maatregel zeer doeltreffend is en niet kan worden vervangen door een andere.*"

[2609] Zie voor een vroege suggestie in die zin, H. COUSY, "De rol van private verzekeringen in de aanvullende verzekeringen: de regels van het spel", in J. VAN LANGENDONCK (ed.), *Liber Amicorum Roger Dillemans*, II, Gent, Story-Scientia, 1997, 71-72. Zie ook C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 195.

[2610] H. COUSY, "Over ethiek en verzekeringen: ter oriëntatie", *l.c.*, 33. Zie ook H. COUSY, "De rol van private verzekeringen in de aanvullende verzekeringen: de regels van het spel", 71-72; Hierbij wordt eraan herinnerd dat een dergelijk recht op verzekering ook op juridisch vlak vorm begint te krijgen. Zie bv. artikel 138*bis*-3 van de W.LVO waarin bepaald wordt dat elke kandidaat-hoofdverzekerde die chronisch ziek of gehandicapt is, onder de 65 jaar (minstens tot 30 juni 2011) recht heeft op een ziektekostenverzekering, weliswaar met uitsluiting van de kosten die verband houden met de ziekte of handicap, maar wel tegen een premie die aangerekend zou zijn indien de kandidaat-verzekerde niet chronisch ziek of gehandicapt is. In artikel 138*bis*-3 wordt gesteld dat niet-arbeidsgerelateerde ziekteverzekeringsovereenkomsten voor het leven zijn aangegaan, hetgeen een levenslang recht op het *behoud* van dergelijke overeenkomsten impliceert. Het nog niet in werking getreden artikel 138*ter*-11 W.LVO bepaalt dat de verzekeraar die voor schuldsaldoverzekeringen voor de enige en eerste woning een bijpremie aanrekent die meer dan 200% van de basispremie bedraagt, *ertoe gehouden is* een gestandaardiseerde waarborg aan te bieden.

[2611] Zie C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 194; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007", *l.c.*, 16; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, ,657.

[2612] DEVROE baseert zich op de definitie van "universele dienstverlening" als een een "welbepaald minimumpakket van diensten van een bepaalde kwaliteit dat voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is voor een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs", zoals die o.m. voorkomt in artikel 2, lid 4 van Richtlijn 90/387/EG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP), Pb. L 192 van 24 juli 1990, 1, zoals ingevoerd door Richtlijn 97/51/EG van het Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van de Richtlijnen 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een door concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie, Pb. L 259 van 29 oktober 1997, 23. Zie W. DEVROE, "'Universele dienstverlening' als grens aan risico-selectie" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), Competitiviteit, ethiek en verzekering, Reeks CRIS, Antwerpen, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 282.

ongeacht de vraag of deze diensten nu wel of niet op commerciële basis worden aangeboden.[2613] Sommige verzekeringsproducten kunnen inderdaad worden gezien als dermate essentieel dat iedereen er tegen een betaalbare prijs toegang moet toe krijgen.[2614]

Zo is schuldsaldoverzekering onontbeerlijk voor het bekomen van een woonkrediet en dus tot de toegang tot eigendom.[2615] WAM-verzekering is een door de wetgever verplicht opgelegde verzekeringsvorm noodzakelijk om te kunnen deelnemen aan het wegverkeer.[2616] In sommige gevallen is WAM-verzekering eveneens noodzakelijk voor de toegang tot het uitgeoefende beroep.[2617] Levensverzekering kan worden gezien als een essentiële aanvulling op het wettelijk pensioen.[2618] Gezien de tanende rol van de sociale zekerheid wordt de nood aan aanvullende ziektekostenverzekering steeds belangrijker.[2619]

In tegenstelling tot "facultatieve comfort- of luxedekkingen", is het niet uitgesloten dat de rechter in de rechtvaardigingsbeoordeling van deze verzekeringsvormen een strengere houding zal aannemen.[2620] Dit zal in ieder geval zo zijn wanneer door de ontoegankelijkheid van bepaalde verzekeringsvormen, de uitoefening van sociale of economische grondrechten in het gedrang wordt gebracht en daarmee het recht op een menswaardig leven te leiden.[2621]

[2613] *Ibidem*, 293 en 311-314.

[2614] *Ibidem*, 311.

[2615] B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252.

[2616] Zie voor de onderkenning van dit belang, H. COUSY, "De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering", nr. 6. Zie in België artikel 2, §1 van de Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, *B.S.* 8 december 1992.

[2617] Zie J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 57; B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252; J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*, 99. Zie hierover K. BERNAUW, *l.c.*, 306. "*Het argument dat het ontberen van de beschikking over een persoonlijk motorvoertuig de kansen op de arbeidsmarkt hypothekeert, overtuigt niet, nu de werkgever normalerwijze instaat voorde verzekering van het bedrijfsvoertuig. Er bestaan ook alternatieven voor het besturen van een motorvoertuig: openbaar vervoer enz."*

[2618] Zie ook B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252.

[2619] Met dit gegeven bleek de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel in de zaak *Test-aankoop* t. *DKV* rekening te houden bij het beoordelen van de alternatieven die DKV aan haar verzekerden had voorgesteld om aan een premiestijging te kunnen ontsnappen. Zie Vz. Kh. Brussel, 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 681. "*Eu égard au besoin de protection recherché pa la souscription de ce type d'assurance et à la nécessité que représente aujourd'hui pareille souscription compte tenu de l'évolution du rôle de la sécurité sociale, qui, à tort ou à raison, est perçu comme infondamentalement incertain, il est dès lors inacceptable de soutenir que les alternatives proposées par la SA DKV Belgium seraient adaptées au besoin de chacun*." Zie ook Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", *l.c.*, 687.

[2620] Vgl. K. BERNAUW, *l.c.*, 305-306.

[2621] Dit recht wordt bv. ingeschreven in artikel 23 van de Belgische Grondwet. Het artikel geeft de wetgever de bevoegdheid de voorwaarden te scheppen voor de uitoefening van economische, sociale en culturele rechten. Zo zou een weigering om rechtsbijstandsverzekering aan te bieden, een weerslag kunnen hebben op het recht op juridische bijstand (zoals gegarandeerd in artikel 23 van de Belgische Grondwet). De weigering om een hospitalisatieverzekering af te sluiten kan worden gekoppeld aan het recht op gezondheidszorg (eveneens artikel 23 van de Belgische Grondwet). De WAM-verzekering zou kunnen worden gekoppeld aan een recht op mobiliteit, dat als een

916. **De sociale verantwoordelijkheid van de verzekeraar.** Hoewel het evenredigheidscriterium "juridische scherpte mist" en om die reden niet veel verder kan gaan dan een marginale redelijkheidstoets,[2622] kan de rechter in sommige van deze gevallen toch geneigd zijn om meer dan een kennelijke onevenredigheid te sanctioneren. In markten waar private verzekeraars zich op een terrein begeven dat traditioneel tot de sociale verzekering of zelfs de sociale zekerheid behoort, zouden rentabiliteitsoverwegingen op een andere manier kunnen worden gewogen.[2623] In gevallen waar een privatisering aan de gang is van de sociale zekerheid, zo suggereert DEVROE, dient niet het publiek of privé-karakter van essentiële (sociale) verzekering worden gevrijwaard, maar wel de betaalbaarheid ervan voor de gebruiker en de kwaliteit als een minimumpakket van diensten die naam waardig.[2624] De evenredigheidstoets vormt dan het rechterlijk instrument bij uitstek om grondrechten, belangen en waarden tegen elkaar af te wegen en kan de balans helpen herstellen tussen enerzijds de contract- en ondernemingsvrijheid van de verzekeraar en de excessen die er in een competitieve markt uit voorspruiten anderzijds.[2625]

Men kan zich hierbij wel de vraag stellen of de anti-discriminatiewetgeving steeds het meest geschikte middel is om deze excessen te bestrijden. Kan van de rechter worden gevraagd om sociale verantwoordelijkheid van publieke marktspelers af te dwingen op grond van een relatief vage rechtvaardigingsbeoordeling in het gelijkebehandelingsrecht? In gevallen waarbij een daadwerkelijke herverdeling tussen goede en minder goede risico's gewenst is, bereikt men de grenzen van de verzekerbaar-

---

vorm van "universele dienstverlening" is opgenomen in de Verklaring tot herziening van de Grondwet. Zie Ontwerp van verklaring tot herziening van de Grondwet, *Parl. St.* Kamer 2009-2010, nr. 2593/006, 3. Zie ook artikel 2, 4° protocol bij het EHRM ("vrijheid van verplaatsing"). Zie over het verband tussen sociale grondrechten, verzekering en rechtvaardiging in discriminatie, J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*,106-108; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, nr. 57. Zie eveneens, B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252; B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen, *l.c.*, 16. Hierbij wordt er overigens aan herinnerd dat wanneer de toegang tot relevante basisgoederen in het gedrang wordt gebracht, ook zonder verwijzing naar sociale of economische grondrechten beroep kan worden gedaan op het respect voor de *menselijke waardigheid* in de vaststelling van het discriminatoir karakter van de bestreden belemmering. Zie reeds *supra* nr. 461-830, met verwijzing naar Advocaat-Generaal POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008, voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603, ov. 11. in Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 3, 624, ov. 65 en 72.

[2622] Zie J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*,106. Zie in dezelfde zin, B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252.

[2623] Zie in deze zin, C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 194. Zie ook B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252: "*On y verra une manière de souffler à l'orelile de l'assureur qu'il ne peut totalement méconnaître l'intérêt de certaines catégories d'assurés ni se désintéresser de la mission sociale qui lui incombe, spécialement dans certaines branches d'assurances réputées sensibles*." Zie over het uitoefenen van 'sociale' activiteiten door private instellingen en hun eventuele onderworpenheid aan de spelregels van de sociale zekerheid, H. COUSY, "De rol van private verzekeringen in de aanvullende verzekeringen: de regels van het spel", *l.c.,* 63.

[2624] W. DEVROE, *l.c.*, 318. Zie ook H. COUSY, "De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering", *l.c.*, nr. 8.

[2625] C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", *l.c.*, 195; Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *l.c.*, 657.

heid en rijst de vraag of er geen andere en betere correctiemechanismen bestaan om de toegang tot verzekering te garanderen voor verzwaarde risico's.[2626] Wanneer de overheid alternatieven heeft om haar sociaal beleid te voeren, dient ook zij voor de minst belemmerende maatregel te kiezen en zullen de grenzen van het anti-discriminatierecht worden bereikt.[2627]

§ 4. Evaluatie

917. De beoordeling van noodzakelijkheid van het bestreden differentiatiebeleid is voor de verzekeraar wellicht de moeilijkste horde. Zij verplicht hem na te denken in welke mate alternatieve maatregelen hadden kunnen worden genomen die minder belastend waren voor het slachtoffer en zij legt tevens een onderzoek op naar de verhouding tussen de gebruikte risico-factoren of segmentatievormen en het te verzekeren risico. Tegelijk geeft zij de mogelijkheid om aan de hand van redelijkheidsargumenten aan te tonen waarom het differentiatiebeleid in zijn huidige vorm kan worden verdergezet. Voor de (kandidaat-)verzekerde vormt de noodzakelijkheidstoets een garantie om daadwerkelijk te kunnen beschikken over een verzekeringswaarborg die zoveel als redelijkerwijze mogelijk in overeenstemming is met zijn individuele risico. Een volwaardige noodzakelijkheidsbeoordeling vormt dan ook de belangrijkste waarborg om dat punt te vinden waarop de uiteenlopende objectieven van de verzekeringstechniek en de gelijkebehandelingsnorm kunnen komen tot maximale verzoening. De rechter vindt hier het ultieme afwegingsinstrument van de in het geding aanwezige belangen.

[2626] Zie bv. B. DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *l.c.*, 252;

[2627] Vgl. J. VELAERS, ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", *l.c.*,106.

SLOTBESCHOUWING

918. **Het discriminatieverbod in het economisch verkeer.** De toepassing van het juridisch gelijkheidsbeginsel in het domein van de contractuele verhoudingen, kan op geen treffender wijze worden geïllustreerd dan in de relatie tussen de verzekeraar en de (kandidaat-)verzekerde. Het gelijkheidsbeginsel veruitwendigt zich essentieel in een verbod van ongelijke behandeling. Het verzekeringsbedrijf is essentieel gebaseerd op de onderscheiden behandeling van verschillende risico's. Verzekeringsrelaties vormen dan ook hét gebied bij uitstek om de werkingsgrenzen na te gaan van het antidiscriminatierecht in het economisch verkeer.

919. **Conflictverklaring.** Verzekeraars kunnen in beginsel aanspraak maken op hun ondernemings- en contractvrijheid om verzekeringsovereenkomsten aan te gaan wanneer en met wie zij dat willen en onder de voorwaarden en tarieven die zij willen. Zij streven daarbij zoveel mogelijk naar actuariële fairness. Hiermee wordt bedoeld dat personen met een vergelijkbare kans op een schadegeval worden gegroepeerd in eenzelfde risicoklasse en worden verzekerd tegen overeenkomstige voorwaarden en tarieven, zonder dat er tussen de verschillende klassen subsidies ontstaan. Iedere risicogroep moet in staat zijn om de eigen risico's te dragen, zonder daarbij systematisch bevoordeeld of benadeeld te worden ten opzichte van een andere groep.

Wanneer in de samenstelling van deze risico-klassen rechtstreeks of onrechtstreeks beroep wordt gedaan op differentiatiefactoren zoals leeftijd, geslacht, handicap, gezondheidstoestand of seksuele voorkeur van de verzekerden en aan deze personen vervolgens onderscheiden verzekeringsvoorwaarden en tarieven worden opgelegd, blijkt duidelijk het conflict met het juridisch gelijkheidsbeginsel. Een onderscheiden behandeling op grond van deze en andere niet of moeilijk beïnvloedbare factoren, wordt op grond van het gelijkheidsbeginsel gezien als een principieel verboden vorm van discriminatie. Nu kan worden beargumenteerd dat de onderschrijvings- en tariferingsvrijheid juridisch ondergeschikt blijft aan het fundamentele recht van de verzekerde om niet te worden gediscrimineerd, lijkt zelfs sprake van een onverzoenbare tegenstelling tussen het juridische gelijkheidsbeginsel en het streven naar actuariële fairness. Deze tegenstelling kan nader worden gepreciseerd aan de hand van de vaststelling dat het recht op gelijke behandeling origineel uitgaat van een *individueel* recht op gelijke behandeling. Het streven naar actuariële fairness is daarentegen gebaseerd op een gelijkheid tussen risico-*groepen*, waar in de mate van het mogelijke wordt vermeden dat groepen die worden gezien als goede risico's, bijdragen aan de schade die zich voordoet binnen groepen die worden gezien als minder goede risico's.

Hoewel zowel het streven naar actuariële fairness als het recht om niet te worden gediscrimineerd uitgaan van de gedachte dat vergelijkbare gevallen een gelijke behandeling verdienen en onvergelijkbare gevallen een ongelijke behandeling, stemmen zij in resultaat niet overeen. Het ogenschijnlijke uniforme uitgangspunt kan worden ontmaskerd door erop te wijzen dat de *vergelijkbaarheid* van personen, onder toepassing van het juridisch gelijkheidsbeginsel, slechts kan worden beoordeeld op grond van persoonskenmerken die los staan van de beschermde discriminatiegronden. Een statis-

tisch vastgestelde verhoging van het risico voor de leden van een door het anti-discriminatierecht beschermde groep, kan bezwaarlijk worden gezien als een reden om deze personen op grond van een "onvergelijkbaarheidsoordeel" te weren van hun recht op gelijke behandeling.

920. **Realistische invulling van het gelijkheidsbeginsel.** In dit proefschrift wordt verduidelijkt dat de toepassing van het juridisch gelijkheidsbeginsel op de logica van de verzekeringstechniek, noopt tot een realistische invulling van hetgeen wordt verstaan onder gelijkheid en discriminatie in juridische zin. Daar verzekering niet denkbaar is zonder het maken van onderscheid tussen (kandidaat-)verzekerden, zal meerbepaald rekening moeten worden gehouden met de *economische realiteit* waarbinnen verzekeringsdiensten worden aangeboden. Een onvoorwaardelijk verbod op het gebruik van door het anti-discriminatierecht beschermde gronden zal de verzekeringsactiviteit in vele gevallen onmogelijk maken en is niet noodzakelijk in het belang van de verzekerde.

Dit betekent geenszins dat de verzekeraar moet kunnen ontsnappen aan de toepassing van het anti-discriminatierecht. Het anti-discriminatierecht dient echter op zodanige wijze te zijn ingericht dat in het concrete geval een *belangenafweging* wordt mogelijk gemaakt: aan de ene kant de belangen van degene die door het differentiatiebeleid van de verzekeraar worden benadeeld en aan de andere kant de belangen die zowel de (andere) verzekerden als de verzekeraar hebben bij de voortzetting van de verzekeringsactiviteit en de verzekerbaarheid van risico's. Een dergelijke afweging kan plaatsvinden op het niveau van regelgeving en/of op het niveau van de rechtspraak.

921. **Belangenafweging op wetgevend vlak.** Op voorwaarde dat hij daarbij handelt in overeenstemming met de hogere rechtsnorm, staat het de wetgever vrij om de voorwaarden vast te stellen waaronder verzekeringsdifferentiatie in overeenstemming kan worden geacht met het juridisch gelijkheidsbeginsel. In al de onderzochte rechtsstelsels blijkt de wetgever pogingen in die zin te hebben ondernomen. Hoewel een dergelijke benadering kan leiden tot meer rechtszekerheid omtrent de geoorloofdheid van welbepaalde vormen van segmentatie, slaagt men er slechts in om deze voorwaarden vast te stellen op grond van vage formuleringen. Zo wordt in de meeste Canadese *provincial Human Rights Codes* een formule gehanteerd waarbij het verzekeraars wordt toegelaten om te "discrimineren" op bepaalde discriminatiegronden, wanneer zij kunnen aantonen dat de betwiste handeling berust op "*reasonable and bona fide grounds".* In de Zuid-Afrikaanse *PEPUDA* werd een zogenaamde *illustrative list of unfair practices* opgenomen waarbij het "*unfairly*" *refusing* van een verzekerinspolis op grond van een of meer beschermde discriminatiegronden of het "*unfairly" disadvantaging* van personen, *solely on the basis of HIV/AIDS status*, wordt gezien als een schending van het gelijkheidsbeginsel. Wat meer concreet is de formulering in artikel 5, lid 2 van de Europese Genderrichtlijn die luidt dat voor wat betreft het gebruik van de differentiatiefactor geslacht, de lidstaten *proportionele* verschillen kunnen toestaan op het niveau van *premies en uitkeringen* voor individuele personen in de gevallen waarin het geslacht een *bepalende factor* is bij de beoordeling van het *risico* op basis van relevante en nauwkeurige *actuariële* en *statistische* gegevens.

Belangrijk is daarbij nog eens te benadrukken dat dergelijke wetgeving, naast de vage bewoordingen waarin ze is uitgevaardigd, ondergeschikt blijft aan het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel grond-

recht of als algemeen beginsel. Dat wil zeggen dat zij, al dan niet via een procedure van grondwetscontrole, conform deze hogere norm moet worden uitgelegd of zelfs buiten toepassing moet worden gelaten. Een voorafgaande vaststelling van de voorwaarden waaronder onderscheid op grond van beschermde discriminatiegronden in verzekeringsrelaties kan worden beoordeeld, leidt dus niet noodzakelijk tot meer rechtszekerheid omtrent de toelaatbaarheid van een welbepaald differentiatiebeleid.

922. **Belangenafweging op het niveau van de rechtspraak.** In alle rechtsstelsels die in dit proefschrift worden onderzocht, wordt in meer of mindere mate voorzien in de mogelijkheid voor de *rechter* om in het concrete geschil te beoordelen of de bestreden handeling objectief *en* redelijk kan worden *gerechtvaardigd*. In het Europees-nationale stelsel van anti-discriminatiewetgeving wordt daarbij in beginsel een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie, waarbij directe discriminatie principieel niet kan worden gerechtvaardigd, tenzij op grond van door de wetgever omschreven voorwaarden.

Indien de mogelijkheid tot rechtvaardiging alsook de inhoudelijke voorwaarden waaronder deze rechtvaardiging tot stand kan worden gebracht, afhankelijk zijn van de discriminatievorm waaronder de bestreden handeling wordt gekwalifeerd (directe of indirecte discriminatie) of van de discriminatiegronden op grond waarvan een vermoeden van discriminatie wordt vastgesteld, wordt gesproken van een “gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem”. Het alternatief is een “uniform rechtvaardigingssysteem”, waarbij de mogelijkheid tot rechtvaardiging van de bestreden handeling, alsook de inhoudelijke beperkingen of voorwaarden, dezelfde blijven, ongeacht de discriminatievorm of de betrokken discriminatiegronden.

923. **Gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem.** In de Europees-nationale rechtsstelsels, zoals die voor een belangrijk gedeelte worden beïnvloed door de huidige artikel 19-Richtlijnen (Rasrichtlijn, Kaderrichtlijn arbeid, Genderrichtlijn) alsook door de Genderrichtlijn arbeid, wordt gebruik gemaakt van een gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem. In deze richtlijnen wordt, zoals in vorige paragraaf vermeld, een belangrijk onderscheid gehandhaafd tussen gevallen van directe en indirecte discriminatie.

In de Richtlijnen geldt principieel de regel dat *indirecte* discriminatie steeds gerechtvaardigd op grond van objectieve en redelijke argumenten. De beoordeling van het gerechtvaardigd karakter van de bestreden handeling wordt overgelaten aan de rechter, die dient na te gaan of de betwiste handeling voldoet aan een *legitieme doelstelling* en ook *geschikt* en *noodzakelijk* is om deze doelstelling te bereiken.

