

**HET EUROPEES VERBOD VAN GESLACHTSDISCRIMINATIE IN VERZEKERINGEN:
RECEPTIE EN (ANTI-)CONCEPTIE IN HET LIDSTATELIJKE RECHT**

Yves Thiery, Assistent K.U.Leuven

§ 1.	Inleiding.....	2
§ 2.	Korte uiteenzetting van de relevante bepalingen van de Genderrichtlijn	3
A.	Een verbod van directe en indirecte geslachtsdiscriminatie	3
B.	Opting-out mogelijkheid	4
C.	Overgangsbepaling.....	5
§ 3.	Receptie van de Genderrichtlijn in het Nederlandse recht.....	6
A.	Algemeen	6
B.	“Conceptie” op het vlak van verzekeringen	7
C.	“Anti-conceptie” van de terminologie inzake discriminatie.....	9
§ 4.	Receptie van de Genderrichtlijn in het Belgisch Recht	11
A.	“Conceptie” van de terminologie inzake discriminatie	11
B.	“Anti-conceptie” op het vlak van verzekeringen	13
§ 5.	Vaststelling, bewijslast en rechtvaardiging van discriminatie:	
	naar een gemeenschappelijk verbod	17
A.	Verschuiving van de bewijslast	17
B.	Vaststellen van directe discriminatie	17
C.	Vaststellen van indirecte discriminatie	25
D.	Rechtvaardigingstoets	27
§ 6.	Besluit	32

§ 1. INLEIDING

1. De Europese verzekeringsmarkt werd in november 2003 opgeschrikt door een bijzonder voorstel van Richtlijn vanwege de Europese Commissie.¹ Dit voorstel had tot doelstelling het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen te helpen garanderen in het leveren van goederen en diensten en was als dusdanig ook van toepassing op verzekeringsdiensten. Het effect van dit voorstel zou erin bestaan dat er in geen enkele lidstaat nog gebruik zou kunnen worden gemaakt van het geslacht in o.m. het berekenen van verzekeringspremies en -uitkeringen.² Gevreesd werd voor enorme gevolgen voor de verzekeringssector die traditioneel een differentiatie- of segmenteringsbeleid³ voert dat rekening houdt met het geslacht van de verzekerde. Denken we maar aan de levensverzekeringen en lijfrentesector, waar de verschillende levensverwachting voor vrouwen en mannen altijd een zeer grote rol heeft gespeeld in het differentiatiebeleid van verzekeraars. Ook in de motorrijtuigenverzekering speelt het geslacht een rol, maar dan in het meten van het risico op een ongeval. Denken we ook aan de specifieke voorwaarden die gelden voor de dekking van het zwangerschapsrisico in de hospitalisatieverzekering of de arbeidsongeschiktheidsverzekering voor vrouwelijke zelfstandigen.

2. Ongeveer een jaar na het indienen van het voorstel van de Commissie en na heel wat lobbywerk vanuit de verzekeringssector, werd in de Raad van de Europese Unie uiteindelijk een politiek akkoord bereikt omtrent de finale tekst van wat uiteindelijk *Richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten* is geworden.⁴ (hierna de "Genderrichtlijn") Resultante van de besprekingen in de Raad is dat het verbod op geslachtsdiscriminatie in het leveren van verzekeringsdiensten gehandhaafd blijft, maar dat iedere lidstaat afzonderlijk de kans kreeg om onder bepaalde voorwaarden afwijkingen te voorzien van het geslachtsdiscriminatieverbod (een zogenaamd optierecht) waar het de berekening van *premies* en *uitkeringen* betreft. Een verbod op het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten bleef in de verschillende lidstaten immers politiek zeer omstreden. De Europese wetgever heeft met het instellen van dit optierecht een hete en fel bediscussieerde aardappel doorgeschoven naar de nationale wetgevers. Het streven naar een gemeenschappelijk Europees geslachtsdiscriminatieverbod, zoals dat de Europese Commissie aanvankelijk voor ogen stond, werd op die manier reeds in de kiem gesmoord.

3. In deze bijdrage zullen wij beschrijven op welke manier het geslachtsdiscriminatieverbod uit de Genderrichtlijn is gerecipieerd in twee met elkaar vergelijkbare landen: Nederland en België. Het betreft twee van de enigste Europese lidstaten die reeds vóór de uitvaardiging van de Genderrichtlijn beschikten over een uitgebreide gelijkebehandelingswetgeving die ook van toepassing was op het leveren van goederen en diensten. Deze landen lenen zich hierdoor makkelijk tot het meten van de

¹ 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) 657. (hierna "Voorstel van Richtlijn")

² C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, "Proposal for a directive on sex discrimination: civil rights "individualistic" tradition versus insurance "group" tradition", *Euredia* 2003, afl. 4, 586.