Directe discriminatie is in principe *niet* te rechtvaardigen, tenzij een dergelijke rechtvaardiging en de voorwaarden waaronder deze kan plaatsvinden, zijn vastgelegd in een wettelijke bepaling. Zo wordt op het domein van verzekeringsrelaties voorzien in een aantal uitzonderingen.

Op het niveau van de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid wordt in de Genderrichtlijn arbeid, voor bepaalde welomschreven gevallen, de toelaatbaarheid ingeschreven van

het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren. Nog op het vlak van ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, wordt in de Kaderrichtlijn arbeid de *mogelijkheid* gegeven aan de *lidstaten* om te bepalen dat het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen geen discriminatie uitmaakt. Men spreekt dan van een *opting-out* systeem, waarbij de lidstaten kunnen afwijken van het principe dat directe discriminatie niet kan worden gerechtvaardigd.

Zoals reeds aangehaald voorziet ook de Genderrichtlijn in een dergelijk optierecht. Onder de genoemde voorwaarden (relevante en nauwkeurige *actuariële* en *statistische* gegevens, het geslacht als *bepalende* factor) kunnen in verzekeringsovereenkomsten proportionele verschillen worden toegestaan in de premies en uitkeringen voor mannen en vrouwen. (Deze uitzondering geldt niet voor de kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap.) In bepaalde lidstaten, zoals België en Nederland, werd deze rechtvaardigingsmogelijkheid beperkt tot levensverzekeringsovereenkomsten en worden directe geslachtsonderscheiden die zich voordoen bij het aangaan van polissen van hospitalisatieverzekering of motorrijtuigenverzekering steeds beschouwd als niet-rechtvaardigbaar. Verzekeringsondernemingen die zijn onderworpen aan het recht van deze lidstaten worden daardoor *de facto* verplicht om uniseks-tarieven te gebruiken. Door de verschillen die door het optierecht ontstaan tussen de verschillende nationale wetgevingen, kan de vrees worden uitgesproken voor het fenomeen van *forumshopping,* waarbij verzekerden enkel verzekeringsovereenkomsten willen sluiten die worden beheerst door nationale wetgeving die voor hun specifiek geval het meest gunstig is. Dit laatste gevaar kan weliswaar worden gerelativeerd. Verzekeraars waarvan de lidstaat van herkomst de betreffende rechtvaardigingsmogelijkheid voor een breder gamma van verzekeringsovereenkomsten heeft opengesteld dan de lidstaat van vestiging of dienstverlening, zullen op grond van de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels rekening moeten houden met de anti-discriminatiewetgeving van de lidstaat waar zij zich vestigen of hun diensten aanbieden. Toch blijft het zo dat door het toekennen van een recht voor de lidstaten om af te wijken van de principiële onmogelijkheid van rechtvaardiging van directe discriminatie, een ondoorzichtige situatie wordt gecreëerd voor de rechtsonderhorigen. Naast de betrokken *discriminatiegrond* en het concrete *toepassingsgebied* waarin een ongelijke behandeling zich voordoet (binnen of buiten het toepassingsgebied van de ondernemings -en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid) wordt hiermee ook het op de verzekeringsovereenkomst *toepasselijke recht* bepalend voor de vraag of de bestreden handeling al dan niet rechtvaardigbaar is.

In het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid, zoals dat in 2008 werd geformuleerd door de Europese Commissie, werd desondanks opnieuw gebruik gemaakt van een dergelijk *opting-out* systeem. In de financiële dienstverlening krijgen de lidstaten de mogelijkheid om een rechtvaardigingsmogelijkheid toe te staan voor bepaalde vormen van verzekeringssegmentatie, ditmaal voor wat betreft de discriminatiegronden handicap en leeftijd. Hoewel dergelijke optierechten het gevolg zijn van het unanimiteitsvereiste dat is voorzien voor de besluitvorming op grond van artikel 19 van het EU-Werkingsverdrag (wetgevingsinitiatieven op grond van artikel 19 kunnen door elke lidstaat op basis van een veto worden tegengehouden), strekt het inschrijven van dergelijke optierechten niet tot aan-

beveling, zeker niet wanneer daarbij voor de ene discriminatiegrond niet dezelfde rechtvaardigingsvoorwaarden worden ingeschreven als voor de andere. Zo kent het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid in vergelijking met de Genderrichtlijn niet dezelfde garanties inzake transparantie, beoordeling en toezicht met betrekking tot de statistische en actuariële gegevens op grond waarvan onderscheid op grond van handicap en leeftijd kan worden gerechtvaardigd.

924. **Uniform rechtvaardigingssysteem.** Als alternatief voor een gedifferentieerd rechtvaardigingssysteem geldt een uniform rechtvaardigingssysteem. De mogelijkheid tot rechtvaardiging, alsook de inhoudelijke voorwaarden aan de hand waarvan de rechtvaardiging kan worden geformuleerd, is niet afhankelijk van de discriminatievorm (directe of indirecte discriminatie) of de betrokken discriminatiegrond. Een dergelijke benadering werd reeds gevolgd door de Belgische wetgever in de Antidiscriminatiewet van 2003 en werd in de huidige Belgische anti-discriminatiewetgeving behouden voor alle gevallen die buiten het toepassingsgebied vallen van de secundaire Unie-wetgeving. Zij kan eveneens worden waargenomen in het Canadese en het Zuid-Afrikaanse recht. Door op het vlak van de beoordeling van het discriminatoir karakter van een bestreden handeling geen onderscheid te voorzien tussen gevallen van directe en indirecte discriminatie, komt men tegemoet aan het probleem dat de bestreden behandeling in de praktijk niet altijd makkelijk kwalificeerbaar is als een duidelijk geval van directe dan wel indirecte discriminatie. Men vermijdt dat rechters die een handeling dienen te kwalificeren als directe of indirecte discriminatie, zich laten leiden door het aan de discriminatievorm gebonden juridisch resultaat. Bovendien wordt tegengegaan dat de vermeende discriminator zijn differentiatiebeleid bewust verhult in neutrale formuleringen. Het toestaan van een open rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie garandeert ook een *volwaardige belangenafweging* bij het beoordelen van het discriminatoir karakter van de maatregel.

Zoals in het proefschrift wordt aangetoond, kan een afweging tussen de in een (verzekerings-)geschil aanwezige belangen, tot op zekere hoogte ook zonder rechtvaardigingsmogelijkheid plaatsvinden. Dit is mogelijk in de beoordeling van een zogenaamde vergelijkbaarheidstoets of in de beoordeling van de vraag of er een “causaal verband” bestaat tussen de betreffende discriminatiegrond en de ongelijke behandeling. Daarbij bestaat de vrees dat de belangenafweging die met een dergelijke beoordeling gepaard gaat, op een niet-transparante of ongeëxpliciteerde wijze tot stand komt of op onvolledige wijze wordt doorgevoerd. Een volwaardige en zo mogelijk uniforme rechtvaardigingsmogelijkheid voor zowel directe als indirecte discriminatie is in het belang van zowel verzekeraar als verzekerde. Het geeft de verzekeraar niet alleen het recht, maar ook de plicht tot motivering van het gebruik van beschermde discriminatiegronden in het door hem gevoerde differentiatiebeleid. Bovendien geeft het de rechter de mogelijkheid de beoordeling van het discriminatoir karakter van een welbepaald differentiatiebeleid te plaatsen binnen de unieke economische context waarbinnen dit beleid wordt uitgevoerd.

925. **Leidraden ter beoordeling van discriminatie in verzekering.** In dit proefschrift wordt getracht om, op basis van de rechtspraak die in de verschillende onderzochte jurisdicties is gewezen op het domein van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties, een aantal leidraden te formuleren op grond waarvan kan worden bepaald of het differentiatiebeleid van de verzekeraar met

het gelijkheidsbeginsel in overeenstemming kan worden geacht. Deze leidraden betreffen zowel de zogenaamde toetsingsingang, waarbij wordt nagegaan of de bestreden handeling bescherming geniet onder het discriminatierecht, als de vraag naar de aanwezigheid van een objectieve en redelijke rechtvaardiging. De leidraden kunnen hun nut bewijzen in de rechterlijke beoordeling van vermeende gevallen van discriminatie in verzekering en kunnen door de verzekeraar eveneens preventief, voorafgaand aan potentiële geschillen, worden aangewend om een beeld te krijgen van de verenigbaarheid van bestaande of te ontwikkelen verzekeringsproducten met het gelijkheidsbeginsel.

926. **Toetsingsingang.** In de fase van de toetsingsingang moet worden gefocust op de vraag of er in het onderzochte geval sprake is van een benadeling *op grond van* een beschermd kenmerk (causaliteit), ten opzichte van een persoon die zich in *vergelijkbare* omstandigheden bevindt (vergelijkbaarheid). Zoals gezegd houden zowel de causaliteits- als de vergelijkbaarheidsbeoordeling voor de rechter reeds een mogelijkheid in tot afweging van de in het geschil betrokken belangen.

927. **Causaliteit.** In het kader van de causaliteitsbeoordeling krijgt de (kandidaat-)verzekerde bewijsmethodes aangeboden om, ingeval het gebruik van een beschermd kenmerk of de invloed ervan op de aangeboden verzekeringsvoorwaarden onzichtbaar blijft in het bestreden differentiatiebeleid, toch een vermoeden van discriminatie tot stand te brengen. De verzekeraar krijgt op zijn beurt de kans om dit beleid te verantwoorden aan de hand van bewijs dat het beschermde kenmerk volledig los stond van het verzekerd risico. Zo kan hij in een aantal (uitzonderlijke) gevallen proberen aan te tonen dat het bestreden onderscheid niet gebaseerd was op een beschermde discriminatiegrond, maar wel op de afwezigheid van risico of de zekerheid dat het verzekerde risico zal uitmonden in een schadegeval. Een dergelijke situatie zal zich bv. voordoen in het geval waarbij een de persoon die klaagt te worden benadeeld in het kader van een verzekeringsovereenkomst ter dekking van aan de zwangerschap verbonden kosten, bij het aangaan van de overeenkomst reeds zwanger bleek te zijn.

928. **Vergelijkbaarheid.** In het kader van de vergelijkbaarheidsbeoordeling krijgt de verzekeraar de gelegenheid om aan te tonen dat mannen en vrouwen, ouderen en jongeren, gehandicapten en niet-gehandicapten, … zich los van hun beschermde kenmerken in een *onvergelijkbare* situatie bevinden. In een dergelijk geval kan geen discriminatie worden vastgesteld. De beoordeling van vergelijkbaarheid ten opzichte van een actuele, historische of hypothetische referentiepersoon blijft een typisch kenmerk van een beschermingssysteem zoals dat van de artikel 19-Richtlijnen. Grote nadruk wordt gelegd op de noodzaak van een gelijke behandeling van vergelijkbare gevallen (formele gelijkheidsopvatting), terwijl minder aandacht gaat naar de eigenlijke verschillen tussen verschillende groeperingen en de nood aan een aangepaste behandeling van bepaalde van deze groeperingen (materiële gelijkheidsopvatting). In andere rechtssystemen, zoals het Canadese en het Zuid-Afrikaanse, wordt meer de nadruk gelegd op een benadelingstoets, weliswaar gecombineerd met de beoordeling van de schending van menselijke waardigheid, maar zonder daarbij systematisch beroep te doen op vergelijkbaarheidsoordelen. Een beroep op het concept menselijke waardigheid of *human dignity* blijkt in deze rechtsstelsels in staat te zijn om gevallen van stereotypering en vooroordelen, alsook het zich voordoen van een bemoeilijkte toegang tot relevante basisgoederen, versneld te kwalificeren als gevallen van *prima facie* discriminatie.

Naast het feit dat de Canadese en Zuid-Afrikaanse beschermingssystemen meer expliciet gericht zijn op een materiële gelijkheidsopvatting, is de verminderde aandacht voor een vergelijkbaarheidsonderzoek in deze stelsels ook toe te schrijven aan het feit dat zowel voor directe als voor indirecte discriminatie een rechtvaardigingsmogelijkheid wordt toegestaan. De rechter krijgt op die manier de kans tot volwaardige belangenafweging en wordt niet gedwongen om deze reeds in de toetsingsingang tot uiting te brengen.

De kans dat het differentiatiebeleid van de verzekaar onder het beschermingssysteem van de artikel 19-Richtlijnen kan worden "gerechtvaardigd" op grond van een *onvergelijkbaarheidsoordeel*, hangt in grote mate af van de vraag of gebruik wordt gemaakt van goed gekozen vergelijkingspunten die blijk geven van voldoende relevantie en die bovendien los staan van de beschermde kenmerken. Indien een vergelijkingsmaatstaf enkel wordt gevonden in het verschil in risico waaraan personen die met elkaar worden vergeleken blootstaan, wordt de kans op een onvergelijkbaarheidsoordeel erg klein. Het valt immers moeilijk aan te tonen dat het verschil in risico voor personen met een verschillend geslacht, leeftijd, handicap of gezondheidstoestand effectief los staat van het beschermde kenmerk. De vergelijkbaarheidsbeoordeling zou in dat geval overigens een pertinentietoets inhouden, waarbij moet worden nagegaan of het betrokken persoonskenmerk werkelijk leidt tot een verhoogd risico. Een dergelijke beoordeling hoort eerder thuis in de beoordeling van de eigenlijke rechtvaardiging van het bestreden differentiatiebeleid, waar het met meer garanties voor een voldoende evenwichtige belangenafweging kan worden omkleed.

929. **Rechtvaardiging. De "ultieme toetssteen".** Het is inderdaad de objectieve en redelijke rechtvaardiging van de bestreden maatregel die de "ultieme toetssteen" zal vormen om te bepalen of het differentiatiebeleid van de verzekeraar inbreuk maakt op het juridisch gelijkheidsbeginsel. Het is op dit punt dat de rechter de handen vrij krijgt (of zou moeten krijgen) om een volwaardige afweging uit te voeren tussen enerzijds het recht van de verzekerde om niet te worden benadeeld op grond van door het anti-discriminatierecht beschermde onderscheidingsfactoren en anderzijds de eventuele noodzaak van de verzekeraar om dergelijke factoren, gegeven de concrete marktomstandigheden, te kunnen blijven gebruiken.

In het proefschrift wordt voor de formulering van het rechtvaardigingsschema gekozen voor de klassieke terminologie uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de artikel 19-Richtlijnen. Er dient te worden aangetoond of de betwiste handeling een *legitiem doel* nastreeft, *geschikt* is en eveneens *noodzakelijk* om de nagestreefde doelstelling te bereiken. Deze drie-stapstest sluit nauw aan bij de rechtvaardigingsformules uit de andere onderzochte beschermingssystemen. Deze laatste kunnen dan ook fungeren als een belangrijke bron van inspiratie ter verdere interpretatie van de verschillende beoordelingselementen. Voor de toepassing van dit schema in de Europese context, moet wel rekening worden gehouden met het feit dat niet ieder onderscheid of iedere benadeling onder dezelfde voorwaarden rechtvaardigbaar is. Voor gevallen van directe discriminatie die onder het toepassingsgebied vallen van de secundaire Unie-wetgeving geldt ofwel geen rechtvaardigingsmogelijkheid of moeten de voorwaarden en terminologie waaronder de wetgever rechtvaardiging heeft toegestaan, worden gerespecteerd. Hierbij kan er echter van worden uitgegaan dat de beoordelingselementen die

werden opgenomen in de open rechtvaardigingsformule, dienend zijn ter verdere interpretatie van deze wettelijk vastgestelde rechtvaardigingsformules. Omgekeerd kunnen de in deze wetgeving geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheden worden beschouwd als een illustratie van de wijze waarop de rechtvaardigingstoets kan worden vertaald naar verzekeringsrelaties.

In de toepassing van de verschillende beoordelingselementen uit de genoemde drie-stapstest (legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid) is het van belang dat aan de ene kant rekening wordt gehouden met de eigenheid van verzekeringsrelaties en dat aan de andere kant mogelijke verzekeringstechnische argumenten, die als rechtvaardiging worden aangeboden, ook op kritische wijze worden geapprecieerd. Enkel op die manier kan de rechtvaardigingsbeoordeling een verzoenende rol spelen tussen het genoemde conflict dat rijst tussen de individualistische mensenrechtentraditie en de verzekeringseconomische groepstraditie.

930. **Legitimiteit.** De beoordeling van de legitimiteit van de doelstelling die met het bestreden differentiatiebeleid wordt nagestreefd, vraagt dat de verzekeraar aantoont dat het gebruik van beschermde discriminatiegronden overeenstemt met de *werkelijke behoefte van de onderneming*. Daarbij kan worden verwezen naar de economische noodzaak om in bepaalde situaties gebruik te maken van deze gronden en de behoefte aan een gezond financieel beheer van de verzekeringsportefeuille. Puur commerciële overwegingen of administratieve overlast kunnen op zich niet worden gezien als een legitiem doel. De verantwoording van het bestreden differentiatiebeleid aan de hand van de noodzaak tot het bestrijden van fenomenen van anti-selectie en *moral hazard* zal de vaststelling van de legitimiteit van de nagestreefde doel verder slechts onder welbepaalde marktomstandigheden kunnen ondersteunen. In de beoordeling van de legitimiteit kan in voorkomend geval rekening worden gehouden met eventuele wettelijke normen die differentiatie verplicht opleggen, toelaten of verbieden. Hierbij kan worden gedacht aan een belangrijke reeks bepalingen uit de controlewetgeving (verplichting tot een gezonde bedrijfsvoering, toezicht op het financieel evenwicht, het aanleggen van vergrijzingsreserves of opgelegde minimumsterftetafels) en het verzekeringscontractenrecht (voornamelijk bepalingen inzake het gebruik van leeftijd en gezondheidstoestand in ziekteverzekeringsovereenkomsten). De meeste van deze bepalingen bevestigen dat het voeren van een segmentatiebeleid (op grond van bepaalde factoren) inherent verbonden is aan de verzekeringspraktijk, maar op zichzelf volstaan zij niet als rechtvaardiging voor het bestreden differentiatiebeleid.

931. **Geschiktheid.** In de beoordeling van de geschiktheid van het bestreden differentiatiebeleid is het in de eerste plaats van belang om na te gaan of de gebruikte differentiatiecriteria een *impact* hebben op het te verzekeren risico. Aangetoond moet worden dat het gebruikte criterium de aard van het risico verandert, meerbepaald verzwaart. Is dit niet het geval, is er sprake van discriminatie. In het aantonen van deze impact op het te verzekeren risico kan gebruik worden gemaakt van statistische gegevens, op voorwaarde dat deze daadwerkelijk verband houden met het te verzekeren risico. Aangenomen wordt dat bewijs van een *causale relatie* tussen de beschermde discriminatiegrond en het te verzekeren risico op dit vlak niet kan worden vereist. Een significante statistische correlatie kan volstaan. (Opgemerkt dient te worden dat de rechtspraak zich niet gemakkelijk zal tevreden stellen met bewijs dat statistische gegevens die een verhoogd correlatief verband zouden kunnen aantonen

niet voorhanden zijn.) Dat een onderscheidingscriterium op zichzelf in een relatief laag correlatief verband staat met het te verzekeren risico is op zich geen reden om het als niet-pertinent te beschouwen. Dit is met name het geval wanneer kan worden aangetoond dat het criterium fungeert als *proxy* voor andere, ongekende, want moeilijk meetbare factoren. Ook het enkele feit dat er binnen een risico-groep personen worden gevonden wiens individuele risico niet overeenstemt met het gemiddelde risico binnen de groep, kan niet worden beschouwd als een voldoende motivatie om het gebruik van een differentiatiefactor te beschouwen als impertinent. Anders oordelen zou ertoe leiden dat geen enkele differentiatiefactor kan voldoen aan het geschiktheidscriterium, of het nu gaat om een beschermd criterium of niet. Daarbij is het wel van belang dat wordt nagegaan of de kost van inaccurate segmentatie, die eigen is aan iedere vorm van verzekeringsclassificatie, op gelijke wijze wordt gedragen door alle verzekerden, en niet enkel rust op de schouders van een kleine, door het anti-discriminatierecht beschermde groep. Het gebruik van andere differentiatiefactoren, voor zover kwantificeerbaar, dringt zich in dat geval op.

932. **Noodzakelijkheid.** Voor de verzekeraar zal het laatste beoordelingscriterium, het zogenaamde noodzakelijkheidsvereiste, de moeilijkste hindernis zijn om zijn differentiatiebeleid met succes te kunnen rechtvaardigen. Hij wordt hier verplicht om na te gaan of het vooropgestelde doel niet met andere, voor de verzekerde minder belemmerende maatregelen had kunnen worden bereikt. Concreet kan worden gedacht aan alternatieve risico-factoren (bv. risico-factoren waarop de verzekerde een zekere invloed kan uitoefenen), het gebruik van *pay as you drive*-systemen (in de WAM-verzekering) of het aanvullend gebruik van *a posteriori*-personalisatie van het risico (zoals bonus-malussystemen). De verzekeraar krijgt daarbij wel de mogelijkheid om aan te tonen dat alternatieve maatregelen minder doeltreffend zijn als de bestreden handeling en dus redelijkerwijze niet van hem kunnen worden verwacht. Zo zal *individuele risico-beoordeling* doorgaans niet worden gezien als een redelijk alternatief (hoewel uitzonderlijke omstandigheden toch een nader risico-onderzoek kunnen vereisen).

Het noodzakelijkheidsvereiste houdt eveneens een proportionaliteitstoets in, waarbij men nagaat of de middelen die werden ingezet om de nagestreefde legitieme doelstellingen te bereiken, in een evenredige verhouding staan tot deze doelstellingen. Daarbij kan onder meer worden nagegaan of de door de verzekaar aangewende segmentatievorm (verzekeringsweigering, vragen van een bijpremie, wachttijden of carensperiodes, vrijstellingen, dekkingsplafonds, uitsluitingsclausules of preventiemaatregelen) in verhouding staat tot het vastgestelde risico. De proportionaliteitstoets biedt verder de mogelijkheid om bepaalde fundamentele belangen, zoals het belang van de toegankelijkheid van levensnoodzakelijke vormen van verzekering en zelfs de sociale verantwoordelijkheid van de verzekeraar, alsnog, zij het op marginale wijze, in het toetsingsproces te betrekken.

933. **Redelijke aanpassingen.** Zowel in het Canadese als het Zuid-Afrikaanse recht wordt naar analogie met of in aanvulling van de beoordeling van het hierbij beschreven noodzakelijkheidsvereiste, beroep gedaan op het concept van redelijke aanpassingen of *reasonable accommodation*, als integraal deel van de rechtvaardigingsbeoordeling. Men gaat na of de verweerder had kunnen voorzien in een vorm van redelijke of praktische maatregelen die de negatieve impact van de genomen maatregelen op het individu zou kunnen verminderen. De verplichting tot het nemen van redelijke aanpas-

singen is in het Europees-nationale beschermingssysteem enkel voorzien voor de discriminatiegrond handicap, terwijl zij in het Canadese en Zuid-Afrikaanse recht ook kan worden afgedwongen voor de andere discriminatiegronden. Hieruit blijkt eens te meer de materiële gelijkheidsopvatting die zichtbaar ten grondslag ligt aan de invulling van het gelijkheidsbeginsel in deze laatste rechtsstelsels en die in plaats van te focussen op de vergelijkbaarheid van onderscheiden categorieën personen, eerder gericht is op de verschillen tussen deze groepen evenals op de inclusie van achtergestelde -of minderheidsgroepen.

Ondanks de Europese beperking van de formele afdwingbaarheid van redelijke aanpassingen tot personen met een handicap, kan toch worden gepleit voor een benadering waarbij de beoordelingsmethodiek verbonden aan de evaluatie van de plicht tot redelijke aanpassingen, wordt geïntegreerd in de noodzakelijkheidsbeoordeling, en dit voor alle beschermde discriminatiegronden. Meer bepaald kunnen de elementen die in de buitenlandse rechtspraak worden aangewend ter beoordeling van de *redelijkheid* of *praktische haalbaarheid* van aanpassingen (*undue hardship*), ter inspiratie dienen voor de beoordeling van de vraag of er in het concrete geval minder belemmerende, maar even doeltreffende maatregelen voorhanden waren. De beoordeling van enerzijds de aanwezigheid van *redelijke* aanpassingen en anderzijds de vraag of er in het concrete geval minder belemmerende, maar even doeltreffende maatregelen voorhanden waren, komt inhoudelijk immers sterk overeen. Toegepast op verzekeringsrelaties kan er dan vanuit worden gegaan dat een maatregel niet wordt beschouwd als een redelijk alternatief wanneer zij het essentieel karakter van de verzekeringsactiviteit aantast of zodanig veel nadelen oplegt aan de collectiviteit van (andere) verzekeringnemers (bv. bestendige stijging van het premieniveau) dat zij niet opweegt tegen het bijkomend nut voor de personen die zich gediscrimineerd voelen. In de beoordeling van de redelijkheid van alternatieve maatregelen kan verder aandacht worden besteed aan de initiatieven van andere marktspelers, het marktaandeel dat de verzekeringsonderneming inneemt binnen de sector en de mogelijkheid voor de verzekeraar om de te maken kosten binnen de onderneming te verplaatsen of te recupereren.

934. **De verdere rol van het anti-discriminatierecht.** De invloed van het gelijkheidsbeginsel op de verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer is vandaag onbetwist. Het anti-discriminatierecht, hoewel gekenmerkt door een complexe juridische gelaagdheid, die in Europa voor een groot deel schatplichtig is aan haar stille evolutie van marktrecht naar horizontaal werkend burgerrecht, legt onmiskenbaar een rationalisatie op. De verzekeraar wordt verplicht om na te gaan of een segmentatiebeleid dat is gebaseerd op beschermde discriminatiegronden, ook zou hebben gewerkt zonder het maken van onderscheiden tussen personen van een verschillend geslacht, leeftijd, gezondheidstoestand, handicap, fysieke eigenschap of seksuele geaardheid. In zijn verhouding met de kandidaat-verzekerde is hij bovendien verplicht zijn differentiatiebeleid te *motiveren*. Daarmee schept het anti-discriminatierecht gelegenheid tot invraagstelling van traditionele opvattingen omtrent efficiënte risico-classificatie en creëert het de voorwaarden voor een verantwoorde herinvoering van subsidiërende solidariteit. Van groot belang blijft daarbij de rol van de rechtspraak. Enkel via volwaardige instrumenten van belangenafweging en rekening houdend met de unieke economische context

van het concrete geschil kan het anti-discriminatierecht een evenwicht bewerkstelligen tussen de nood aan een adequate verzekeringswaarborg en de grenzen van de verzekerbaarheid.

GECITEERDE RECHTSPRAAK

Europese Unie

Hof van Justitie

13 juli 1962, *Klöckner-Werke/EGKS* (17/61) en *Hoesch*/*EGKS* (20/61), gevoegde zaken 17/61 en 20/61, *Jur.* 1962, 643.

5 februari 1963, *Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen*, 26/62, *Jur.* 1963, 3.

12 februari 1974, *Sotgiu*/*Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.* 1974, 153.

30 april 1974, *Sacchi*, 155/73, *Jur.* 1974, 409.

11 juni 1974, *Dassonville*, 8/74, *Jur.*, 1974, 837.

21 juni 1974, *Reyners/België*, 2/74, *Jur.* 1974, 631.

3 december 1974, *Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor metaalarbeid*, 33/74, *Jur.* 1974, 1312.

4 december 1974, *Van Duyn*/*Home Office*, 41/74, *Jur.* 1974*,* 1346.

12 december 1974, *Walrave en Koch*, 36/74, *Jur.* 1974, 1405.

14 februari 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt*/*Schumacker*, C-279/93, *Jur.* 1995, I-225.

8 april 1976, *Defrenne*/*Sabena* (“Defrenne II”), 43/75, *Jur.* 1976, 455.

7 juli 1976, *Watson en Belmann*, 118/75, *Jur.* 1196.

14 juli 1976, *Dona/Mantero*, 13/76, *Jur.* 1976, 1333.

27 oktober 1976, *Prais/Raad van de Europese Gemeenschappen*, 130/75, *Jur.* 1976, 1589.

1 februari 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*/*Inspecteur der invoerrechten en accijnzen,* 51/76, *Jur*. 1977.

22 maart 1977, *Ianelli/Meroni,* 74/76, *Jur.* 1977, 575.

28 april 1977, *Thieffry/Conseil de l’ordre des avocats à la cour de Paris*, 71/76, *Jur.* 1977, 765

9 juni 1977, *Ameyde*/*Ufficio centrale automobilisti,* 90/76, *Jur.* 1977, 1091.

H.v.J 14 juli 1977, *Sagulo*, 8/77, *Jur.* 1977, 1495.

19 oktober 1977, *Ruckdeschel*/*Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* (117/76) en *Diamalt*/*Hauptzollamt Itzehoe* (16/76), gevoegde zaken 117/76 en 16/76, *Jur.* 1977, 1753

9 maart 1978, *Administratie van de Staatsfinanciën/Simmenthal*, 106/77, *Jur.* 1978, 629

29 november 1978, *Delkvist*/*Openbaar Ministerie*, 21/78, *Jur.* 1978, 2327

29 november 1978, *Pigs Marketing*/*Redmond*, 83/78, *Jur.* 1978, 2347.

18 januari 1979, *Ministère Public (110/78) en Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique (111/78)/Van Wesemael*, gevoegde zaken 110 en 111/78, *Jur.* 1979, 35.

20 februari 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), C-120/78, *Jur.* 1979.

27 maart 1980, *Macarthys*/*Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980.

8 oktober 1980, *Uberschär/Bundseversicherungsanstalt für Angestellte*, 810/79, *Jur.* 1980, 2747.

16 oktober 1980, *Hochstrass*/*Hof van Justitie*, 147/79, *Jur.* 1980.

20 oktober 1980, *Boussac/Gerstenmeier*, 22/80, *Jur.* 1980, 3427.

31 maart 1981, *Jenkins*/*Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

16 februari 1982, *Burton*/*British Railways Board*, 19/91, *Jur.* 1982, 554.

20 maart 1984, *Razzouk en Beydoun/Commissie*, 75/82 en 117/82, *Jur.* 1984, 1509.

10 april 1984, *Von Colson en Kamann/Land Nordrhein Westfalen*, 14/83, *Jur.* 1984, 1891.

10 april 1984, *Harz*/*Deutsche Tradax*, 79/83, *Jur.* 1984, 1921.

13 november 1984, *Racke*/*Hautpzollamt Mainz*, 283/83, *Jur.* 1984, 3791.

13 december 1984, *Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.* 1984, 4277.

13 februari 1985, *Gravier*/*Stad Luik*, 293/83, *Jur.* 1985, 593.

11 juli 1985, *Ministère Public*/*Mutsch*, 137/84, *Jur.* 1985, 2681.

26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur.* 1986, 723, 48.

13 mei 1986, *Bilka*/*Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607.

1 juli 1986, *Rummler*/*Dato-Druck*, 237/85, *Jur.* 1986, 2101.

4 december 1986, *Commissie*/*Duitsland,* C-205/84, *Jur.* 1986, 3755.

8 oktober 1987, *Strafgeding t. Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, *Jur.* 1987, 3969.

11 juli 1987, *Teuling/Bestuur van de bedrijfsvereniging voor de chemische industrie*, 30/85, *Jur.* 1987, I-2497.

4 februari 1988, *Murphy*/*An Bord Telecom Eireann*, 157/86, *Jur.* 1988, I-673.

30 juni 1988, *Brown*/*Rentokil*, C-394/96, *Jur.* 1998, I-4185.

25 oktober 1988*, Commissie/Frankrijk,* 312/86*, Jur.* 1988, 6315.

2 februari 1989, *Cowan*/*Trésor Public*, 186/87, *Jur.* 1989, 195.

30 mei 1989, *Allué/Università degli studi di Venezia*, 33/88, *Jur.* 1989, 1591.

13 juli 1989, *Rinner-Kühn/Spezial-Gebaüdereinigung*, 171/88, *Jur.* 1989, 2757.

21 september 1989, *Commissie/Griekenland*, 68/88, *Jur.* 1989, 2965.

17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199.

17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, I-1889.

27 juni 1990, *Kowalska*/*Freie und Hansestadt Hamburg*, C-33/89, *Jur*. 1990, I-2591.

8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941.

13 november 1990, *Marleasing/La Comercial Internacional de Alimentacion*, C-106/89, *Jur.* 1990, I-4135

7 februari 1991, *Nimz*/*Freie und Hansestadt* Hamburg, C-184/89, *Jur.* 1991.

11 maart 1991, *Worringham en Humphreys/Lloyds Bank Limited*, 69/80, *Jur.* 1980, 767.

11 juni 1991, *Commissie/Raad*, C-300/89, *Jur.* 1991, I-2867.

25 juli 1991, *Gouda/Commissariaat voor de media*, C-288/89, *Jur.* 1991, I-4007.

25 juli 1991, *Manfred Säger*/*Dennemeyer*, C-76/90, *Jur.* 1991, 4221.

10 december 1991, *Merci convenzionali porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, *Jur.* I-5889.

19 november 1991, *Francovich e.a.*/*Italië*, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, I-5357.

28 januari 1992, *Bachmann*/*België*, C-204/90, *Jur.* 1992, I-249.

4 juni 1992, *Arbeiterwohlfart der Stadt Berlin*/*Bötel*, C-260/90, *Jur.* 1992, I-3589.

19 november 1992, *Jan Molenbroek/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-226/91, *Jur.* 1992, I-5943.

20 maart 1993, *Hayes/Kronenberger*, C-323/95, *Jur.* 1997, I-1711.

30 maart 1993, *Secretary of State for Social Security*/*Evelyn Thomas e.a.*, C-328/91, *Jur.* 1993, I-1247.

31 maart 1993, *Kraus*/*Land Baden-Wuerttemberg*, C-19/92, *Jur.* I-1663.

26 juni 2003, *Skandia*/*Riksskatteverket*, C-422/01, *Jur.* 2003, I-6817.

6 oktober 1993, *Ten Oever*/*Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Jur.* 1993, I-4879.

20 oktober 1993, *Phil Collins*/*Imtrat and EMI Electrola*, C-92/92, *Jur.* 1993, I-5145.

H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535.

9 november 1993, *Birds Eye Walls*/*Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579.

16 december 1993, *Wagner Miret*/*Fondo de garantia salarial*, C-334/92, *Jur.* 1993, I-6911.

22 december 1993, *Neath*/*Hugh Steeper*, C-152/91, *Jur.* 1993, I-6935.

24 februari 1994, *Roks/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, C-343/92, *Jur.* I-587.

15 maart 1994, *Commissie/Spanje*, C-45/93, *Jur.* 1994, I-911.

5 mei 1994, *Gabriele Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt*, C-421/92, *Jur.* 1994, I-1657.

18 mei 1994, *Codorniu/Raad*, C-309/89, *Jur.* 1994, I-1853.

14 juli 1994, *Faccini Dori*/*Recreb,* C-91/92, *Jur*. 1994, I-3325.

14 juli 1994, *Webb*/*EMO Air Cargo,* C-32/93, *Jur.* 1994, I-3567.

28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees*/*James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389.

28 september 1994, *Smith*/*Avdel Systems*, C-408/92, *Jur.* 1994, I-4435.

28 september 1994, *Bestuur van het algemeen burgerlijk pensioenfonds/Beune*, C-7/93, *Jur.* 1994, I-4471.

28 september 1994, *Van Den Akker*/*Stichting Shell Pensioenfonds*, C-28/93, *Jur.* 1994, I-4527.

28 september 1994, *Vroege/NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV en Stichting Pensioenfonds NCIV*, C-57/93, *Jur.* 1994, I-4541.

28 september 1994, *Fisscher*/*Voorhuis Hengelo en Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de detailhandel*, C-128/93, *Jur.* 1994, I-4583.

14 februari 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt/Roland Schumacker*, C-279/93, *Jur.* 1995, I-225.

10 mei 1995, *Alpine Investments/Minister van Financiën*, C-384/93, *Jur.* 1995, I-1141.

31 mei 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri (Royal Copenhagen)*, C-400/93, *Jur.* 1995, I-1275.

29 juni 1995, *SCAC/Associazione dei Produttori Ortofrutticoli*, C-56/94, *Jur.* 1995, I-1769.

17 oktober 1995, *Kalanke*/*Freie Hansestadt Bremen*, C-450-93, *Jur.* 1995, I-3051.

30 november 1995, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, *Jur.* 1995, 4165.

15 december 1995, *Bosman/Union royale belge des sociétés de football association e.a.*, C-415-93*, Jur.* 1995, I-4921.

14 december 1995, *Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, *Jur.* 1995, I-4625.

14 december 1995, *Ursula Megner en Hildegard Scheffel/Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, C-444/93, *Jur.* 1995, I-4741.

1 februari 1996, *Posthuma en Oztürk*, C-280/94, *Jur.* 1996, I-179.

8 februari 1996, *C. B. Laperre*/*Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland*, C-8/94, *Jur.* 1996, I-273.

13 februari 1996, *Gillespie/Northern Health and Social Services Boards*, C-342/93, *Jur.* 1996, I-475.

5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland (C-46/93) en The Queen/Secretary of State for transport, ex parte: Factortame (C-48/93)*, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029.

7 Maart 1996, *Commissie*/*Frankrijk*, C-334/94, *Jur.* 1996, I-1307.

12 maart 1996, *Pafitis*/*Trapeza Ketrikis*, C-441/93, *Jur.* 1996, I-1347.

28 maart 1996, *strafzaak t. Ruiz Bernáldez*, C-129/94, *Jur.* 1996, I-1829.

30 april 1996, *P./S. en Cornwall County Council*, C-13/94, Jur., I-2143.

30 april 1996, *CIA Security International* /*Signalson en Securitel*, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201.

23 mei 1996, *O'Flynn*/*Adjudication officer*, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617.

13 juli 1966, *Etablissements Consten en Grundig/Commissie*, 56/84, *Jur.* 1966, 450.

26 september 1996, *Data Delecta*/*MSL Dynamics*, C-43/95, *Jur.* 1996, I-4661

24 oktober 1996, *Kraaijeveld/Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, *Jur.* I-5403.

12 november 1996, *Smith & Nephew Pharmaceuticals/Medicine Control Agency*, C-201/94, *Jur.* 1996, I-5819.

23 januari 1997, *Pastoors en Trans-Cap*/*België,* C-29/95, *Jur.* 1997, I-285.

5 juni 1997, *SETTG*/*Ypourgos Ergasias*, C-398/95, *Jur.* 1993, I-3091.

17 juli 1997, T*he Queen* /*Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte, National Farmers' Union*, C-354/94, *Jur.* 1997, I-4559.

2 oktober 1997, *Kording*/*Senator für Finanzen*, C-100/95, *Jur.* 1997, I-5289.

11 november 1997, *Marschall*/*Land Nodrhein Westfalen*, C-409/95, *Jur.* 1997, I-6363.

27 november 1997, *Meints/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-57/96, Jur., I-6689

9 december 1997, *Commissie*/*Frankrijk*, C-265/95, *Jur.* 1995, I-6959.

18 december 1997, *Inter-environnement Wallonie*/*Région Wallonne*, C-129/96, *Jur.* 1997, I-7411.

17 februari 1998, *Grant*/*South-West*, C-249/96, *Jur.* 1998, I-621.

30 april 1998, *Bellone*/*Yokohoma*, C-215/97, *Jur.* 1998, I-2191.

5 maart 1998, *Solred*/*Administración General del Estado*, C-374/96, *Jur.* 1998, I-937.

13 mei 1998, *Martinez Sala/Freistaat Bayern,* C-85/96, *Jur.* 1998, I-2691.

17 juni 1998, *Hill en Stapleton/The Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998.

27 oktober 1998, *Boyle*/*Equal Opportunities Commission*, C-411/96, *Jur.* 1998, I-6401.

19 november 1998, *Pedersen*/ *Fællesforeningen*, C-66/96, *Jur.* 1998, I-7327.

24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637.

9 februari 1999, *Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623.

25 februari 1999, *Carbonari*/*Università degli studi di Bologna*, C-131/97, *Jur*. 1999, I-1103.

25 februari 1999, *Parlement/Raad*, gevoegde zaken C-164/97 en C-165/97, *Jur.* 1999, I-1139.

8 juli 1999, *Strafzaken tegen Maria Amélia Nunes en Evangelina de Matos*, C-186/98, *Jur.* 1999, I-4883.

9 september 1999, *Andrea Krüger*/*Kreiskrankenhaus Ebersberg*, C-281/97, *Jur.* 1999, I-5127.

14 september 1999, *Gruber*/*Silhouette International Schmied*, C-249/97, *Jur.* 1999, I-5295.

16 september 1999, *Abdoulaye/Régie Nationale des Usines Renault*, C-218/98, *Jur.* 1999, I-5723.

5 oktober 1999, *Spanje*/*Commissie*, C-240/97, *Jur.* 1999, I-6571.

21 oktober 1999, *Lewen*/*Lothar Denda*, C-333/97, *Jur.* 1999, I-7243.

26 oktober 1999, *Angela Maria Sirdar/Secretary of State for Defence*, C-273/97, *Jur.* 1999, I-7403.

23 november 1999, *Strafzaak tegen Arblade*, C-369/96, *Jur.* 1999, I-8453.

16 december 1999, *Kohll*/*Union des Caisses de Maladie*, C-158/96, *Jur.* 1998, I-1931.

11 januari 2000, *Tanja Kreil*/*Bondsrepubliek Duitsland*, C-285/98, *Jur.* 2000, I-69.

10 februari 2000, *Deutsche Telekom/Schröder*, C-50/96, *Jur.* 2000, I-743.

10 februari 2000, *Deutsche Post/Sievers* (C-271/97) en *Deutsche Post/ Schrage*, (C-271/97), gevoegde zaken C-270/97 en C-271/97, *Jur.* 2000, I-929.

28 maart 2000, *Badeck*/*Hessische Ministerpräsident*, C-158/97, *Jur.* 2000, I-1875.

6 april 2000, *Jørgensen/Foreningen af Speciallæger*, C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447.

11 mei 2000, *Commissie*/*Frankrijk,* C-296/98, *Jur.* 2000, I-3025.

6 juni 2000, *Angonese*/*Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139.

6 juli 2000, *Abrahamsson en Anderson*/*Fogelqvist*, C-407/98, *Jur.* 2000, I-5539.

26 september 2000, *Kachelmann*/*Bankhaus Hermann Lampe,* C-322/98, *Jur.* 2000, I-7505.

26 september 2000, *Unilever*/*Central Food*, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535.

30 november 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund/Republik Österreich*, C-195/98, *Jur.* 2000, I-10497.

3 oktober 2000, *Ferlini*/*Centre Hospitalier de Luxembourg*, C-411/98, *Jur.* 2000, I-8089.

26 juni 2001, *Brunnhofer/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961.