³ De termen "differentiatie"-beleid en "segmenterings"-beleid worden in deze bijdrage door elkaar gebruikt en duiden de werkwijze van de verzekeraar aan die erin bestaat om de premie en eventueel ook de dekking te differentiëren op een aantal specifieke karakteristieken van het te verzekeren risico (zoals het geslacht), om zo tot een betere overeenstemming te komen tot de te verwachten schade of kosten en de te betalen premie. Zie voor een omstandige beschrijving, N. DE PRIL en J. DHAENE, "Commissie voor verzekeringen - Rapport van de werkgroep segmentering" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen/Apeldoorn - Louvain-La-Neuve, Maklu -Academia Bruylant, 1998, 144-149.

⁴ Richtlijn 2004/113/EG, *Pb. L.* 21 december 2004, afl. 373, 37.

impact die verbonden is aan de uitvaardiging van een “gemeenschappelijk” geslachtsdiscriminatieverbod.

4. In onze analyse zullen wij na een korte uiteenzetting van de bepalingen van de Genderrichtlijn (§2), aantonen dat de receptie van de Genderrichtlijn in de rechtsorde van de genoemde lidstaten zowel geleid heeft tot een aantal goed werkende “concepties” van het Gemeenschapsrecht als tot belangrijke mis- of “anti-concepties” die een uniform beschermingsniveau op het vlak van geslachtsdiscriminaties in de weg lijken te staan. Zo lijkt er in Nederland (§3), in tegenstelling tot België, geen goede conceptie te zijn van de *definities* die door de Genderrichtlijn aan het begrip directe en indirecte discriminatie worden gegeven. Omgekeerd is er ook in België (§4), in tegenstelling tot Nederland, sprake van enkele belangrijke omzettingsproblemen op het vlak van de concrete vertaling van het discriminatieverbod naar *verzekeringsrelaties* en is er eveneens in tegenstelling tot Nederland bijna geen relevante rechtspraak op dit vlak.

Na de omschrijving van deze conceptieproblemen, zullen wij suggereren dat de Genderrichtlijn, ondanks het feit dat zij de lidstaten verschillende wegen laat bewandelen als gevolg van het genoemde optierecht, heel wat interpretatieruimte laat die voor een goede werking van het discriminatieverbod in de verzekeringssector cruciaal blijkt te zijn. Deze interpretatieruimte ontstaat op het meest gevoelige domein van het gelijkebehandelingsrecht, nl. het bewijs van discriminatie en het weerleggen ervan. Concreet zullen wij ons in §5 concentreren op de manier waarop discriminatoir onderscheid in een geschil kan worden *aangevoerd* door de eiser (i.c. de verzekeringnemer) alsook op de middelen waarmee een verweerder (i.c. de verzekeraar) zich in geslachtsdiscriminatieclaims kan *verweren*. Aan de hand van een aantal op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie uitgewerkte bewijsconcepten, die ook terugkeren in de Belgische wetgeving, en van een aantal belangrijke Nederlandse rechterlijke uitspraken, worden voorstellen gedaan voor een meer performant Europees geslachtsdiscriminatieverbod op het vlak van verzekeringen.

§ 2. KORTE UITEENZETTING VAN DE RELEVANTE BEPALINGEN VAN DE GENDERRICHTLIJN

A. Een verbod van directe en indirecte geslachtsdiscriminatie

5. Door de Genderrichtlijn wordt een verbod ingesteld van directe zowel als indirecte discriminatie.⁵ Directe discriminatie wordt omschreven als de situatie waarbij iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.⁶ Een rechtvaardigingsmogelijkheid wordt daarbij niet voorzien. Samen met dit verbod van directe discriminatie op grond van geslacht wordt ook de ongunstiger behandeling van vrouwen wegens zwangerschap en moederschap verboden.⁷

6. Indirecte discriminatie wordt omschreven als de situatie waarbij door het gebruik van een *ogenschijnlijk neutrale* bepaling, maatstaf of handelswijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het ander geslacht *bijzonder* worden *benadeeld* tenzij die bepaling, maatstaf of handelswijze objectief wordt gerechtvaardigd wordt door een *legitiem doel* en de middelen

⁵ Zie artikel 4, lid 1, sub a) en b) van de Genderrichtlijn.

⁶ Zie artikel 2, lid a) van de Genderrichtlijn.