29 november 2001*, Griesmar*/*Ministre de l'Economie*, C-366/99*, Jur.* 2001, I-9383.

13 december 2001, *Mouflin*/*Recteur de l'académie de Reims*, C-206/00, *Jur.* 2001, I-10201, ov. 28.

19 maart 2002, *Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, *Jur.* 2002, I-2891.

4 juni 2002, *Commissie*/*Portugal,* C-367/98, *Jur*. 2002, I-473.

3 oktober 2002, *Danner*, C-136/00, *Jur.* 2002, I-8147.

24 oktober 2002, *Rimunione Adriatica di Securtà*/Dario Lo Bue, C-233/01, *Jur.* 2002, I-9411.

25 februari 2003, *Commissie*/*Italië*, C-59/01, *Jur.* 2003, I-1759.

20 maart 2003, *Helga Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741.

9 september 2003, *Rinke*/*Ärztekammer Hamburg*, C-25/02, *Jur.* 2003, I-8349.

11 september 2003, *Erika Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit*, C-77/02, *Jur.* 2003, I-9027.

11 september 2003, *Commissie*/*Raad*, C-211/01, *Jur.* 2003, I-8913.

2 oktober 2003, *Garcia Avello*/*België*, C-148/02, *Jur.* 2003, I-11613.

23 oktober 2003, *Schönheit* (C-4/02) en *Becker* (C-5/02), gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02*, Jur.* 2003, I-12575.

7 januari 2004, *Wells*/*Secretary of State for Transport*, C-210/02, *Jur.* 2004, I-723.

7 september 2004, *Commissie*/*Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557.

7 september 2004, *Commissie*/*Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517 en *Euredia* februari 2006, afl. 2005/2, 169, noot Y. THIERY en A. DE GRAEVE.

7 september 2004, *Trojani*/*CPAS*, C-456/02, *Jur.* 2004, I-7573.

30 september 2004, *Briheche*/ *Ministre de l'Intérieur e.a.*, C-319/03, *Jur.* 2004, I-8807.

5 oktober 2004, *Pfeiffer e.a.*/*Deutsches Rotes Kreuz*, gevoegde zaken C-397/01 tot en met C-403/01, *Jur.* 2004, I-8835.

9 december 2004, *Hlozek*/*Roche Austria Gesellschaft*, C-19/02, *Jur.* 2004, I-11491.

10 maart 2005, *Nikoloudi*/*Organismos Tilepikoinonion Ellados*, C-196/02, *Jur.* 2005, I-1789.

3 mei 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, 391/02 en 403/02, *Jur.* I-3565.

16 juni 2005, *Strafzaak t. Maria Pupino*, C-105/03, *Jur.* 2005, I-5285.

22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981.

27 juni 2006, *Europees Parlement*/*Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.* 2006, I-5769.

11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas*/*Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467.

11 september 2007, *Lindorfer*/*Raad van de Europese Unie*, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767.

16 oktober 2007, *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531.

18 december 2007, *Laval*/*Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, C-341/05, *Jur.* 2007, I-11767.

29 januari 2008, *Promusicae*/*Telefónica de España*, C-275/06, *Jur.* 2008, I-271.

1 april 2008, *Tadao Maruko/Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757.

H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman*/*Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603.

23 september 2008, *Bartsch*/*Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245.

5 maart 2009, *Age Concern England/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, *Jur.* 2009, I-1569.

28 april 2009, *Commissie*/*Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491.

19 januari 2010, *Kükükdeveci*/*Swedex,* C-555/077, *Jur.* 2010, I-000.

H.v.J. *Vzw "Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop", Yann van Vugt, Charles Basselier*/*Ministerraad*, C-236/09, Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het Belgisch Grondwettelijk Hof op 29 juni 2009, *Pb.* C 29 augustus 2009, afl. 205, 28.

Gerecht van Eerste Aanleg

30 januari 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T-54/99, *Jur.* 2002, II-313, ov. 48 en 57.

3 mei 2002, *Jégo-Quéré & Cie SA/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T-177/01, *Jur.* 2002, II-2365, ov. 42 en 47.

15 januari 2003, *Philip Morris International/Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Gevoegde zaken T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 en T-272/01, *Jur.* 2003, II-1, ov. 122.

Conclusies van Advocaten-Generaal bij het Hof van Justitie

COLOMER, conclusie van 6 september 2007 voor H.v.J. 1 april 2008 *Tadao Maruko*/*Versorgunsanstalt der Deutschen Bühnen*, C-267/06, *Jur.* 2008, I-1757.

ELMER, conclusie van 30 september 1997 voor H.v.J. 17 februari 1998, *Grant*/*South West Trains*, C-249/96, *Jur.* 1998, I-621.

JACOBS, conclusie van 19 maart 1998 voor H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637.

JACOBS, conclusie van 16 maart 2000 voor H.v.J. 13 juli 2000, *Centrosteel*/*Adipol*, C-456/98, *Jur.* 2000, I-6007.

JACOBS, conclusie van 27 oktober 2005 voor H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad*, C-227/04, *Jur.* 2007, I-6767.

GEELHOED, conclusie van 16 maart 2006 voor H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas*/*Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467.

KOKOTT, conclusie van 8 september 2005 voor H.v.J. 27 juni 2006, *Europees Parlement*/*Raad van de Europese Unie*, C-540/03, *Jur.*2006, I-5769.

LENZ, conclusie van 15 november 1984 voor H.v.J. 13 december 1984, *Haug*-Adrion/*Frankfurter Versicherungs*-AG, 251/83, *Jur.* 1984, 4291.

LENZ, conclusie van 14 juli 1993 voor H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*/*Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, C-127/92, *Jur.* 1993*,* I-5535.

MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa*/*Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531.

MAZÁK, Conclusie van 9 september 2008 voor H.v.J. 28 april 2009, *Commissie*/*Italië*, C-518/06, *Jur.* 2009, I-3491.

POIARES MADURO, conclusie van 31 januari 2008 voor H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman*/*Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603.

RUIZ-JARABO COLOMER, conclusie van 24 januari 2008 voor H.v.J. *Michaeler* (C-55/07 en C-56/07), *Subito* (C-55/07 en C-56/07) en *Volgger* (C-56/07), H.v.J. 24 april 2008, gevoegde zaken C-55/07 en C-56/07*, Jur.* 2008, I-3135*.*

SAGGIO, conclusie van 16 december 1999 voor H.v.J. 27 juni 2000, *Océano Grupo*/*Murciano Quintero* (C-240/98) en *Salvat Editores*/*Sanchez Alcón Prades* (C-241/98), *Copano Badillo* (C-242/98), *Berraone* (C-243/98) en *Viñas Feliú* (C-244/98), , gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, *Jur.* 2000, I-4941.

SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer*/*Raad van de Europese* Unie, C-227/04 P, *Jur.* 2007, I-6767.

SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J. 23 september 2008, *Bartsch*/*Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *Jur.* 2008, I-7245.

STIX-HACKL, Gevoegde Conclusies van 30 maart 2004 voor H.v.J. 7 september 2004, *Commissie*/*Frankrijk*, C-347/02, *Jur.* 2004, I-7557 en H.v.J. 7 september 2004, *Commissie*/*Luxemburg*, C-346/02, *Jur.* 2004, I-7517.

TIZZANO, conclusie van 30 juni 2005 voor H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981.

TRSTENJAK, conclusie van 29 maart 2007 voor H.v.J. 7 juni 2007, *Carp*/*Ecorad*, C-80/06, *Jur.* 2007, I-4473.

VAN GERVEN, conclusie van 30 januari 1990 voor H.v.J. 17 mei 1990, *Barber*/*Guardian Royal Exchange Assurance Group*, 262/88, *Jur.* 1990, 1889.

VAN GERVEN, gevoegde conclusies van 28 april 1993 voor H.v.J. 22 december 1993, *Ten Oever*/*Stichting Bedrijfspensioenfonds*, C-109/91, *Moroni*/*Collo*, C-110/91, *Neath*/*Steeper,* C-152/91, *Coloroll Pension Trustees*/*James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1993, I-4879.

VAN GERVEN, Conclusie van 15 juli 1993 voor H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*/*Friedel M. Roberts,* C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579.

WARNER, conclusie van 28 januari 1981 voor H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins*/*Kingsgate*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

Raad van Europa

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

23 juli 1968, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique/Belgique 1968, nr. 474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* /*United Kingdom*, nr. 9241/80, 9473/81 en 9474/81.

28 oktober 1987, *Inze*/*Austria*, nr. 8695/79.

24 juni 1993, *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, nr. 14518/89.

24 februari 1995, *McMichael*/*United Kingdom*, nr. 16424/90.

21 februari 1997, *Van Raalte* v. *The Netherlands*, nr. 20060/92.

6 april 2000, *Thlimmenos* v. *Greece*, nr. 34369/97.

18 januari 2001, *Chapman* v. *United Kingdom,* nr. 27238/95.

11 juni 2002, *Willis* v. *United Kingdom*, nr. 36042/97.

24 juli 2003, *Karner*/*Austria*, nr. 40016/98.

13 december 2005, *Timishev* v. *Russia*, nr. 55762/00 en 55947/00.

20 juni 2006, *Zarb Adami* v. *Malta*, nr.17209/02.

Canada

Supreme Court of Canada

9 februari 1982, *Ontario Human Rights Commission* v. *Borough of Etobicoke*, *Supreme Court Reports* 1982, afl.1, 202.

17 december 1985, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley* v. *Simpson-Sears*, *Supreme Court Reports*, afl. 2, 536.

17 december 1985, *Bhinder* v. *CN*, *Supreme Court Reports* 1985, afl. 2, 561.

10 november 1988, *Brossard* v. *Québec*, *Supreme Court Reports* 1988, afl. 2, 279.

2 februari 1989, *Andrews* v. *Law Society*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 143.

4 mei 1989, *Brooks* v. *Canada Safeway Limited*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 1219.

4 mei 1989, *R* v. *Turpin*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 1, 1296.

21 december 1989, *Saskatchewan Human Rights Commission* v. *Saskatoon (City)*, *Supreme Court Reports* 1989, afl. 2, 1297.

13 september 1990, *Central Alberta Dairy Pool* v. *Alberta (Human Rights Commission)*, *Supreme Court Reports* 1990, afl. 2, 489.

2 mei 1991, *R.* v. *Swain*, *Supreme Court Reports* 1991, afl. 1, 933.

25 juni 1992, *Zurich Insurance Co.* v. *Ontario Human Rights Commission*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2, 321.

24 september 1992, *Central Okanagan School District No.23* v. *Renaud*, *Supreme Court Reports* 1992, afl. 2. 970.

19 mei 1993, *University of British Columbia* v. *Berg*, *Supreme Court Reports* 1993, afl. 2, 533.

23 juni 1994, *Commission scolaire régionale de Chambly* v. *Bergevin*, *Supreme Court Reports* 1994, afl. 2, 525.

19 oktober 1995, *Large* v. *Stratford (City)*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 3, 733.

31 oktober 1996, *Battlefords and District Co-operative Ltd.* v. *Gibbs*, *Supreme Court Reports* 1996, afl. 3, 566.

6 februari 1997, *Eaton* v. *Brant County Board of Education*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 241.

9 oktober 1997, *Eldridge* v. *British Columbia (Attorney General)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 3, 624.

2 april 1998, *Vriend* v. *Alberta*, *Supreme Court Reports*, afl. 1, 493.

25 maart 1999, *Law* v. *Canada (Minister of Immigration)*, *Supreme Court Reports* 1997, afl. 1, 497.

20 mei 1999, *Corbiere* v. *Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 2, 203.

25 mei 1999, *Egan* v. *Canada*, *Supreme Court Reports* 1995, afl. 2, 513.

9 september 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.*, *Supreme Court Reports* 1999, afl. 3, 3 (Meiorin).

16 december 1999, *Grismer* v. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) and British Columbia (Council of Human Rights)*, *Supreme Court Reports* afl. 3, 868 (Grismer).

3 mei 2000, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* v. *Montréal (City)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* v. *Boisbriand*, *Supreme Court Reports* 2000, afl. 1, 665.

19 december 2002, *Nova Scotia (Attorney-General)* v. *Walsh*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 325.

19 december 2002, *Gosselin* v. *Québec (Attorney-General)*, *Supreme Court Reports* 2002, afl. 4, 429.

23 maart 2007, *Council of Canadians with Disabilies* v. *VIA Rail Canada*, *Supreme Court Reports* 2007, 650 (Via Rail).

18 juli 2008, *New Brunswick (Human Rights Commission)* v. *Potash Corporation of Saskatchewan*, *Supreme Court Reports* 2008, afl. 2, 604.

Canadian Human Rights Tribunal

1993, *Thwaites* v. *Canada (Armed Forces)*, *Canadian Human Rights Reporter* 1993, D/259. Zie ook http://www.canlii.org/en/ca/chrt/doc/1993/1993canlii342/1993canlii342.html.

1997, *Canada (Canadian Human Rights Commission)* v. *Canada (Human Rights Tribunal) ("Dumont-Ferlatte")*, *Federal Court Judgments* No. 1734.

2001, *McAllister-Windsor* v. *Canada (Human Resources Development)*, *Canadian Human Rights Reporter* 2001, D/48.

Court d'Appel du Québec

1997, *Descroches* v. *Commission des droits de la personne du Québec*, *Receuil de Jurisprudence du Québec* 1997, 1540.

2002, *Commission des droits de la personne du Québec* v. *Collège Notre-Dame du Sacré-Coeur*, *Receuil de Jurisprudence du Québec* 2002, afl. 5.

Ontario Court of Appeal

1989, *Re Zurich Insurance Co. and Ontario Human Rights Commission et al.*, 70 *Ontario Reports* 1989, afl. 2, 639.

21 juli 2000, *Entrop* v. *Imperial Oil Ltd.*, 50 *Ontario Reports*, afl. 3, 18.

Divisional Court

1987, *Re Zurich Insurance Co. and Ontario Human Rights Commission et al.*, 58 *Ontario Reports* 1987, afl. 2, 325.

Ontario Board of Inquiry

1985, *Bates* v. *Zurich*, *Canadian Human Rights Reporter* 1985, afl. 6, D/2964.

1990, *Bhadauria* v. *Toronto (City) Board of Education*, *Canadian Human Rights Reporter* 1990, afl. 12, D/105.

1994, *Wong* v. *Ottawa Board of education*, *Canadian Human Rights Reporter*, afl. 23, D/41.

1995, *Quesnel* v. *London Educational Health Centre*, *Canadian Human Rights Reporter* 1995, D/474.

2000, *Brock* v. *Tarrant Film Factory Ltd.*, *Canadian Human Rights Reporter* 2000, D/305.

British Columbia Court of Appeal

6 april 2005, *North Vancouver School Dist. No. 44* v. *Jubran*, *Canadian Human Rights Reporter* 2005, D/1.

British Columbia Human Rights Tribunal

1989, *Hamlyn* v. *Cominco Ltd.*, *British Columbia Council of Human Rights Tribunal Decisions* 1989.

1993, *Howard* v. *University of British Columbia*, *Canadian Human Rights Reporter* 1993, D/533.

21 juni 1999, *J.* v. *London Life Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 1999, D/43.

7 februari 2000, *Miele* v. *Famous Players*, *Canadian Human Rights Reporter*, D/1.

23 maart 2000, *Rogal* v. *Dalgliesh*, *British Columbia Human Rights Tribunal Decisions* 2000.

21 oktober 2004, *Fraser* v. *ING Insurance*, *Canadian Human Rights Reporter* 2004, D/542.

Labour Relations Board of British Columbia

2000, *Cominco Ltd.* v. *United Steelworkers of America*, *British Columbia Collecitve Agreement Arbitration Award* 2000, Local 9705, nr. 62

British Columbia Council for Human Rights

1988, *Biggs* v. *Hudson*, *Canadian Human Rights Reporter* 1988, D/5391.

1989, *Hamlyn* v. *Cominco Ltd.*, 11 *Canadian Human Rights Reporter*, D/333.

Tribunal des droits de la personne Québec

1995, *Commission des droits de la personne* v. *Lingerie Roxana*, *Receuil de Jurisprudence du Québec* 1995, 1289.

Alberta Court of Queen's Bench

1991, *Re Co-operators General Insurance Co.* v. *Alberta Human Rights Commission*, 80 *Dominion Law Reports* 1991, afl. 4, 411.

Zuid-Afrika

Constitutional Court of South Africa

5 februari 1997, *Fraser* v. *Children's Court Pretoria North and Others*, nr. 31/96, *South African Law Reports* 197, afl. 2, 218.

18 april 1997, *Prinsloo* v. *Van Der Linde & The Minister of Forestry and Water Affairs*, nr. 4/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 3, 1012.

18 april 1997, *President of the Republic of South Africa and Another* v. *Hugo*, nr. 11/96, *South African Law Reports* 1997, afl. 4, 1.

7 oktober 1997, *Harksen* v. *Lane*, nr. 9/97, *South African Law Reports* 1998, 300.

16 november 1997, *Larbi-Odam* v. *MEC for Education*, nr. 2/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 1, 745.

17 februari 1998, *City Council of Pretoria* v. *Walker*, nr. 8/97, *South African Law Reports* 1998, afl. 2, 363.

9 oktober 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another* v. *Minister of Justice and Others*, nr. 11/98, *South African Law Reports* 1999, afl. 1, 6.

28 september 2000, *Hoffmann* v. *South African Airways*, nr. 17/2000, *South African Law Reports* 2000, 628.

29 juli 2004, *Minister of Finance and Other* v *Van Heerden*, nr. 63/2003, *South African Law Reports*, afl. 1, 6.

1 december 2005, *Minister of Home Affairs* v. *Fourie*, nr. 60/04, *South African Law Reports* 2006, afl. 1, 524.

5 oktober 2007, *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others* v. *Pillay*, nr. 51/06, *South African Law Reports* 2008, afl. 1, 474.

Equality Court of South Africa (Transvaal Provincial Division)

27 augustus 2008, *Strydom* v. *Nederduitse Gereformeerde Gemeente Morelata Park*, nr. 26926, *South African Law Reports* (T) 2009, afl. 4, 510.

Labour Appeal Court of South Africa

3 april 2000, *Woolworths* v. *Whitehead*, CA 06/99, *http://www.saflii.org/za/cases/ZALAC/2000/4.html*.

21 augustus 2008, *Dudley* v. *City of Cape Town*, CA 1/05,

http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZALAC/2008/10.html&query=dudley%20v.%20cape%20town.

Labour Court of South Africa

9 mei 2003, *Harmse* v. *City of Cape Town*, C 966/2002, *http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2003/53.html*.

16 januari 2004, *Dudley* v. *Cape Town*, C 828/02, *http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2004/1.html*.

18 juli 2005, *IMATU* v. *City of Cape Town*, *http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2005/10.html*.

België

Arbitragehof

13 juli 1989, nr. 21/89, *B.S.* 21 juli 1989.

13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.* 8 november 1989.

23 mei 1990, nr. 18/90, *B.S.* 27 juli 1990.

5 juli 1990, nr. 25/90, *B.S.* 6 oktober 1990.

14 juli 1990, nr. 26/90, *B.S.* 4 augustus 1990.

18 november 1992, nr. 74/92, *B.S.* 9 december 1992.

13 januari 1994, nr. 1/94, *B.S.* 1 februari 1994.

27 januari 1994, nr. 9/94, *B.S.* 23 maart 1994.

3 september 1997, nr. 42/97, *B.S.* 3 september 1997.

10 maart 1998, nr. 25/98, *B.S.* 10 april 1998.

1 april 1998, nr. 37/98, *B.S.* 24 april 1998.

28 maart 2002, nr. 56/2002, *B.S.* 13 april 2002.

8 mei 2002, nr. 86/2002, *B.S.* 24 mei 2002.

25 maart 2003, nr. 35/2003, *B.S.* 15 april 2003.6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004.

Grondwettelijk Hof

4 maart 2008, nr. 40/2008, *B.S.* 17 maart 2008.

12 februari 2009, arrest nr. 17/2009, *B.S.* 12 maart 2009.

11 maart 2009, nr. 39/2009, *B.S.* 9 april 2009.

11 maart 2009, nr. 40/2009, *B.S.* 6 mei 2009.

11 maart 2009, nr. 41/2009, *B.S.* 3 april 2009.

2 april 2009, nr. 64/2009, *B.S.* 28 april 2009.

18 juni 2009, nr. 103/2009, *B.S.* 31 juli 2009.

Hof van Cassatie

27 juni 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1526.

16 januari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 317.

13 september 1991, *Arr. Cass*. 1992, 38.

16 november 1991, *Pas.* 1962, I, 332.

17 januari 1994, *Pas*. 1994, I, 50.

8 november 2002, *De Verz.* 2003, 349, noot J. MUYLDERMANS.

Hof van Beroep Brussel

31 mei 1988, *T.B.H.* 1989, 711.

17 mei 1990*, Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 220.

18 september 2001, *T.B.H.* 2003, afl. 8, 675.

Voorzitter Rechtbank van Koophandel Brussel

8 maart 1996, *D.C.C.R.* 1996, 342, noot J. STUYCK.

7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

Voorzitter Rechtbank van Koophandel Luik

3 mei 1990, *Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 346.

Voorzitter Rechtbank van Eerste Aanleg Nijvel

19 april 2005, *J.L.M.B.* 2005, 934, *J.T.* 2005, noot en *Juristenkrant* 2005, 12.

Voorzitter Rechtbank van Eerste Aanleg Gent

Vz. Rb. Gent 31 december 2003, *Juristenkrant* 2004 (weergave D. DE PRINS), afl. 84, 1 en *N.J.W.* 2004, 205, noot E. BREMS.