⁷ De Genderrichtlijn sluit 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 bv. de rechtspraak van het Hof van Justitie op basis van Richtlijn 76/207/EEG, *Pb. L.* 14 februari 1976, afl. 39, 40 in H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, r.o. 10. Zie ook P. CRAIG & G. DE BURCA, *EU Law: text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 903-904.

voor het bereiken van dat doel *passend* en *noodzakelijk* zijn.⁸ In tegenstelling tot directe discriminatie wordt bij het vaststellen van indirecte discriminatie niet de nadruk gelegd op de vraag of er sprake is van een ongelijke behandeling op basis van geslacht. Eerder wordt de nadruk gelegd op de vraag of het gebruik van een “ogenschijnlijk neutraal criterium” tot gevolg kon hebben dat leden van een bepaald geslacht bijzonder werden benadeeld ten opzichte van de leden van een ander geslacht. Toegepast op verzekering kunnen we denken aan het gebruik van criteria zoals de diagnose van borstkanker die een uitkering verhindert of het gebruik van het criterium “kostwinnerschap” voor het bepalen van de premie- of contractvoorwaarden in motorrijtuigenverzekering.⁹

7. Op basis van artikel 1 van de Genderrichtlijn, waarin bepaald wordt dat de richtlijn geslachtsdiscriminatie wil bestrijden “*bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten*” blijkt reeds voldoende dat zowel de precontractuele fase als de effectieve uitvoering en zelfs de beëindiging van de overeenkomst onder het discriminatieverbod vallen. De Genderrichtlijn richt zich inderdaad tot alle aspecten van het aanbieden van goederen en diensten waar leden van het ene geslacht ongunstig kunnen worden behandeld ten opzichte van de leden van het andere geslacht. Op het vlak van verzekering kan het geslachtsdiscriminatieverbod uit de Genderrichtlijn dus alvast toepassing vinden op het eigenlijke aanbod van verzekeringsdiensten, te weten de beslissing van de verzekeraar om al dan niet te contracteren. Evenzeer vindt de Genderrichtlijn toepassing op het berekenen van premies en uitkeringen (alhoewel op dit vlak uitzonderingen zijn voorzien)¹⁰ en zijn ook de aan de verzekeringsovereenkomst verbonden contractvoorwaarden, evenals de beëindiging van de verzekeringsovereenkomst aan het verbod op geslachtsdiscriminatie onderworpen.

B. Opting-out mogelijkheid

1. FORMULERING

8. Fundamenteel voor verzekeringen is de zogenaamde *opting-out* clause in artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Deze optie geeft de lidstaten het recht te besluiten om

“proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen 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.”

9. Merk op dat de Europese wetgever heel wat voorwaarden vooropstelt waaraan moet worden voldaan opdat de hoogte van premies of uitkeringen afhankelijk kunnen worden gesteld van het geslacht. Het vastgesteld verschil moet “proportioneel” zijn, het geslacht moet bepalend zijn voor het beoordelen van het risico én de beoordeling van het risico dient te gebeuren op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Lidstaten die zinnens zijn de optie te lichten dienden hiertoe vóór 21 december 2007 te besluiten en de Commissie van dit besluit in kennis te stellen. Nog volgens artikel 5, lid 2, zullen zij ervoor moeten zorgen dat relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens die relevant zijn voor het gebruik van geslacht als een bepalende actuariële factor, worden verzameld, bekendgemaakt en regelmatig worden geactualiseerd. Op de lidstaten die de optie lichten rust verder ook de verplichting om tegen 21 december 2012 een evaluatie op te maken en aan de Europese Commissie over te maken.

⁸ Zie artikel 2, sub b) *juncto* artikel 4, lid 1, sub b) van de Genderrichtlijn.

⁹ Cf. *infra*, nr. 70-71 voor een nadere uitwerking van deze voorbeelden.

¹⁰ Cf. *infra* nr. 8-11.

2. UITZONDERING VOOR ZWANGERSCHAP EN MOEDERSCHAP

10. De enige uitzondering op het optierecht van de lidstaten blijft nochtans dat het verbod rekening te houden met kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap onverkort geldt (artikel 5, lid 3). Dit betekent dat zelfs als het op basis van "relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens" vaststaat dat vrouwen in bv. de hospitalisatieverzekering aan een hoger risico zijn blootgesteld omwille van het feit dat ze zwanger zijn of kunnen worden, de premie voor een hospitalisatieverzekering voor mannen en vrouwen nochtans niet mag verschillen. Het lichten van de optie kan niets veranderen aan het verboden karakter van een onderscheid op basis van zwangerschap of moederschap. De Europese wetgever legt bijgevolg uitdrukkelijk een solidariteit op tussen mannen en vrouwen en dit vanuit een maatschappij-visie dat de kost van procreatie niet enkel door vrouwen maar door mannen en vrouwen samen moet worden gedragen.¹¹

3. BETEKENIS

11. De opting-out clause 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 waar het de berekening van premies en uitkeringen betreft. 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.¹² Wanneer een lidstaat de optie niet licht, zal in die lidstaat geen mogelijkheid bestaan om een direct onderscheid te maken op basis van geslacht.¹³

C. Overgangsbepaling

12. Artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat

"in alle nieuwe contracten die na 21 december 2007 worden gesloten, het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen [...] niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen."