Verenigd Koninkrijk

House of Lords

14 juni 1990, *James* v. *Eastleigh Borough Council*, *Weekly Law Reports* 1990, afl. 3, 55.

23 februari 1998, *R.* v. *Birmingham City Council, ex parte Equal Opportunities Commission*, *Industrial Relations Law Reports* 1989, 173.

1 juli 2004, *Archibald* v. *Fife Council*, *Industrial Relations Law Reports* 2004, *Industrial Law Journal* 2004, 651.

9 december 2004, *R. (European Roma Rights Centre)* v. *Immigration Officer at Prague Airport and another*, *House of Lords Decisions* 2004, 55. Zie ook *http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041209/roma-1.htm*.

England and Wales Court of Appeal

21 mei 1998, *London Underground Ltd.* v. *Edwards No. 2*, *Industrial relations Law Reports* 1998.

25 juli 2005, *Copsey* v. *WBB Devon Clays Ltd.*, *Civ* 932, *Industrial Relations Law Reports* 2005, 811. Zie ook *http://www.casebooks.eu/nonDiscriminationLaw/chapter6/excerpt.php?excerptId=1751*.

Supreme Court of Judicature Court of Appeal (civil division)

2004, *Northampton County Council* v. *Meikle*, *Industrial Relations law Report* 2004, 703. Zie ook *http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/859.html*.

UK Employment Tribunal

1981, *Hurley* v *Mustoe*, *Industrial Relations Law Reports* 1981, 398.

Frankrijk

Hof van Cassatie

Gazette du Palais, partie jurisprudence 7 mei 1996, 224, noot J. LASSAUSOIS, "Tarif automobile préférentiel et discrimination sexuelle", *Gazette du Palais, partie doctrine* 7 mei 1996, 470.

Nederland

Hoge Raad

11 juli 2008, LJN BD1850.

Rechtbank Utrecht

3 mei 2006, LJN AW7505.

Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling

Oordeel 1995-15, *http://www.cgb.nl/oordeel/1995-15*.

Oordeel 1996-6, *http://www.cgb.nl/oordeel/1996-6*.

Oordeel 2002-184, *http://www.cgb.nl/oordeel/2002-184*.

Oordeel 2006-5, *http://cgb.nl/oordeel/2006-5*.

Oordeel 2006-44, *http://www.cgb.nl/oordeel/2006-44*.

Oordeel 2007-76, *http://www.cgb.nl/oordeel/2007-76*.

Oordeel 2007-160, *http://www.cgb.nl/oordeel/2007-160*.

Oordeel 2009-107, *http://www.cgb.nl/node/14982/volledig*.

Verenigde Staten

Supreme Court

18 april 1996, *Plessy* v. *Ferguson*, 136 *U.S.* 537.

17 mei 1954, *Brown v. Board of* Education, 347 *U.S.* 483.

8 maart 1971, *Griggs* v. *Duke Power Co*, 401 *U.S.* 424.

25 april 1978, *Los Angeles Dept. of Water & Power* v. *Manhart*, 435 U.S. 702.

6 juli 1983, *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans* v. *Norris*, 463 U.S. 1073.

1 mei 1989, *Price Waterhouse* v. *Hopkins*, 490 U.S. 228.

18 juni 2009, *Gross* v. *FBL Financial services*, no. 8-441. Zie http://www.law.cornell.edu/supct/html/08-441.ZS.html.

Court of Appeals fifth Circuit

6 april 1971, *Diaz* v. *Pan American World Airways*, 442 F2d 385. Zie ook http://openjurist.org/442/f2d/385/diaz-v-pan-american-world-ariways-inc.

Court of Appeals seventh Circuit

5 oktober 1994, *Van de Zande* v. *State of Wisconsin*, 44 F.3 d 538. Zie ook http://www.projectposner.org/case/1995/44F3d538.

Supreme Court of Pennsylvania

1984, *Hartford Accident and Indemnity Co.* v. *Insurance Commissioner of the Commonwealth of Pennsylvania*, 482 A.2d 542.

Australië

Federal Court of Australia

7 april 2004, *QBE Travel Insurance* v. *Bassanelli*, nr. 396, www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2004/396.html.

New South Wales Equal opportunity Tribunal

1995, *Hope & Anor* v. *NIB Health Funds Ltd.*, *Australian and New Zealand Insurance Cases* 1995, 76.

BIBLIOGRAFIE

ABRAHAM, K. S., "Efficiency and fairness in insurance risk classification", *Virginia Law Review* 1985, afl. 71, 403-451.

AGE, EUROPEAN WOMEN'S LOBBY en TEST-AANKOOP, "Joint answer tot the questionnaire prepared by age - the European older people's platform, Test-Achats and the European Women's Lobby", *http://www.womenlobby.org/SiteResources/data/MediaArchive/Newsflash/NF2009/NF%20Sep%202009/Final%20Joint%20Answer_AGE_Test%20Achats_%20EWL%20Questionnaire%20for%20Article%205%20Forum.pdf*, 1-13.

AKERLOF, G. A., "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", *The quarterly Journal of Economics*, 488-500.

ALBERTYN, C., "Equality" in E. BONTHUYS en C. ALBERTYN (eds.), *Gender, Law and Justice*, Juta, Cape Town, 2007, 82-119.

ALBERTYN, C., "South African Equality Law", *European anti-discrimination law review* 2009, afl. december, 11-20.

ALBERTYN, C., GOLDBLATT, B., en ROEDERER, C., *Introduction to the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*, Johannesburg, Witwatersrand University Press, 2001, 151 p.

ALBERTYN, C. en GLODBLATT, B., "Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality", *South African Journal on Human Rights* 1998, 248-276.

ALLEN, R., "Article 13 EC, evolution and current contents" in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union - understanding the article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 38-72.

AMERICAN ACADEMY OF ACTUARIES COMMITTEE ON RISK CLASSFICATION, "Risk Classification – Statement of Principles", *www.actuarialstandardsboard.org/pdf/riskclassificationSOP.pdf* 1980, 1-19.

ANDRÉ-DUMONT, J.-C., "La sélection du risque et la segmentation en assurance de personnes - Les assurances vie", *Tijdschrift voor Verzekeringen - Dossier 10* 2004, 113-151.

ARNARDÓTTIR, O. M., *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Den Haag-Londen-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 265 p.

ARROW, K. J., "Uncertainty and the welfare economics of medical care", *American Economics Review* 1963, 941-969.

ASSA FAIR DISCRIMINATION SUBCOMMITEE, *Fair discrimination - Reputational risks to the actuarial profession*, http://www.actuarialsociety.org.za/scripts/file_build.asp?id=100000371, Actuarial Society of South-Africa, october 2004, 16 p.

ASSOCIATION OF BRITISH INSURERS, "Are you buying private medical insurance", *http://www.privatehealth.co.uk/EasySiteWeb/getresource.axd?AssetID=59585&type=full&servicetype=Attachment* 2008, 1-16.

ASSURALIA, "De aanvullende ziektekostenverzekering", *http://www.assuralia.be/nl/pdf/ziekteverzekering_NL.pdf* 2003, 1-24.

ASSURALIA, "Lijst met medische standaardvragen die de verzekeringsonderneming aan kandidaat-verzekerden stelt", *www.assuralia.be/fileadmin/content/documents/publicaties/090813_nl_Liste_questions_types.pdf*, 1-18.

AUSTIN, R., "The insurance classification controversy", *University of Pennsylvania Law Review* 1983, afl. 131, 517-583.

BAQUERO CRUZ, J., "What's left of the Charter? Reflections on law and political mythology", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, afl. 1, 65-75.

BARCLAY, C., "Toward substantive equality: a feminist critique of the notion of difference in the Canadian and South-African equality tests", *International Journal of Discrimination and the Law* 2001, afl. 5, 167-188.

BARKER, F., "Concerns over the promotion of equality act remain", *Contemporary Labour Law* oktober 2000, afl. 3, 25-28.

BARNARD, C., *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 798 p.

BARNARD, C., "Gender equality in the EU: a balance sheet" in P. ALSTON (ed.), *The EU and human rights*, Londen, Oxford University, 1999, 215-279.

BARNARD, C. en HEPPLE, B., "Substantive Equality", *Cambridge Law Journal* November 2000, afl. 3, 562-585.

BARTLETT, K. en HARRIS, A., "Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary", *http://academic.udayton.edu/gender/02Unit/index.htm* 1998, 101- 102.

BASEDOW, J., "Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europäischen Privatrecht", *Zeitschrift für Europäische Privatrecht* 2008, afl. 2, 230-251.

BAYART, C., "De discriminatiewet", *Or.* 2003, 47-62.

BAYART, C., "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *Journal des Tribunaux du Travail* 2002, afl. 833, 309-329.

BAYART, C., "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen - De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 3- 63.

BAYART, C., Discriminatie tegenover differentiatie; Arbeidsverhoudingen en de discriminatiewet, Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn, Gent, Larcier, 2004, 551 p.

BAYART, C. en BOSMANS, I., "De federale anti-discriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 537-595.

BAYART, C. en DEITEREN, C., "Direct en indirect onderscheid" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 171-225.

BAYART C. en. DEITEREN C., "Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de ras- en kaderrichtlijn" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 37-75.

BECKER, U., "Freedom of movement for workers" in D. EHLERS (ed.), *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaftlichen Verlags, 2007, 255-280.

BELL, M., *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 269 p.

BELL, M., "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive ", *European Law Journal* September 2002, afl. 3, 384-399.

BELL, M., "Direct discrimination" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 185-321.

BELL, M., "The new article 13 EC Treaty: A sound basis for European anti-discrimination law", *Maastricht Journal* 1999, afl. 1, 5-23.

BELL, M. en WHITTLE, R., " Between social policy and union citizenship: the framework directive on equal treatment in employment", *European Law Review* 2002, 677-691.

BENSTON, G., "Discrimination and economic efficiency in emplyee fringe benefits: a clarification of issues and a response to professors Brilmayer, Laycock and Sullivan", *he University of Chicago Law Review* 1983, 250-279.

BENSTON, G., "The economics of gender discrimination in employee fringe benefits: *Manhart* revisited", *University of Chicago Law Review* 1982, 489-542.

BENN, S.I. en PETERS, R.S., "Justice and equality", in W.T. BLACKSTONE (ed.), *The Concept of equality,* Edina Minnesota, Burgess Publishing, 1969, 54-81.

BERNAUW, K., "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 277-303.

BERNAUW, K. "De plaatsing van risico's bij extracommunautaire verzekeraars (partim privaatrechtelijk)" in X. (ed.) *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Anthemis/Bruylant, 2008, 61-86.

BERNSTEIN, P.L., "Against the Gods: the remarkable story of risk", New York, John Wiley & Sons, 1996, 400 p.

BETLEM, G., "Richtlijnconforme interpretatie" in A. S. HARTKAMP, C. H. SIEBURGH en L. A. D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming & Recht, Deel 42-I, Algemeen Deel, Deventer, Kluwer, 2007, 97-132.

BICHSEL, F., "Verschicherungsprämien und optimales Verhalten von Konsumenten und Produzenten gegenüber Risiken, *Mitteilungen der Vereinigung Sweizerischer Versicherungsmathematiker,* 1983, 105-113.

BINON, J. M., "L' egalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: la "valse hésitation" du droit Européen", *Cahiers de droit Européen* 1996, 635-721.

BINON, J. M., "Le principe de liberté tarifaire: une nouvelle nébuleuse dans le ciel européen de l'assurance" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIème siècle*, Bulletin des Assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 9-24.

BINON, J.-M., "La directive du 18 juin 1992: an I du Marché unique de l'assurance non-vie? son régime, ses opportunités et ses limites"", *De Verz.* 1994, afl. 306, 15-32.

BINON, J.-M., "La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen", *T.B.H.* 2010, afl. 1, 7-19.

BINON, J.-M., "Le principe d'égalité de traitement en droit européen et ses application à l'assurance" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2006.

BINON, J.-M., "Le principe du traitement égal des sexes: ses incidences en assurance de personnes", *De Verz.* 1996, afl. 314, 7-22.

BINON, J.-M. en CLAASSENS, H., "La protection sociale complementaire en droit Européen" in C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *De aanvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie - Pensioenen en*

gezondheidszorg, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 2003, 39-150.

BLACK, W., "From intent to effect: new standards in Human Rights", *Canadian Human Rights Reporter* 1980, afl. 1, C/1.

BLOWS, S., IVERS, R.Q., CONNOR, J., AMERATUNGA S. en NORTON, R., "Car insurance and the risk of car crash injury", *Accident Analysis and Prevention* 2003, afl. 4, 987-990.

BOELES, P., "Europese burgers en derdelanders: wat betekent het verbod van discriminatie naar nationaliteit sinds Amsterdam?", *S.E.W.* december 2005, afl. 12, 500-513.

BOOTH, C., "The insurance industry and AIDS: an insider's perspective", *South African Journal on Human Rights* 1993, afl. 1, 151-157.

BORENSTEIN, S., "The economics of costly risk sorting in competitive insurance markets", *International Review of Law and Economis* 1989, afl. 9, 25-39.

BOSSET, P., "Reflections on the scope and limits of the duty of reasonable accommodation in the field of religion", *http://www.cdpdj.qc.ca/en/publications/docs/religion_accommodation_opinion.pdf* 2004, 1-18.

BOWERS, J. en MORAN, E., "Justification in direct sex discrimination law: breaking the taboo", *Industrial Law Journal* december 2002, afl. 4, 307-320.

BOWERS, J., MORAN, E. en HONEYBALL, S., "Justification in direct sex discrimination: a reply", *Industrial Law Journal* september 2003, afl. 3, 185-187.

BRACHER, P., "The promotion of insurance equality", *2005 workshop - consumer protection in commercial law* 25 augustus 2005, 241-246.

BREMS, E., "Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie" in E. BREMS en M. DE VOS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 37-67.

BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J., en RORIVE, I., "L'aménagement raisonnable pour motif religieux - un concept issu d'Amérique du Nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe?" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 353-390.

BRIBOSIA, E., "La lutte contre les discriminations: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 31-62.

BRILMAYER, L., HEKELER, R. W., LAYCOCK, D. e.a., "Sex discrimination in employer-sponsored insurance plans: a legal and demographic analysis", *University of Chicago Law Review* 1980, afl. 47, 505-560.

BRILMAYER, L., LAYCOCK, D. en SULLIVAN, T., "The efficient use of group averages as nondiscrimination: a rejoinder to professor Benston", *The University of Chicago Law Review* 1983, 222-279.

BUELENS, I., COUNYE, D. en STUYCK, J., "Verkoopsweigering en eerlijke handelsgebruiken", *T.B.H.* 1995, 778-805.

BUELENS, P., "Nieuwe anti-discriminatiewet: juist meer in plaats van minder segmenteren", *Verz. W.* 2003, afl. weken 33 en 34, 15-18.

BULLIOX, W.E., "ADEA Litigation after Gross", For the Defense 2010, afl. Maart, 53-75. Zie ook *http://forthedefense.org/CD/Public/FTD/2010/March/2010%20March%20FTD%20-%20ADEA%20Litigation%20After%20Gross.pdf*.

BURRI, S. D. en CREMERS-HARTMAN, E., "Geslacht" in S. D. BURRI (ed.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer, Kluwer, 2005, 33-52.

BURRI, S., Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief, Utrecht, Kluwer, 2000, 721 p.

BURROWS, N. en GREAVES, R., "Walter Van Gerven and the principle of equal treatment of men and women" in N. BURROWS en R. GREAVES (eds.), *The Advocate General and EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 89-126.

CARACCIOLO DI TORELLA, E., "The goods and services Directive: limitations and opportunities", *Feminist Legal Studies* 2005, afl. 13, 337-347.

CARACCIOLO DI TORELLA, E., "The princple of gender equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual analysis", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, afl. 3, 339-351.

CARLIER, J.-Y., "Chronique - La libre circulation des personnes dans l'Union européenne - 1er Janvier - 31 décembre 2005", *Journal des Tribunaux Droit Européen* 2006, afl. 3, 75-82.

CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN RACISMEBESTRIJDING, "Jaarverslag 2002, Op weg naar diversiteit", *http://www.antiracisme.be/nl/rapporten/centrum/2003/rapport/acrobat/05_verslag02.pdf* 2003-97.

CHAPMAN, A., "The messages of subordination contained in anti-discrimination statutes", in G. MASON en S. TOMSEN (eds.), *Homophobic violence,* Sidney, The Hawkins Press, 58-76.

CHAUFTON, A., *Les assurances,* Parijs, Chevalier-Maresq Aîné, 1884, Vol. I.

CHRISTENSEN, A., "Structural aspects of anti-discriminatory legislation and processes of normative change" in A. NUMHAUSER-HENNING (ed.), *Legal perspectives on Equal treatment and Non-Discrimination*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 31-59.

CLAASSENS, H. en COUSY, H., "Het algemeen kader van de richtlijnen van de derde generatie", in *Het Europa van de verzekeringen: de richtlijnen van de derde generatie,* Antwerpen-Apeldoorn / Louvain-la-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 1992, 17-43.

CLIFFORD, K.A. en IUCULANO, R.P., "Aids and insurance: the rationale for aids-related testing", *Harvard Law Review* 1986-1987, afl. 7, 1806-1825.

CLOOTS, E., "Het grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten" in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVEN (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Brugge, Die Keure, 2008.

COETZER, N., "Affirmative action: the sword versus shield debate continues", *South African Mercantile Law Journal* 2009, 92-101.

COHEN, A., "Assymetric information and learning in the automobile insurance market", juni 2002, Discussion Paper Nr. 371, *http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/*, 4, Zie ook *http://papers.ssrn.com/abstract_id=289966*, 1-30.

COHEN, T., "Justifiable Discrimination: time to set the parameters", *South African Mercantile Law Journal* 2000, 255-268.

COLLE, P., "Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen" in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Mechelen, Kluwer, september 2007, 61-67.

COLOMBI CIACCHI, A., "The constitutionalization of European Contract law: judicial convergence and social justice", *European Review of Contract Law* 2006, afl. 2, 167-180.

COMBRICK, H., "Testing the boundaries: women's equality in South-Africa" in J. VANDE LANOTTE, J. SARKIN en Y. HAECK (eds.), *The principle of equality - A South-African and a Belgian perspective*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 221-234.

COMMISSIE VOOR AANVULLENDE PENSIOENEN, "advies nr. 11 antidiscriminatie", *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/apwn/pdf/advice11.pdf* 30 maart 2006, 1-67.

COMMISSIE VOOR AANVULLENDE PENSIOENEN, "advies nr. 30 antidiscriminatie", *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/apwn/pdf/advice30.pdf* 9 juni 2009.

COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 11 augustus 2004 betreffende het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (COM(2003)657def), *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2004_3.pdf* , 1-29.

COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, "Advies van de Commissie over artikel 10 van het wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen", *www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2006_10.pdf*, 1-11.

COMMISSIE VOOR VERZEKERINGEN, Advies van 10 maart 2009 over het ontwerp van minimumvoorwaarden verzekering BA motorrijtuigen, *http://www.cbfa.be/nl/aboutcbfa/advorg/cvv/pdf/advice_c_2008_4.pdf*, 1-23.

CONNOLY, M., "Discriminatory motive and the *but for* test: the proper approach to direct discrimination in Britain and the United States", *International Journal of discrimination and the law* 2007, afl. 9, 37-56.

CONNOLLY, M., *Discrimination Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 419 p.

CONNOLLY, M., Townshend-Smith on Discrimination law: Text, Cases and Materials, Londen, Cavendish Publishing, 2004, 664 p.

COOPER, C. en LAGRANGE, R., "The application of the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act and the employment equity act", *Industrial Law Journal Juta* 2001, 1532-1544.

COOTER, R. en ULEN, T., *Law & Economics,* Boston, Pearson, 2008, 582 p.

CORLIER, F., "Segmentation: le point de vue de l'assureur" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, Antwerpen, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 190-204.

COSTELLO, C. en DAVIES, G., "The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000", *Common Market Law Review* 2006, afl. 43, 1567-1616.

COTEUR, J.-P. , MORIAU, A. en NAUWELAERS, I., "Un confort qui a son prix", *Budget & Droits* november/december 2009, afl. 207.

COTEUR, J.-P., DELFORTRIE, P. en VANPARYS, R., "De goedkoopste autoverzekering", *Budget & Recht* januari/februari 2003, afl. 166, 14-15.

COUSY, H., "Le marché intérieur de l'assurance en Europe", *International Business Law Journal* 1994, afl. 3, 297-319.

COUSY, H., "Concurrence et solidarité - paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances" in X (ed.), *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il Diritto Civile Tra Principi E Regole*, Milaan, Giuffrè Editore, 2008, 527-544.

COUSY, H., "De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering" in E. DIRIX, P. SENAEVE, W. PINTENS e.a. (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots* , Antwerpen , Kluwer, 2002, 31-45.

COUSY, H., "Insurance Law" in J. M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar Publishing, 2006, 312-324.

COUSY, H., "La segmentation dans l'assurance de la responsabilité civile" in B. DEFFAINS (ed.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque Nancy, 28 et 29 juin 2000*, Parijs, Editions Cujas, 2002, 181-190.

COUSY, H., "Over ethiek en verzekeringen: ter oriëntatie" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 21-36.

COUSY, H., "Over de verzekering van het onverzekerbare", *Liber Amicorum R. Blanpain,* Brugge, Die Keure, 1998, 695-713.

COUSY, H., "De grote oriëntaties van het verzekeringsrecht", in X. (ed.), *Liber Amicorum René Van Gompel,* Brussel, Story-Scientia, 1998, 127-155.

COUSY, H., "Toegang tot autoverzekering in een competitieve omgeving" in DE VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Verzekeringenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 83-101.

COUSY, H., "De rol van de private verzekeringen in de aanvullende verzekeringen: de regels van het spel" in J. VAN LANGENDONCK (ed.), *Liber Amicorum Roger Dillemans*, II Sociaal Zekerheidsrecht, Gent, Story-Scientia, 1997, 55-74.

COUSY, H., "Over de uitsluiting van de voorafbestaande toestand in de persoonsverzekering", *Revue du Droit Commercial Belge* 1997, 699-700.

COUSY, H. en CLAASSENS, H., "Ex post control of insurance in Belgium", *The Geneva Papers on Risk and Insurance* 1994, afl. januari, 46-59.

COUWENBERG, I., "Lex contractus onder het EVO", in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 201-234.

CRAIG, P. en DE BURCA, G., *EU Law: text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 1241 p.

CROCKER, K. J. en SNOW, A., "The efficiency effects of categorical discrimination in the insurance industry", *The Journal of Political Economy* 1986, afl. 94, 321-344.

CUMMINS, D. J., SMITH, B. D., VANCE, R. N. e.a., *Risk classification in life insurance*, Kluwer - Nijhoff Publishing, Boston, 1983, 320 p.

CURTIN, D., "Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and "Barber"", *Common Market Law Review* 1990, afl. 27, 475-606.

DAEMS, H. en GIESELINK, G., "De federale antidiscriminatiewetten en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 625-688.

DANIELS, N., "Insurability and the hiv epidemic: ethical issues in underwriting", *The Milbank Quarterly* 1990, afl. 4, 497-526.

DAY, S. en BRODSKY, G., "The Duty to accomodate: who will benefit?", *The Canadian Bar Review* 1996, afl. 75, 433-473.

DEANE, T., "Ch. 6 – The Regulation of affirmative action and discrimination in SA", *http://uir.unisa.ac.za/dspace/bitstream/10500/2012/13/07chapter6.pdf*, 153-208.

DEANE, T. en BRIJMOHANLALL, R., "The Constitutional Court's approach to equality", *Codicillus* 2003, afl. XLIV (2), 92-100.

DE BILDERLING, F., "Discrimination et assurance: le point de vue actuariel" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen/Louvain-La-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 2007, 239-251.

DE BOECK, A., "Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?" in UFSIA (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 414-444.

DE BRUYNE, F., "Van solidariteit naar uitsluiting: de weigering van chronisch zieken door verzekeringsmaatschappijen", *Tijdschrift voor Mensenrechten* januari-februari-maart 2006, afl. 1, 11-15.

DE BURCA, G. en ASCHENBRENNER J., "The development of European constitutionalism and the role of the EU Charter of Fundamental Rights", *Columbia Journal of Fundamental Rights* 2003, afl. 9, 355-382.

DE BURCA, G., "The role of equality in European Community Law - A Collection of papers by the centre for European Legal Studies (Cambridge)" in A. DASHWOOD en S. O'LEARY (eds.), *The Principle of equal treatment in E.C. Law*, London - Dublin - Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1997, 13-34.

DEGENER, T., "Definition of Disability" in G. QUINN (ed.), *E.U. Networks of experts on disability discrimination*, Brussel, European Commission - Anti-discrimination and relations with the civil society unit, 2004, 1-11.

DE JONG, P. en FERRIS, S., "Adverse selection spirals", *Astin Bulletin* 2006, afl. 2, 589-628.

DE LY, F., "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *R.W.* 1991-1992, afl. 34-35, 1141-1160.

DENUIT, M., "Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?", *De Verz.* september 2005, afl. Document nr. 2, 1-7.

DEN TONKELAAR, J.D.A., “Contractsvrijheid”, in A.R. BLOEMBERGEN en W. KLEIJN (eds.), *Contractenrecht*, Kluwer, Deventer, *losbladig*, I.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge,* II, Brussel, Bruylant, 1964, 1196 p.

DE PRIL, N. en DHAENE, J., "Commissie voor verzekeringen - Rapport van de werkgroep segmentering" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 141-173.

DE PRIL, N. en DHAENE, J., "Commission des Assurances - Rapport du groupe de travaille segmentation" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 110-139.

DE PRIL N., DHAENE, J. en SIMON, S., “Risico en Verzekering”, www.econ.kuleuven.ac.be/tew/academic/actuawet/arts/LADeGroot.pdf, 1-14.

DE PRINS, D., “Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele Topics Discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 2-36.

DE PRINS, D., VRIELINK, J., en SOTTIAUX, S., *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2005, 593 p.

DE SCHUTTER, O., Discriminations et marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d’emploi, Brussel, PIE Peter Lang, 2001, 234 p.

DE SCHUTTER, O., "The promotion of fundamental rights by the Union as a contribution to the European legal space (II): the balance between economic and social objectives in the European Economic Constitution", *Reflexive Governance in the public interest - http://refgov.cpdr.ucl.ac.be, REFGOV-FR-3,* 2006, afl. Fundamental Rights, 1-19.

DE VOS, M., Beyond Formal Equality - Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, Luxemburg, European Communities, 2007, 74 p.

DE VOS, M., “Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX, en S. VAN DROOGHENBROECK, (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 297-332.

DE VOS, M., "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *R.W.* 2006-2007, afl. 7, 323-339.

DE VOS, M., "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen - New York - Oxford, Intersentia, 2004, 69-106.

DE VOS, M., "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht - Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 243-264.

DE VOS, M., “De ondraaglijke lichtheid van het bestaan”, *De Standaard* 14 oktober 2004.

DE VOS, M., “Anti-discriminatiewet, Arbitragehof en arbeidsrecht: een doos van Pandora, *Juristenkrant* 3 November 2004, 1 en 12.

DE VOS, P., "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act and socio-economic rights", *Economic and Social Rights Review* 2004, afl. 5.

DE VOS, P., "The role of equality in the South African Legal System" in J. VANDE LANOTTE, J. SARKIN en Y. HAECK (eds.), *The principle of equality - A South-African and a Belgian perspective*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001, 139-155.

DE VOS, P., "Substantive equality after Grootboom: the emergence of social and economic context as a guiding value in equality jurisprudence" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), *Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere*, Lansdowne, Juta Law, 2002, 52-69.

DE WAAL, J., "Equality and the constitutional court", *South-African Mercantile Law Journal* 2002, afl. 14, 141-156.

DE WILDE, I. en VAN DAMME, A., "Nieuw leven geblazen in de tweede pensioenpijler? Toelichting bij het sociaal luik van de 'WAP'", *Soc. Kron.* 2003, afl. 11, 521-537.

DE WIT, G. W. en VAN EEGHEN, J., "Rate making and society's sense of fairness", *Astin Bulletin* 1984, afl. 2, 151-163.

DEVENISH, G. E., A Commentary on the South African Bill of Rights, Durban, Butterworths, 1999.

DEVOET, C., "Assurance, différenciation et discrimination" in P. WAUTHELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, 108, Luik, Anthemis - Commission Université-Palais, 63-135.

DEVOLDER, P., DENUIT, M. en MARÉCHAL, X. *e.a.*, “Het opstellen van een medische index voor private ziekteverzekerings-overeenkomsten”, Belgisch Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, studie nr. 2008-53, *http://www.kce.fgov.be/Download.aspx?ID=1358*, 1-76.

DEVROE, W., "Impact van door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen" in A. S. HARTKAMP, C. H. SIEBURGH en L. A. D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming & Recht, Deel 42-I, Algemeen Deel, Deventer, Kluwer, 2007, 133-189.

DEVROE, W., "'Universele dienstverlening' als grens aan risico-selectie" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, Antwerpen, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 279-337.

DE WIT, G.W., “Inleiding in solidariteit en verzekering”, *ASTIN Nederland* 1985, afl. november, 1-7.

DEWULF, S., ""Europese" grondrechten: De plaats van fundamentele rechten en vrijheden in de vernieuwde Europese Unie", *R.W.* 2007-08, afl. 37, 1522-1540.

DHAENE, J. en VANDUFFEL, S., “Verzekerden discrimineren betekent niet noodzakelijk hen benadelen”, *De Tijd* 3 mei 2005.

DHALBY, B.G., “Adverse selection and statistical discrimination, an analysis of Canadian automobile insurance, in G. DIONNE en S.E. HARRINGTON, *Foundations of insurance economics – Readings and findings in economics and finance,* Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992, 376-384.

DIONNE, G., MICHAUD, P.-C. en DAHCHOUR, M., "Seperating moral hazard form adverse selection and learning in automobile insurance: longitudinal evidence from France - Canada Research Chair in Risk Management Working Paper No. 04-05 ", *http://ssrn.com/abstract=583063* 2006, afl. juni, 1-47.

DIONNE G. en HARRINGTON, S.E., “An introduction to insurance economics”, in G. DIONNE en S.E. HARRINGTON (eds.), *Foundations of Insurance Economics*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992, 728 p.

DIRIX, E., "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMAQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 35-91.

DLAMINI, C. R. M., "Equality or Justice? Section 9 of the Constitution revisited?", *Journal for Juridical Science* 2002, afl. 1, 14-40 *Journal for Juridical Science* 2002, afl. 2, 15-32.

DONY, M., "Les Discriminations fondée sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes" in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE e.a. (eds.), Brussel, Bruylant, 1999, 45-62.

DOYLE, O., "Direct discrimination, indirect discrimination and autonomy", *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, afl. 3, 537-553 .

DRIJBER, B. J. en PRECHAL, S., "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief", *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* april 1997, afl. 4, 122-167.

DRYKONINGEN D. en LOUYET, P., “Het recht om te weten. Informatieplicht van de patiënt”, *Budget & Recht* maart 2005, 15-17.

DRZEMCZEWSKI, A., "La Convention Europeéenne des Droits de l'Homme et les rapports entre les particuliers", *Cahiers de Droit Européen* 1980, 4-24.

DUBUISSON, B., "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions", *Financieel Forum / Bank- en Financiewezen* 2007, afl. 4, 242-253.

DUBUISSON, B., "l'Intéret général en droit communautaire de l'assurance. La réaction thermidorienne", *R.G.A.T.* 1995, afl. 4, 809-847.

DUBUISSON, B., "La loi applicable au contrat d'assurance dans l'espace européen", *T.B.H.* oktober 2004, afl. 8, 731-754.

DUBUISSON, B., *Le droit applicable au contrat d’assurance dans un espace communautaire intégré*, thèse présentée en vue de droit de l’obtention du grade de Docteur en Droit, Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain – Faculté de Droit, 22 maart 1994.

DUBUISSON, B., "Les règles Belges de conflit de lois et l'assurance communautaire" in FACULTÉ DE DROIT ULB (ed.), *Les assurances de l'entreprise - Actes du colloque tenu ŕ l'université libre de Bruxelles les 2 et 3 décembre 1993*, 2, Brussel, Bruylant, 1993, 533-606.

DUBUISSON, B., “Le consommateur européen face au marché unique de l’assurance: mythes et réalités”, *De Verz.* 1992, 1080-1119.

DUBUISSON, B., "Unité ou diversité des notions d'intérêt général, d'ordre public et de normes impératives dans les directives communautaires relatives aux assurances" in H. COUSY en G. LEVIE (eds.), *Het Europa van de Verzekeringen - De richtlijnen van de derde generatie*, Antwerpen-Apeldoorn/Louvain-La-Neuve, Maklu-Uitgevers/Academia-Bruylant, 1992, 187-260.

DUPPER, O., "Justifying unfair discrimination: the development of a 'general fairness defence' in South African (labour) law" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), *Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere*, Lansdowne, Juta Law, 2002, 147-174.

DÜRIG, G., "Grundrechte und Zivilrechtsprechung" in X (ed.), *Festschrift zum 75 Geburtstag von H. Nawiasky*, München, 1956, 157.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., "The EU and the individual: fundamental rights in the draft constitutional treaty", *Common Market Law Review* 2001, 345-354.

ED., "Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence", *Common Market Law Review* 2006, 1-8.

ELEVELD, A., "Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2007, afl. 3, 119-125.

ELICH, J. H., "Onderscheid en discriminatie bij verzekeringen: de spanning tussen differentiatie en solidariteit", *Het verzekeringsarchief* 1984, afl. 2, 107-127.

ELLIS, E., "The definition of discrimination in european sex equality law", *European Law Review* 1994, 563-580.

ELLIS, E., *EU Anti-discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 401 p.

ELLIS, E., "Recent Case Law of the Court of Justice on the Equal treatment of women and men", *Common Market Law Review* 1994, afl. 31, 43-75.

ELLIS, E., "The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality", *Common Market Law Review* 2000, 1403-1426.

ELY, J. H., *Democracy and Distrust - a theory of judicial review*, Cambridge - Massachusets, Harvard Universtity Press, 1980, 268 p.

EUROPEAN DISABILITY FORUM, "EDF position on the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between personsn irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation", *http://www.edf-feph.org/Page.asp?docid=19407* 2008, 1-14.

EUROPEAN PARLIAMENTARY PENSION FORUM, "The equal treatment between women and men and its effect on the provision of supplementary retirement provisions", *www.eppensionforum.org/downloads/EPPF_Gender_minutes.pdf* 8 januari 2004, 1-14.

EWALD, F., "A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination?" in X. (ed.), *Droit et économie de l’assurance de la santé*, Parijs, Dalloz, 2002, 167-186.

EYLENBOSCH, A. en VERRETH, K., "Gelijke beloning van mannen en vrouwen inzake aanvullende pensioenregelingen: keert het Hof van Justitie op zijn stappen terug?", *Sociale Kroniek* 1994, afl. 4, 145-155.

FAURE, M., "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, afl. 1, 83-100.

FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Recht en Economie, deel 2, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1989, 386 p.

FINGER, R. J., “Ch. 4 - Risk Classification” in Foundations of Casualty Actuarial Science, www.casact.org/pubs/forum/88fforum/88ff509.pdf 1986, 509-572.

FINGER, R.J., “Ch. 6 – Risk Classification”, http://www.casact.org/admissions/syllabus/ch6.pdf, 287-342.

FONTAINE, M., *Droit des Assurances*, Brussel, Larcier, 2006.

FORSHAW, S. en PILGERSTORFER, M., "Direct and indirect discrimination: is there something in between?", *Industrial Law Journal* december 2008, afl. 4, 347-364.

FOUBERT, P., The legal protection of the pregnant worker in the European Community, Sex equality, thoughts of social and economic policy and comparative leaps to the United States of America, Proefschrift, KULeuven, 2002, 453 p.

FREDMAN, S., “From Deference to Democracy: The Role of Equality under the Human Rights Act 1998”, *Law Quarterly Review* 2006*,* 53-81.

FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 205 p.

FREDMAN, S., "Equality: A new Generation?", *Industrial Law Journal* juni 2001, afl. 2, 145 -168.

FRENK, N., “De zorgverzekeringswet: sociale zekerheid langs privaatrechtelijke weg”, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008, afl. 3, 15-22.

GANDY, O. H. JR., "Engaging rational discrimination: exploring reasons for placing regulatory constraints on decision support systems", *Ethics and Information Technology* juni 2009, 1-14.

GAULDING, J., "Race, sex and genetic discrimination in insurance: what's fair?", *Cornell Law Review* 1994-1995, afl. 80, 1646-1694.

GEERAERT, M., "Het acceptatie-onderzoek bij het aangaan van een levensverzekering", *Consilio Manuque* 1994, 117-137.

GERARDS, J. H., "Discrimination Grounds" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 33-184.

GERARDS, J. H, "Gelijke behandeling en het EVRM", *NJCM-Bulletin* 2004, afl. 2, 176-199.

GERARDS, J. H, "Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), Brugge, Die Keure, 2008, 129-169.

GERARDS, J. H, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2002, 803 p.

GERARDS, J.H. en HERINGA, A.W., *Wetgeving Gelijke Behandeling*, Deventer, Kluwer, 2003, 230 p.

GERMAIN, J.-F. en EYBEN, C., "Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 333-359.

GIJZEN, M., Selected issues in equal treatment law: a multi-layered comparison of European, English and Dutch law, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, 551 p.

GILL, T. en MONAGHAN, K., "Justification in direct sex discrimination law: taboo upheld", *Industrial Law Journal* juni 2003, afl. 2, 114-121.

GILLIAMS, H., "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990", *R.W.* 1990-1991, afl. 40, 1355-1370.

GLENN, B. J., "The shifting rhetoric of insurance denial", *Law & Society Review* 2000, afl. 3, 779-808.

GOEDHART, G.-M., *Equality legislation: implications for insurers*, Pretoria, UNISA, agustus 2005, 53 p.

GOLDSCHMIDT, J., "De hete adem van Europa: implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *Nederlands Juristenblad* 2001, afl. 21, 983-990.

GOLLIER, C., "La solidarité sous l'angle économique", *Revue Générale du Droit des Assurances* 2002, afl. 3, 824-830.

GOOVAERTS, M. en DHAENE, J., "Premiedifferentiatie, bonus-malus en solidariteit" in J. VAN LANGENDONCK (ed.), *Liber Amicorum Roger Dillemans*, II Sociaal Zekerheidsrecht, Gent, Story-Scientia, 1997, 157-169.

GOYENS, F., "Segmentering in de aanvullende ziektekostenverzekering" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXlième siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 157-170.

GRANT, E., "Dignity and equality", *Human Rights Law Review* 2007, 299-329.

GREENAWALT, K., "How empty is the idea of equality?", *Columbia Law Review* 1983, afl. 83, 1167-1185.

GREGORIUS, F. K., "Verzekering en discriminatie bezien door de bril van de actuaris" in X (ed.), *Preadvies, Vereniging voor Verzekeringswetenschap*, april 1991, 283-307.

GROGAN, J., Dismissal, discrimination and unfair labour practices, Lansdowne, Juta, 2005, 549 p.

GUILD, E., "The EC Directive on race discrimination: Surprises, possibilities and limitations", *Industrial Law Journal* December 2000, afl. 4, 416-423.

GUTTO, S. B. O., Equality and non-discrimination in South-Africa - the political economy of law and law making, Claremont, New Africa Education, 2001, 359 p.

HAVENGA, P., "Equality in insurance law - The impact of the Bill of Rights", *South-African Mercantile Law Journal* 1997, afl. 9, 275-290.

HAVENGA, P., "Transforming insurance law: the role of legislation", *South-African Mercantile Law Journal* 2002, afl. 14, 718-727.

HEMENWAY, D., "Propitious selection", *The Quarterly Journal of Economics* 1990, afl. 4, 1063-1069.

HENRARD, K., "De concepten redelijke aanpassingen, indirecte discriminatie en proportionaliteit" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 257-295.

HERVEY, T. K., "Thirty years of EU sex equality law: looking backwards, looking forwards", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, afl. 4, 307-325.

HERVEY, T. K., "EC Law on justifications for sex disrcimination in working life", *Bulletin of comparative labour relations* 2003, 103-152.

HERVEY, T.K., Justifications for sex discrimination in employment – current EC legal developments, Lexis Law Publishing, 1993, 300 p.

HILSON, C., "Discrimination in Community free movement law", *European Law Review* 1999, afl. oktober, 445-462.

HOFKENS, J. en DEMEESTERE, S., *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer Uitgevers / Ced.Samson, 2003, 192 p.

HOLMSTRÖM, B., "Moral hazard and observability", *The Bell Journal of economics*, afl. Spring, 74-91.

HOLZLEITHNER, E., "Mainstreaming equality: dis/entangling grounds of discrimination", *Transnational Law & Contemporary Problems* 2004-2005, afl. 14, 927-958.

HOREVOETS, C., "Vers une nouvelle lecture de la loi antidiscrimination à travers l'Arret n° 157/2004 de la Cour d'Arbitrage" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, Die Keure, Brugge, 2006, 17-42.

HOSKING, D., "Great expectations: protection from discrimination because of disability in Community Law", *European Law Review* 2006, afl. 31, 667-689.

HOSKING, D. L., "A High Bar for EU Disability Rights", (noot onder H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467), *Industrial Law Journal* juni 2007, afl. 2, 228-237.

HOUSE OF LORDS - EUROPEAN UNION COMMITTEE, "Sexual equality in access to goods and services - 27th Report of Session 2003-04", *www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldeucom/165/165.pdf* 22 september 2004, 1-66.

HOWARD, E., "The EU Race Directive: time for change?", *International Journal of Discrimination and the Law* 2007, afl. 8, 237-261.

HOY, M., "Categorizing risks in the insurance industry", *The quartely Journal of Economics* mei 1982, afl. 97, 321-336.

HOY, M., "The impact of imperfectly categorizing risks on income inequality and social welfare", *The Canadian Journal of Economics* 1984, afl. 3, 557-568.

HUGHES, P., "Disability discrimination and the duty to make reasonable adjustments: recent developments", *Industrial Law Journal* december 2004, 358-366.

HUMBLET, P. en VANLAERE, C., "De wet gelijkheid Man-vrouw: update", *T.S.R.* 2000, 351-406.

HUNSTEAD, L., "Characteristics of uninsured motorist", Californian Department of Insurance, Sacramento, *http://www.insurance.ca.gov/0400-news/0200-studies-reports/0600-research-studies/auto-policy-studies/upload/Characteristics-of-Uninsured-Motorist.pdf*, 1-102.

HUNTER, R.-M., *Indirect discrimination in the workplace*, Sidney, The Federation Press, 1992, 334 p.

INSERT, *Levensverzekeringen*, *http://www.insert.be/Pdf/TDM_hoofdstuk_4_leven.pdf*.