13. Deze overgangsbepaling komt er concreet op neer dat voor alle overeenkomsten die vóór de datum van 21 december 2007 worden (of werden) afgesloten, het gebruik van geslacht wél kan resulteren in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen.¹⁴ De Europese wetgever had met deze bepaling de bedoeling ruimte te laten voor een coördinatieproces dat de omschakeling naar seksneutrale tarieven moest mogelijk maken zonder nadelige concurrentievervalsingen.¹⁵ Deze nadelige concurrentievervalsingen kunnen zich namelijk voordoen indien een bepaalde lidstaat opteert

¹¹ Deze keuze van de Europese wetgever is een voorbeeld van het in de mensenrechtendoctrine gekende streven naar zgn. materiële gelijkheid ('substantive equality approach'). Zie hierover C. BARNARD en B. HEPPLER, "Substantive Equality", *Cambridge Law Journal* November 2000, afl. 3, 562-585.

¹² M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, afl. 1, 94.

¹³ Dat wil zeggen dat in dat geval een rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie principieel ontbreekt. 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 willen hanteren.

¹⁴ Zie ov. 18 van de Genderrichtlijn, laatste regel.

¹⁵ Zie Voorstel van Richtlijn, 9-10.

om de optie van artikel 5, lid 2 te lichten, terwijl een andere lidstaat dit niet doet. De verschillen die daardoor ontstaan in de nationale wetgevingen kunnen dan aanleiding geven tot forumshopping door verzekerden die enkel verzekeringsovereenkomsten willen sluiten die beheerst zijn door nationale wetgeving die voor hun specifieke geval het meest gunstig is.¹⁶ Precies door een ruime overgangsbepaling wou men een plotse herordering van de markt voorkomen en de verzekeringsondernemingen voldoende tijd geven om zich aan te passen aan de nieuwe regeling.¹⁷

14. Hierbij zij nog opgemerkt dat artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn er niet toe leidt dat in vergelijking met andere overeenkomsten een enger toepassingsgebied wordt ingericht voor verzekeringsovereenkomsten. Zoals hierboven reeds duidelijk werd richt het discriminatieverbod uit de Genderrichtlijn zich niet alleen tot premies en uitkeringen maar ook tot gevallen waarin een verzekeraar *weigert te contracteren* met een specifieke man of vrouw of een contract met hem/haar opzegt omwille van zijn/haar man of vrouw zijn. Zo vallen ook *contractsvoorwaarden* die zich niet specifiek uiten in hogere premies of lagere uitkeringen maar die voor leden van een bepaald geslacht voordeliger zijn dan voor leden van het andere geslacht, onder het discriminatieverbod van de Genderrichtlijn. Hetzelfde geldt voor bepaalde *dekkingen* die zijn *uitgesloten* voor leden van het ene geslacht en niet voor leden van het andere.

15. Met betrekking tot de formulering van artikel 5, lid 1 van de Genderrichtlijn dat het gebruik van sekse niet mag leiden tot een verschil in *premies* en *uitkeringen*, kan verder nog worden opgemerkt dat het gebruik van geslachtsgerelateerde actuariële factoren wél nog is toegelaten in het berekenen van 'risico's'. Dit blijkt uit de besprekingen die zijn gevoerd naar aanleiding van de stemming van de Genderrichtlijn in de Raad en waar expliciet gesteld werd 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 ze voor beide seksen gelijk zijn.¹⁸ In actuariële termen komt deze belangrijke nuancering erop neer dat het criterium geslacht weliswaar niet meer kan worden gebruikt voor het bepalen van verschillen in de prijs die effectief aan de verzekerden wordt aangerekend (de zogenaamde "commerciële premie"), maar wél nog kan worden opgenomen in het zogenaamde "technische tarief", dat de werkelijke kostprijs aangeeft van de dekking die de verzekeraar verleent.¹⁹