JACQMAIN, J., "Egalité entre travailleurs féminins et masculins", *Journal des Tribunaux Droit Européen* Januari 2004, afl. 105, 1-6.

JANS, J., "Doorwerking in de nationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht" in M. HERWEIJER, G. J. VONK en W. A. ZONDAG (eds.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester; Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer, Kluwer, 2006, 115-129.

JEGER, N. en CAUWENBERGH, P., "Individuele levensverzekeringen 'overlijden' en erfelijkheidsonderzoek: een kritische analyse van artikelen 5 en 95 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1996-97, 239-256.

JERRY, R. H. en MANSFIELD, K. B., "Justifying unisex insurance: another perspective", *The American University Law Review* 1984-1985, afl. 34, 329-368.

JOANIS, S., "Human Rights law in B.C.: the duty to accommodate to the point of undue hardship (reasonable accommodation)" – Memorandum prepared by the Canadian Human Rights Reporter for the British Columbia Human Rights Commission, *http://www.cdn-hr-reporter.ca/index.cfm?fuseaction=hrp.bcreasonableAccommodation#4*

KAAS, R., GOOVAERTS, M., DHAENE, J. en DENUIT M., *Modern actuarial risk theory, Second ed.,* Berlijn, Springer, 2008, 381 p.

KAPTEYN, P. J. G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 1370 p.

KLABUNDE, R.E., *Cardiovascular physiology concepts,* Philadelphia, Lippincot Williams & Wilkins, 2005, 265 p.

KENDE, M. S., "Gender stereotypes in South African and American Constitutional Law: The advantages of a pragmatic approach to equality and transformation", *South-African Law Journal* 2000, afl. 4, 745-770.

KERZMANN, L., "Le droit des assurance a l'épreuve de la Loi Antidiscrimination" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 1, Brugge, Die Keure, 69-109.

KERZMANN, L., "Du neuf en matière de clauses et de pratiques abusives en assurances de personnes", *DCCR* 2004, afl. 2, 39-63.

KIRBY, M., "Same-sex relationships: an Australian perspective on a Global Issue", in R. WINTEMUTE en M. ANDENAES, *Legal recognition of same-sexpartnerships*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 7-24.

KIMBALL, S., "Reprise on Manhart", *American bar foundation Research Journal* 1980, afl. 1980, 915-920.

KOK, A., "Motor vehicle insurance, the constitution and the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *South-African Journal of Human Rights* 2002, afl. 18, 59-85.

KOK, A., "The promotion of equality an prevention of unfair discrimination act: why the controversy?", *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2001, afl. 2, 294-310.

KOOPMAN, B., "De bijzondere inkadering van de algemene kaderrichtlijn", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2001, afl. 5, 126-130.

KOUKOLIS-SPILIOTOPOULOS, S., "The amended equal treatment Directive (2002/73): an expression of constitutional principles/fundamental rights", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, afl. 4, 327-369.

KROIS, C., "Directive 2004/113/EC on sexual equality in access to goods and services: progress or impasse in European sex discrimination law?", *Columbia Journal of European Law* 2005, 323-338.

KRUITHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen", *T.P.R.* 1994, 171-720.

LANDY, F.J. en SALAS, E., Employment discrimination litigation: behavioral, quantitative, and legal Perspectives, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, 638 p.

LAYCOCK, D. en SULLIVAN, T., "Sex Discrimination as "actuarial equality": a rejoinder to Kimball", *American Bar Foundation Research Journal* 1981, 220-228.

LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlijn, Beck, 1960.

LEMMENS, K. en VAN DROOGHENBROECK, S., "Les nouvelles initiatives législatives Européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination - Un corpus juris en quête de cohérence" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 78-125.

LEMMENS, T., Genetic information and insurance: a contextual analysis of legal and regulatory means of promoting just distributions - doctoraatsthesis Rechtsfaculteit McGill Universiteit Montreal, Toronto, februari 2003, 433 p.

LEMMENS, T., "Selective Justice, genetic discrimination, and insurance: should we single out genes in our laws?", *Mc Gill Law Journal* 2000, afl. 45, 347-412.

LEMMENS, T., ""What about your genes?" Ethical, legal and policy dimensions of genetics in the workplace", *Politics and Life Sciences* 1997, afl. 1, 57-75.

LEMMENS, T. en THIERY, Y., "Insurance and human rights: what can europe learn from canadian anti-discrimination Law?" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et Assurance*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, 253-293.

LENAERTS, K., "L' égalité de traitement en droit communautaire - Un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de Droit Européen* 1991, 3-41.

LENAERTS, K. , "Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht" in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 47-84.

LENAERTS, K., "Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union", *The Columbia Journal of European Law* Winter 2000, afl. 1, 1-25.

LENAERTS, K. en ARTS, D., *Europees Procesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 611 p.

LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees Recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2008, 625 p.

LEWAN, K. M., "The significance of constitutional rights for private law: theory and practice for West-Germany", *International & Comparative Law Quarterly* 1968, 571-601.

LIEBENBERG, S., "The new equality legislation: can it advance socio-economic rights? ", *Economic and Social Rights Review* 2000, afl. 3, 7-10.

LIEBENBERG, S. en O'SULLIVAN MICHELLE, "South Africa's new equality legislation - A tool for advancing women's socio-economic equality" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), *Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere*, Lansdowne, Juta Law, 2002, 70-103.

LOENEN, T., "Towards a common standard of achievement? Developments in international equality law" in F. DU BOIS, A. FAGAN, S. JAGWANTH e.a. (eds.), *Equality Law: Reflections from South Africa and elsewhere*, Lansdowne, Juta Law, 2002, 197-213.

LOENEN, T., "Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspektief", in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 783-799.

LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., "International consumer contracts in the new Rome I-Regulation: how much does the regulation change?", *European Journal of Consumer Law* 2008, 345-385.

MACDONNELL, P., "Equal Treatment Directive misunderstands risk and threatens insurance markets", *Iea - Economic Affairs* maart 2005, 48-52.

MARTIN, D., "L'arret Mangold - Vers une hiérarchie inversée du droit a l'égalité en droit communautaire", *Journal du Tribunaux de Travail* 2006, 109-116.

MARTIN, D., "De Mangold à Bartsch: heurts et malheurs du principe d'égalité en droit communautaire", *Journal des Tribunaux du Travail* 2008, 425-429.

MCCRUDDEN, C., "Rethinking Positive Action", *Industrial Law Journal* 1986, 219-243.

MCDONALD, O., "Sex discrimination and annuities - Presentation at the public hearing on 'sex discrimination outside the workplace' at the European Parliament", *http://www.europarl.eu.int/hearings/20030910/femm/mcdonald.pdf* 10 September 2003, 1-7.

MEENAN, H., "Age equality after the employment directive", *Maastricht Journal* 2003, afl. 1, 9-38.

MILLIBANK, J., “Which, then, would be the ‘husband’ and which the ‘wife’? Some introductory thougts on contesting ‘the family’ in Court”, *E-law* 1996, afl. 3, http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v3n3/millbank.html.

MILLER, R. A., "Discrimination by gender in automobile insurance: a note on Hartford Accident and Indemnity Co. v. Insurance Commissioner", *Duquesne Law Review* 1984-1985, 621-630.

MILLER, R. A., "How to discriminate by sex: federal regulation of the insurance industry", *Connecticut Law Review* 1984-1985, afl. 17, 567-594.

MOLLOY, A., "Disability and the duty to accommodate", *Canadian Labour Law Journal* 1992 , afl. 1, 23-45.

MONAGHAN, K., *Equality Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 768 p.

MONTALTI, M. en BELLENGÈRE, A., “Is a right to affirmative action the solution to the Orwellian postulate that all are equal but…”, *Transformation: Critical Perspectives on Southern Africa* 2008, afl. 65, 146-194. Zie ook http://muse.jhu.edu/journals/transformation/v065/65.1montalti.pdf.

MOON, G., "From equal treatment to appropriate treatment: what lessons can Canadian equality law on dignity and on reasonable accommodation teach the United Kingdom", *European Human Rights Law Review* 2006, afl. 6, 695-721.

MORE, G., "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?" in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 517-553.

MOREAU, M.-A., "Les justifications des discriminations", *Droit Social* 2002, afl. 12, 149-172.

MOREAU, S. R., "The wrongs of unequal treatment", *University of Toronto Law Journal* 2004, afl. 54, 291-326.

MORRIS, A., "Constitutionalising equality in the European Union: tolerance and hierarchies", *International Journal of Discrimination and the Law* 2005, afl. 8, 33-52.

MOULTRIE, T. A. en THOMAS, G., "The right to underwrite? An actuarial perspective with a difference.", http://www.guythomas.org.uk/pdf/rtu.pdf, 1-13.

NEUNER, J., "Protection against discrimination in European Contract Law", *European review of Contract Law* 2006, afl. 1, 35-50.

NIENABER, A. G. en VAN DER NEST, D., "An exploration of the impact of a claimant's HIV/AIDS status on a personal injury claim", *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2002, afl. 2, 290-307.

NIPPERDEY, H. C., "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", *Die Grundrechte*, Vol. IV/2, 1962, 742.

NOWELL-SMITH, H. en O'REILLY, H., "A triumph of substance over form in how discrimination law treats obesity", *The Canadian Bar Review* 2003, afl. 84, 681-710.

NTLAMA, N., "The challenge for democracy: doing justice for person living with HIV/AIDS", *African Dreams* 2004, 1-7.

NYS, H., “De Wet betreffende de rechten van de patiënt”, *R.W.* 2002-2003, 1121-1133.

O'CONNELL, R., "The role of dignity in equality law: lessons from Canada and South-Africa", *International Journal of Constitutional Law* April 2008, afl. 6, 267-286.

OLIVER, M., “Social policy and disability: some theoretical issues”, *Disability & Society* 1986, afl. 1, 5-17.

OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, Zakboekje 2009, http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2009.pdf, 1-101.

OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Zakboekje 2008,* *http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2008.pdf*, 1-134.

OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, Zakboekje 2007, *http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2007.pdf*., 1-160.

OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, *Jaarverslag 2004*, http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2004.pdf*,* 1-72.

OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN, Jaarverslag 2003, *http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2003.pdf*, 1-70.

ONUSKO, K., "Equality Rights Background", *http://www.law.ualberta.ca/centres/ccs/issues/equalityrightsbackground.php#footnotes*, Centre for Constitutional Studies, Alberta Law Foundation.

PALMER, D. E., "Insurance, risk assessment and fairness: an ethical analysis" in P. FLANAGAN, P. PRIMAUX en W. FERGUSON (eds.), *Insurance ethics for a more ethical world*, Research in ethical issues in organizations, Vol. 7, Oxford, Elsevier, 2007, 113-126.

PARIS, C., "Le sexe, élément d'apréciation du risque?" in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, 55-60.

PARIS, C., "Segmentation et sélection des risques" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIème siècle*, Bulletin des Assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 57-88.

PARTINGTON, J. en VAN DER WALT, A., "The Development of Defences in Unfair Discrimination Cases (Part1)", *Obiter* 2005, 357-370 *Obiter* 2005, 595-608.

PICARD, P., "Les frontières de l'assurabilité", *Risques* juni 2003, afl. 54, 65-66.

PICARD M. en BESSON A., "Le contrat d'assurance", in A. BESSON (ed.) *Les assurances terrestres*, Parijs, Librairie LGDJ, 1982, 18.

PILGERSTORFER, M. en FORSHAW, S., "Transferred discrimination in European Law" (noot onder H.v.J. 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, *Jur.* 2008, I-5603), *Industrial Law Journal* 4 december 2008, afl. 4, 384-393.

PITREBOIS, S., DENUIT, M. en WALHIN, J.-F., "Document: Bonus-Malus: wat nu?", *De Verz.* maart 2003, afl. 569, 1-12.

PITYANA, B., "The Promotion of Equality and Prevention on Unfair Discrimination Act 4 of 2000", *Codicillus* 2003, afl. 44, 2-9.

POPELIER, P., "Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden" in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 245-286.

PRECHAL, S., "Combatting indirect discrimination in Community law context", *Legal issues of Economic Integration* 1993, 81-97.

PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 349 p.

QUIN, M. en MACGOWAN, N., "Could article 30 impose obligations on individuals?", *European Law review* 1987, afl. 12, 163-178.

QUINN, G., "Disability discrimination law in the European Union" in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union - understanding the article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 231-277.

RAWLS, J., *A theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 538 p.

RAHMÉ, A., HENDRICKX, F., VANACHTER, O. en VAN BEVER, A., *Discriminatie op grond van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 175 p.

RAMAROSON, M., *The human right of HIV positive persons tot non-discrimination in getting life insurance in South-Africa*, Pretoria, University of Pretoria - http://www.up.ac.za/dspace/bitstream/2263/1071/1/ramaroson_m_1.pdf, 2003, 58 p.

RAUTENBACH, I., "The bill of rights applies to private law and binds private persons", *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2001, 296-316.

RÉAUME, D., "Discrimination and dignity", *Louisiana Law Review* 2003, 645-695.

RÉAUME, D., *Discrimination law: equality in the private sector*, 1, Toronto, University of Toronto Faculty of Law, 2005-2006, 727p.

RÉAUME, D., “Harm and fault in discrimination law: the transition form intentional to adverse effect discrimination”, *Theoretical inquiries in Law* 2001, afl. 2, 349-385.

REES, N., LINDSAY, K. en RICE, S., *Australian anti-discrimination law: text, cases and materials,* Annandale, The Federation Press, 2008, 756 p.

RENAULD, B., "Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations" in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, 108, Luik, Anthemis - Commission Université-Palais, 2009, 7-61.

RICHARDS, S., "Sexual differentials in mortality", *The Actuary* 2004, afl. januari/februari, 34-35.

RIGAUX, F., La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Brussel, Bruylant, 1990, 849 p.

RIMANQUE, K., “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1992-1993, 6-15.

RIMANQUE, K. en PEETERS, P., "De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 1-91.

ROBICHAUX, C. J., "Norris v. Arizona: a move towards unisex insurance", (noot onder United States Supreme Court 6 juli 1983, *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans* v. *Norris*, 463 *U.S.* 1073), *Louisiana Law Review* 1984-1985, afl. 45, 149-162.

ROBINSON, D. en RICHARDS, S., “anti-selection and annuity pricing”, *The Actuary* 2005, 32.

ROSS, A., *On Law and Justice*, Berkeley – Los Angeles, University of California Press, 1959, 383 p.

ROGERS, N. en SCANNELL, R., *Free movement of Persons in the Enlarged European Union*, Londen, Sweete & Maxwell, 2005, 685 p.

ROTSCHILD M. en STIGLITZ J., “Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information, *The quarterly of Economics* 1976, 629-649.

RUBEN, L. J. en ELLIOT, S. A., "Sex discrimination and sex-based mortality tables", *Boston University Law Review* 1973, afl. 53, 624-656.

RYAN, S. R., "The elimination of gender discrimination in insurance pricing: does automobile insurance rate without sex?", *Notre Dame Law Review* 1986, afl. 61, 748-776.

SAMOY, I. en THIERY, Y., "De wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en Contracten*, 1, Brugge, Die Keure, 2006, 1-16.

SAMSON, M., "Le droit d'égalité dans l'accès aux biens et aux services: l'originalité des garantie offertes par la Charte québécoise", *Revue de droit universite de Sherbrooke* 2008, 413-481.

SCHELHAAS, H.N., *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 567 p.

SCHERMERS, H. G. en WAELBROECK, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, Den Haag - Londen - New York, Kluwer Law International, 2001, 889 p.

SCHIEK, D., Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 498 p.

SCHIEK, D., "Freedom of contract and a non-discrimination principle - Irreconcilable antonyms?" in T. LOENEN en P. RODRIGUES (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers - Kluwer Law International, 1999, 77-89.

SCHIEK, D., "Implementing EU Non-Discrimination Directives: Typologies of legal transplanting" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve, Maklu / Academia Bruylant, 2007, 47-112.

SCHIEK, D., "Indirect discrimination" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 323-475.

SCHIEK, D., "A new framework on equal treatment op persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EEC in context", *European Law Journal* Juni 2002, afl. 2, 290-314.

SCHIEK, D., WADDINGTON, L., en BELL, M., *Cases, Materials and text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, 997 p.

SCHMIDT, M., "The principle of non-discrimination in respect of age: dimensions of the ECJ's *Mangold* Judgment", *German Law Journal* 2006, afl. 5, 505-524.

SCHOORENS, G., "Segmentering en discriminatie" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen, Maklu - Academia Bruylant, 1998, 217-277.

SCHUERMANS, L., *Grondslagen van het Belgisch Verzekeringsrecht*, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2008, 852 p.

SEINER, J. A., "Disentangling disparate impact and disparate treatment", *Yale Law and Policy Review* 2006, afl. Fall, 95-140.

SELMI, M., "Was the disparate impact theory a mistake?", *UCLA Law Review* 2005-2006, afl. 3, 701-782.

SHAVELL, S., "On moral Hazard and insurance", *The quartely Journal of Economics* november 1979, 541-562.

SHEPPARD, C., "Of forest fires and systemic discrimination: A review of British Columbia (Poblic Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.", *McGill Law Journal* 2001, 533-559.

SIEGELMAN, P., "Adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat", *Yale Law Journal* 2003-2004, afl. 6, 1223-1282.

SMALL, J. en GRANT, E., "Dignity, discrimination and context: new directions in South African and Canadian human rights law", *Human Rights Review* 2005, afl. 2, 25-63.

SOMMERIJNS, L. en DE WILDE, I., "Gelijkheid anders dan op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen", *T.S.R.* 2003, afl. 4, 585-628.

SOMMERIJNS, L. en DE WILDE, I., "Gelijkheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenen", *T.S.R.* februari 2003, 261-289.

SOMMERIJNS, L., “Pensions complémentaires – les cohabitants légaux et les mariés doivent être traités de la même manière”, *Life & Benefits* 2009, afl. 5, 1-8.

SOMMERIJNS, L., "Discriminatie in aanvullende pensioenstelsels", *T.S.R.* 2009, afl. 2, 131-285.

SOTTIAUX, S., "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 227-256.

SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J., “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 96, 5.

STEINDORFF, E., "Freedom of services in the EEC", *Fordham International Law Journal* 1987-1988, 347-408.

STEELE, J., *Risks and legal theory*, Portland – Oregon, Hart Publishing, 2004, 216 p.

STEVENS, Y., Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen - Proefschrift ingediend met het oog op het verwerven van de academische graad van Doctor in de Rechten, Leuven, 2002, 558 p.

STEVENS, Y. en VAN BUGGENHOUT, B., "Gelijke beloning en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid" in O. VANACHTER (ed.), *Gelijke behandeling en arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 105-146.

STEVENS, Y., DE BRABANTER, V., GIESELINK, G., PETRY, V., ROELS, P., *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen, Kluwer, 2004, 672 p.

STORME, M. E., "Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat", *De juristenkrant* 6 november 2002, afl. 57, 4-4.

STORME, M. E., "De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij" in UFSIA (ed.), *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 147-188.

STRAETMANS, G. en SLOT, P. J., "Europees vrij verkeer versus polisvoorwaarden" in T. HARTLIEF en M. M. MENDEL (eds.), *Verzekering en Maatschappij*, Kluwer - Meijers Instituut, Deventer - Leiden, 2000, 343-370.

STUYCK, J., noot onder H.v.J. 9 juni 1992, Etablissements Delhaize Freres et Compagnie Le Lion SA/Promalvin SA en Bodegas Unidas SA, C-47/90, *Jur.* 1992, I-3669, Common Market Law Review 1993, afl. 30, 847-860.

SUDRE, F., PICHERAL, C., PRISO-ESSAWE, S. e.a., "Droit Communautaire des droits fondamentaux - Chronique de la Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2001, 797-823.

SUETENS, L. P., "De rechtspraak van het arbitragehof" in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerp, Kluwer Rechtswetenschappen Belgium, 1990.

SUNSTEIN, C. R., "Cost-benefit analysis without analyzing cost or benefits: resaonable accomodation, balancing and stigmatic harms", *Chicago John M. Olin Law & economics Working Paper No. 325, http://www/law.uchicago.edu/lawecon/index.html,* zie ook *http://ssrn.com/abstract_id=959712* januari 2007, 1-15.

SZYSCZAK, E., "Differences in pay for part-time work", *Modern Law Review* 1981, 672-682.

TAELMAN, P., "Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 203-260.

TEST-ACHATS, “Assureur direct? Oui mais!”, *Budget & Droits* Januari-Februari 2010, afl. 208, 39-42.

TERMOTE, K., “Medische index: modaliteiten vastgelegd, maar controversieel”, *Balans* 2010, afl. 624.

TERMOTE, K., "Voortaan levenslange dekking in aanvullende ziekteverzekeringen", *Balans* 30 september 2007, afl. 571, 1-5.

TERMOTE, K., “Aanvullende pensioenen in een nieuw kleedje. De beginselen van non-discriminatie in de wet op de aanvullende pensioenen”, in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Reeks CRIS, 12, 1998, 357-371.

THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel - Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor "corrigerende ongelijkheden" en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *De doorwerking van het publiek recht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys& Breesch, 1997, 129-181.

THIERY, Y., “Het Europees geslachtsdiscriminatieverbod in verzekeringen: receptie en (anti-)conceptie in het lidstatelijke recht”, *http://www.rechten.unimaas.nl/iuscommune/prize/pdf/2008_Thiery.pdf* 2008, 1-34.

THIERY, Y., "Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten: is er leven na 21 december 2007?", *R.W.* 1 november 2008, afl. 9, 346-359.