§ 3. RECEPTIE VAN DE GENDERRICHTLIJN IN HET NEDERLANDSE RECHT

A. Algemeen

16. Het wetsvoorstel dat de Nederlandse wetgeving in overeenstemming moest brengen met de inhoud van de Genderrichtlijn hield slechts enkele kleine wijzigingen in aan de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving en werd zonder veel discussies aangenomen door het Nederlandse Parlement. Het voorstel werd voorbereid door de Nederlandse regering, in de Tweede Kamer zonder

¹⁶ Zie voor een nadere beschrijving van het gevaar voor eventuele concurrentievervalsingen en een relativering ervan, Y. THIERY, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", *Tijdschrift voor Verzekeringen* 2007, Dossier 13, 34-38; vgl. P. COLLE, "Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen", *Tijdschrift voor Verzekeringen* 2007, Dossier 13, 65.

¹⁷ Zie ov. 18 van de Genderrichtlijn en ook het Voorstel van Richtlijn, 9-10.

¹⁸ 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/st09426-re01.nl04.pdf>, 6.

¹⁹ Zie voor het belang van dit onderscheid tussen de "technische" en "commerciële" premie, M. DENUIT, "Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?", *De verzekeringswereld* september 2005, Document nr. 2, 1-2 en 6-7.

beraadslaging en zonder stemming aangenomen en daarna ook in de Eerste Kamer als hamerstuk afgedaan.²⁰ Op 13 september 2007 verscheen de nieuwe wet, die op enkele plaatsen wijzigingen aanbrengt aan de Algemene Wet Gelijke Behandeling van 1994²¹ (hierna de AWGB), in het Staatsblad.²² De Genderrichtlijn heeft enkel geleid tot het opnemen in de AWGB van het door de Richtlijn voorgeschreven verbod op seksuele intimidatie (aanvulling van artikel 1a AWGB) alsook van een bepaling die de bescherming tegen “victimisatie” moet garanderen van degene die een dergelijke seksuele intimidatie afwijst of lijdzaam ondergaat.²³

17. Hieronder zal blijken dat er naar aanleiding van de omzetting van de Genderrichtlijn in het Nederlandse recht een probleemloze conceptie is gebeurd inzake de vertaling van het discriminatieverbod naar verzekeringsdiensten, maar dat er wel geen verbeterde conceptie is van de terminologie die in de Genderrichtlijn wordt gebruikt voor het definiëren van discriminatie.

B. “Conceptie” op het vlak van verzekeringen

1. ALGEMEEN VERBOD VAN ONDERSCHIED OP GROND VAN GESLACHT

18. Omdat een verbod op onderscheid op grond van geslacht dat betrekking heeft op de levering van goederen en diensten, reeds vanaf het begin in de AWGB was opgenomen, was het volgens de Nederlandse wetgever niet vereist om de AWGB na de Genderrichtlijn inhoudelijk aan te passen.²⁴

19. Onder de levering van goederen en diensten worden traditioneel ook verzekeringsdiensten begrepen, waardoor het algemeen verbod van onderscheid op grond van geslacht zich dus ook tot richt tot verzekeringsovereenkomsten. Het algemeen verbod betreft zowel direct als indirect geslachtsonderscheid. (artikel 7 AWGB)

Direct geslachtsonderscheid is steeds verboden, tenzij sprake is van één van de in de wet limitatief opgesomde uitzonderingsbepalingen. Zo wordt onder artikel 2, lid 2, b van de AWGB bepaald dat het verbod van onderscheid op grond van geslacht niet geldt in gevallen waarin het de *bescherming* van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap. Zoals hieronder zal blijken is voor verzekeringsovereenkomsten vooral de bepaling onder artikel 2, lid 2, a van de AWGB belangrijk, dat zegt dat onderscheid op grond van geslacht niet geldt in gevallen waarin het geslacht *bepalend* is.

Indirect onderscheid, dat neerkomt op onderscheid op grond van andere hoedanigheden dan het geslacht maar dat wel direct geslachtsonderscheid tot gevolg heeft, is eveneens verboden. Op dit verbod zijn dezelfde wettelijke uitzonderingen van toepassing, alsook een “open rechtvaardigingsformule”. Deze “open rechtvaardigingsformule” vinden we terug onder artikel 2, lid 1 van de AWGB dat bepaalt dat het verbod van indirect onderscheid op grond van geslacht niet geldt

²⁰ Stemming respectievelijk op 10 juni 2007 en 14 juli 2007 in de Tweede en de Eerste Kamer. Zie <http://parlando.sdu.nl/cgi/showdoc/session=anonymous@3A4552501070/action=doc/pskey=KST108788/KST