THIERY, Y., "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht", *T.B.H.* 2007, afl. 8, 747-772.

THIERY, Y ., "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht" in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, september 2007, 20-55.

THIERY, Y., "Het Europees geslachtsdiscriminatieverbod in verzekering: status quo of nieuwe injectie?", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* december 2007, afl. 6, 282 -292.

THIERY, Y ., "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen" (noot onder Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005), *T.B.H.* 2005, afl. 6, 682-688.

THIERY, Y., "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *T.B.H.* maart 2003, afl. 8, 646-660.

THIERY, Y., "De basis-bankdienst: redder in nood?", *D.C.C.R.* januari 2004, afl. 62, 3-25.

THIERY, Y. en DE GRAEVE, A., "Bonus en malus van de verplichte Bonus-Malus ", (noot onder H.v.J. 7 september 2004, C-346-02, *Commissie*/*Groot-Hertogdom Luxemburg, Jur.* 2004; H.v.J. 7 september 2004, C-347-02, *Commissie*/*Frankrijk, Jur.* 2004), *T.B.H.* oktober 2005, afl. 8, 842-846.

THIERY, Y. en DE GRAEVE AN, noot onder H.v.J. 7 september 2004, C-347-02, *Commissie*/*Frankrijk, Jur.* 2004, *Euredia* februari 2006, afl. 2005/2, 176-183.

THIERY, Y. en VAN SCHOUBROECK, C., "Discriminatie in verzekering" in H. COUY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 30, Brugge, Die Keure, 2004-2005, 27-46.

THIERY, Y. en VAN SCHOUBROECK, C., "Fairness and equality in insurance classification ", The Geneva Papers for Risk and Insurance - Issues and Practice - Special issue on Law and Economics and International Liability Regimes April 2006, afl. 31, 190-211.

THOMAS, G., "Some novel perspectives on risk classification", *Geneva Papers on risk and insurance* 2007, 105-132.

THYS, R., "Segmentatie in de verzekering B.A. Motorrijtuigen" in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIième siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 93-111.

TOBLER, C., "Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht" in S. BURRI (ed.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2004, 123-133.

TOBLER, C., Indirect Discrimination- A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC Law, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2005, 515 p.

TOWNSHEND-SMITH, R., *Discrimination Law: Text, cases and materials*, Londen, Cavendish Publishing Limited, 1998.

TRIDIMAS, T., *The general principles of EC law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 377 p.

TRIDIMAS, T., *The General principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 591 p.

TROCH, K. “Artikel 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst” in H. COUSY, L. SCHUERMANS, K. BERNAUW en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Verzekeringen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, *losbladig*, 1-64.

TURNER, R., “Thirty years of “Title VII” regulatory regime: rights, theories, and realities”, Alabama Law Review 1995, afl. Winter, 375-485.

TYSON, A., "The negotiation project of the European Community Directive on racial discrimination", *European Journal of Migration and the Law* 2001, afl. 3, 199-229.

UK HM TREASURY, "The publication of data associated with the use of gender in the assessment of insurance risks: Government response to consultation", *http://www.hm-treasury.gov.uk/media/7/2/consult_gender_insurance_response141107.pdf* november 2007, 1-36.

UNDERWOOD, B. D., "Law and the cryslat ball: predicting behavior with statistical inference and individualized judgment", *Yale Law Journal* 1978-1979, afl. 7, 1408-1448.

VAN BOOM, W., "Insurance law and economics: an empirical perspective" in M. FAURE en S. FRANK (eds.), *Essays in the law and economics of regulation - in honour of Anthony Ogus*, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2008, 253-276.

VAN DEN LANGENBERGH, K., "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse" in UFSIA (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2003, 574-610.

VAN DONINCK, H., “Assuralia publiceert open brief aan politici”, *De Verz.* 16 tot 31 mei 2007, 22.

VAN DROOGHENBROECK, J.-F. en VAN DROOGHENBROECK, S., "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données" in B. DUBUISSON en P. JADOUL (eds.), *Du neuf en assurance automobile*, Luik, Louvain-la-Neuve, 2004, 61-133.

VAN DROOGHENBROECK, S., "Observations relatives a la proposition de loi (4-352/1) modifiant l'article 10 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes en vue d'introduire la dérogation permise ŕ l'article 5 de la directive 2004/113/CE du Conseil", *discussienota naar aanleiding van de hoorzitting in de senaat inzake wetsvoorstel 4-352/1* 22 november 2007, 1-10.

VAN EGMOND, S. C. W., *Is verzekeren moeilijk?*, Amsterdam, NIBE-SVV, 2002, 190 p.

VAN GERVEN, W., "Politics, ethics and the law - Legal practice & Scholarship", *www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm*, 1-26.

VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenisserecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

VAN HAVERE, K., "Indirecte discriminatie op grond van geslacht in de sociaalrechtelijke sfeer", *Jura Falconis* 1995-1996, 453-483.

VAN LEUVEN, N., Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht, Antwerpen, Intersentia, 2009, 581 p.

VAN LEUVEN, N., "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde: recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief, Antwerpen, Intersentia, 2006.

VAN OEVELEN, A., "De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *R.W.* 2003-2004, afl. 28, 1081-1097.

VAN OEVELEN, A. "Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), Algemene Rechtsbeginselen, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 95-157.

VAN OEVELEN, A., "Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 421-461.

VAN OEVELEN, A., “Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private* verhoudingen, Antwerpen, Kluwer, 1982, 93-147.

VAN OLDENEEL, C.-A. en DE CLIPPELE, F., "Verzekeraars staan klaar om de anti-discriminatiewet toe te passen", *Assurinfo* 2002, afl. 40, 3-7.

VAN OEVELEN, A. en CAUFFMAN, C., "Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008 - XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 439-517.

VAN OEVELEN A. en DIRIX E., “Kroniek van het verbintenissenrecht 1985-1992”, *R.W.* 1992-1993, 1209-1237.

VAN REMOORTEL, F., “De discriminatiewet: een wet met een potentieel grote impact”, *R.A.B.G.* 2003, 510-513.

VAN SCHOUBROECK, C., "The new European conflicts-of-law rules from an insurance perspective", *European Journal of Consumer Law* 2009, afl. 4, 729-775.

VAN SCHOUBROECK, C., "Wanneer is een nationale bepaling van "algemeen belang"?" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Antwerpen-Apeldoorn / Louvain-la-Neuve, Maklu / Academia-Bruylant, 1998, 340-362.

VAN SCHOUBROECK, C. en THIERY, Y., "Discriminatie en Verzekering", *R.W.* 2006-2007, afl. 7, 263-286.

VAN SCHOUBROECK, C. en THIERY, Y., "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn/ Louvan-La-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant, 2007, 137-205.

VAN SCHOUBROECK, C. en THIERY, Y., "Statistiek en dat beetje meer: bewijs van het juridisch geoorloofd segmenteren" in OMBUDSMAN VAN DE VERZEKERINGEN (ed.), *Zakboekje 2006*, *http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2006.pdf*, 3/92-3/95.

VAN SCHOUBROECK, C. en THIERY, Y., "Proposal for a Directive on sex discrimination: civil rights "individualistic" tradition vs. insurance "group" tradition", *Euredia* 2003, afl. 4, 585-612.

VAN SCHOUBROECK, C. en THIERY, Y., “Enkele aandachtspunten bij een Europese regeling tot horizontalisering van het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen in de Europese verzekeringsmarkt”,

Presentation by Prof. Dr. Caroline VAN SCHOUBROECK, Public Hearing on "sex discrimination outside the workplace 10 september 2003, Europees Parlement, www.europarl.europa.eu/hearings/20030910/femm/vanschoubroeck_nl.pdf, 1-9.

VAN SCHOUBROECK, C., JOCQUÉ, G., DE GRAEVE, A., DE GRAEVE, M. en COUSY, H. "Overzicht van rechtspraak verzekeringen. Wet op de landverzekeringsovereenkomst (1992-2003)", *T.P.R.* 2003, 1781-2045.

VAN WYK, C., "The constitution, unfair discrimination and the right to underwrite", *Codicillus* 1997, afl. 1, 34-46.

VANDER BEKEN, T., "Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 261-276.

VANDERSCHOT, K., "De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, Die Keure, Brugge, 2006, 43-68.

VELAERS, J., "De anti-discriminatiewet en de botsing van grondrechten" in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 327-387.

VELAERS, J., "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen" in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 287-326.

VELAERS, J., ""De objectieve en redelijke rechtvaardiging" als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken"" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn/ Louvan-La-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant, 2007, 85-112.

VELAERS, J., "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *T.B.P* 2004, afl. 10, 601-614.

VELAERS, J. en VAN DROOGHENBROECK, S., "Nota over een transversale bepaling in de Grondwet over de beperkingen van rechten en vrijheden", in *De transversale bepalingen inzake rechten en vrijheden*, Verslag van de werkgroep belast met het onderzoek van titel II van de Grondwet uitgebracht door mevr. Claes en Dhr. Viseur, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 2304/001.

VERHELST, I. en DE WILDE, I., "De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht", *N.J.W.* 9 april 2003, afl. 28, 438-450.

VICK, D. W., "Disparate effects and objective justifiations in sex discrimination law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2001, 3-38.

VICKERS, L., Religion and belief discrimination –The EU Law, European Commission, DG for employment, Social affairs and Equal opportunities, http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1689&langId=en, 1-76.

VIZKELETY, B., *Proving discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, 251 p.

VOGT, G. S., "Non-discrimination on the grounds of race in South-Africa - with special reference to the promotion of equality and prevention of unfair discrimination act", *Journal of African Law* 2001, afl. 2, 196-209.

VRIELINK, J., "De Belgische anti-discriminatiewet. Een kritische bespreking" in X (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2003, 189-244.

VRIELINK, J. en DE PRINS, D., "Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving", *T.B.P.* 2009-2010, 577-614.

WADDINGTON, L., "Article 13 EC: Setting priorities in the proposal for a horizontal employment Directive", *Industrial Law Journal* 2000, afl. 2, 176-181.

WADDINGTON, L ., "Reasonable Accomodation" in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 629-756.

WADDINGTON, L., "Recent developments and the non-discrimination directives: *Mangold* and more", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, afl. 3, 365-373.

WADDINGTON, L., "When it is reasonable for europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is reasonable from a comparative perspective", *Comparative Labour Law and Policy* 2008, afl. 3, 317-340.

WADDINGTON, L. en BELL, M., "Reflecting on inequalities in European equality law", *European Law Review* 2003, afl. 28, 349-369.

WADDINTON, L. en BELL, M., "More equal than others: distinguishing European Union Equality directives", *Comman Market Law Review* 2001, afl. 38, 587-611.

WADDINGTON, L. en DILLER, M., "Tensions and coherence in disability policy: the uneasy relationship between social welfare and civil rights models of disability in American, European and international employment law", http://www.dredf.org/international/waddington.html.

WADDINGTON, L. en GIJZEN, M., "(Her)definitie van het begrip 'handicap' in de EG en Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* december 2006, afl. 12, 270-279.

WAGNER, G. G., "Aktueller Kommentar", *Economic Bulletin* oktober 2003, afl. 10.

WALEFFE, A., "La transposition, dans le secteur des assurances, de la directive 2004/113/CE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine des biens et services: aperçu des options ouvertes au législateur belge" in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve, 2007, 113-134.

WANSINK, J. H., *Acceptatie en naselectie bij verzekering*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, 41 p.

WANSINK, J. H., "Ongelijke behandeling m/v bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen - Advies in opdracht van de CGB", http://www.cgb.nl/_media/downloadables/Advies_Wansink.pdf 2007, 1-13.

WELLENS, V., "De beperkingen op de locus standi voor particulieren in het rechterlijk systeem van de Europese Gemeenschap", *Jura falconis* 2001-2002, 369-408.

WESTEN, P., "The empty idea of equality", *Harvard Law Review* Januari 1982, afl. 95, 537-596.

WEYTS, B., "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen" in J. ROGGE (ed.), *Tijdschrijft voor Verzekeringen - Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier 13, Mechelen, Kluwer, september 2007, 7-19.

WEYTS, B., "Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandshuwelijk?" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.) *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 726-754.

WEYTS, B., "Gelijkheid onder verzekerden" in X. (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht - Gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 2009, 241-281.

WEYTS, B., "Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet", *N.J.W.* 2004, afl. 85, 1082-1091.

WHITTLE, R., "The framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective", *European Law Review* 2002, 303-326.

WIELS, P., "Europees parlement schokt verzekeraars", *De Verz.* april 2004, 22-26.

WILS, W., "Insurance Risk Classifications in the EC: Regulatory Outlook", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, afl. 3, 449-467.

WISSINK, M. H., Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Deventer, Kluwer, 2001, 448 p.

WOLKINSON, B.W. en BLOCK, R.N., *The workplace rights of employees and employers*, Oxford, Blackwell Publishing, 1996, 326 p.

WORTHAM, L., "The economics of insurance classification: The sound of one invisible hand clapping", *Ohio State Law Journal* 1986, afl. 47, 835-890.

WORTHAM, L., "Insurance classification: too important to be left to the actuaries", *Michigan Journal of Law Reform* 1985-1986, 349-423.

WOUTERS, J., "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen", *R.W.* 1994-1995, afl. 41, 1385-1396 *R.W.* 1994-1995, afl. 42, 1417-1431.

WOUTERS, J., "The Principle of non-discrimination in European Community Law", *EC Tax Review* 1999, afl. 2, 98-106.

WOUTERS, T., *Enkele aspecten van segmentering in de verzekeringspraktijk,* Leuven, eindverhandeling aangeboden tot het behalen van de graad van gediplomeerde in de gespecialiseerde studies actuariële wetenschappen, 1996, 89 p.

X, "European Court of Justice Case Law Update - Case C-144/0 Mangold v. Rüdiger Helm", *European anti-discrimination law review* 2006 april, afl. 2, 42-46.

X, “Cap on Employment Insurance special benefits discriminatory”, Human Rights Digest juni/juli 2001, *www.cdn.-hr-reporter.ca/HRDigest-01-05.pdf*.

X, “Southern Africa: Life insurance for HIV-positive people, at a price”, IRIN Humanitarian News Analysis 22 oktober 2009, *http://www.irinnews.org/report.aspx?ReportId=86698*.

X, “Assuralia voorspelt duurdere premies”, *De Standaard*, 15 februari 2007.

X, “Uniseksverplichting schudt Belgische markt doorheen”, *De Standaard* 7 januari 2008*,* E 2-3.

X, “Hospitalisatieverzekeringen: duur, duurder, duurst!”, Persbericht Test-Aankoop, 22 februari 2010, *http://www.test-aankoop.be/verzekeringen/hospitalisatieverzekeringen-duur-duurder-duurst-s638893.htm*.

X, “Medische indexen voor 2009 gepubliceerd”, *Balans* 2010, afl. 525, 8.

X, “Test-Aankoop naar rechtbank tegen discriminaties in hospitalisatieverzekeringen”, *De Morgen* 27 maart 2010.

X, “Ook Assuralia vecht wet hospitalisatieverzekeringen aan”, *De Standaard* 23 februari 2010.

X, “Medische index onder vuur”, *De Standaard* 24 februari 2010.

X, “Assuralia wil toegang zwaar zieken tot schuldsaldoverzekering aanvechten”, De Morgen 23 juni 2010, *http://www.demorgen.be/dm/nl/996/Economie/article/detail/1123900/2010/06/23/Assuralia-wil-toegang-zwaar-zieken-tot-verzekering-schuldsaldo-aanvechten.dhtml*.

X, “Verzekeraars vechten verzekering voor zwaar zieken aan”, *De Standaard* 23 juni 2010.

AFKORTINGEN

Algemene anti-discriminatiewet	Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie
Anti-discriminatiewet van 2003	Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
Anti-racismewet	Wet van van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, zoals gewijzigd door de Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden
Arr. Cass.	Arresten van het Hof van Cassatie
Artikel 19-Richtlijnen	Verzameling van de op grond van artikel 13 van het E.G.-Verdrag (huidig artikel 19 van het Werkingsverdrag) uitgevaardigde richtlijnen (Rasrichtlijn, Kaderrichtlijn arbeid en Genderrichtlijn), naargelang de context uitgebreid met het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid.
AWGB	Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling van 2 maart 1994
B.S.	Belgisch Staatsblad
Bewijslastrichtlijn	Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht
BFOR	Bona Fide Occupational Requirement
Bonus-malus arresten van 2004	H.v.J. 7 september 2004, Commissie/Luxemburg, C-346/02 en H.v.J. 7 september 2004, Commissie/Frankrijk, C-347/02
BUPO-verdrag	Internationaal verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten
CBFA	Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen
Controlereglement	K.B. van 22 februari 1991 houdende het algemeen controlereglement
Controlewet	Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen
D.C.C.R.	Droit de la Consommation – Consumentenrecht
De wetgeving van 10 mei 2007	Verzamelterm voor de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen en de Wet van van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, zoals gewijzigd door de Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden
Derde Richtlijn Leven	Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG

Derde Schadeverzekeringsrichtlijn	Richtlijn 92/49/EEG van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG
E.G.	Europese Gemeenschap
E.G.-Verdrag	Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte (lidstaten van de EU aangevuld met Noorwegen, Liechtenstein en Ijsland)
Eerste Schadeverzekeringsrichtlijn	Eerste Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan
EESC	Europees Economisch en Sociaal Comité (ECOSOC)
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Employment Equity Act	Zuid-Afrikaanse
EU	Europese Unie
EU-Verdrag	Verdrag van 7 februari 1992 tot oprichting van de Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Genderrichtlijn aanvullende sociale voorzieningen	Richtlijn 86/378/EEG van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings - en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (zoals gewijzigd door Richtlijn 79/7/EG)
Genderrichtlijn arbeid	Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep
Genderrichtlijn	Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten
Genderwet	Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen
Gender-wijzigingswet	Wet van 21 december 2007 tot wijziging van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden
H.v.J.	Hof van Justitie
Handvest van de Grondrechten	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zoals gezaamenlijk ondertekend en plechtig afgekondigd door het Europees , de Raad en de Commissie op 7 december 2000 te Nice en aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg

Interpretatieve Mededeling Algemeen Belang	Interpretatieve mededeling van de Commissie van 16 februari 2000, 2000/C43/03, “Vrij verrichten van diensten en algemeen belang in het verzekeringsbedrijf”
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie en van het Gerecht van eerste aanleg
K.B.-leven	Koninklijk Besluit van 14 november 2003 met betrekking tot de levensverzekeringsactiviteit
Kaderrichtlijn arbeid	Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep
Levensverzekeringsrichtlijn	Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering
N.J.W.	Nieuw Juridisch Weekblad
NCJM-Bulletin	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten – Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
Nederlands Besluit Gelijke Behandeling	Koninklijk Besluit van 18 augustus 1994 houdende nadere omschrijving van gevallen waarin het geslacht bepalend is, van gevallen waar het de bescherming van de vrouw betreft, van gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn en van gevallen waarin de nationaliteit bepalend is
Or.	Oriëntatie: sociaal recht - personeelsbeleid
Pb.	Publicatieblad
PEPUDA	Zuid-afrikaanse Promotion of Equality and prevention of Unfair discrimination Act
Publ. Cour eur. D. H	Publications de la cour Européenne des Droits de l'Homme
R.A.B.G.	Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent
R.G.A.D.	Revue Générale du Droit des Assurances
R.G.A.T.	Revue Générale des Assurances Terrestres
Rasrichtlijn	Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming
Richtlijn 2002/73/EG	Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden
Richtlijn 76/207/EEG	Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, (zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG)

Richtlijn 79/7/EG	Richtlijn 79/7/EG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectorale regelinen inzake sociale zekerheid
Richtlijn 96/97/EG	Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid
Rome I-Verordening	Verordening nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)
S.E.W.	Tijdschrijft voor Europees en Economisch Recht
Soc. Kron.	Sociaalrechtelijke Kronieken
Stb.	Nederlands Staatsblad
T. Gez.	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
T. Verz.	Tijdschrift voor Verzekeringen – Bulletin des Assurances
T.B.H.	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
T.B.P.	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek recht.
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaat Recht
T.S.R.	Tijdschrift voor Sociaal Recht
Tweede Schadeverzekeringsrichtlijn	Tweede Richtlijn 88/357/EEG van de Raad van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van Richtlijn 73/239/EEG
U.S.	United States Reports
UK HM Treasury	Brits Ministerie van publieke financiën en economisch beleid
Unieverdrag	Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals geconsolideerd na het Verdrag van Lissabon
Verdrag van Amsterdam	Verdrag van 2 oktober 1997 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten
Verdrag van Lissabon	Verdrag van 13 december 2007 tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
Verslag Libert	Verslag namens de Commissie voor Justitie bij het Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek naar aanleiding van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, en van de wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden

Verslag Van Nieuwkerke	Verslag namens de commissie voor de financiën en voor de economische aangelegenheden met betrekking tot het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen in verzekeringsaangelegenheden
Verz.W.	De verzekeringswereld
Voorstel van Genderrichtlijn	Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003)657 def.
Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid	Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM(2008) 426 def.
Voorstel van Rasrichtlijn	Voorstel voor een Richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, COM(1999)566 def.
Voorstel van Kaderrichtlijn arbeid	Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep, COM(1999)565 def.
W.LVO	Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst
WAM-wet	Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen
WAP	Wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid
Werkingsverdrag	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, zoals geconsolideerd na het Verdrag van Lissabon
Wet Gelijkheid mannen-vrouwen	Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen van sociale zekerheid
Wet Verwilghen	Wet tot wijziging, wat de private ziekteverzekeringsovereenkomsten betreft, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst
WHPC	Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument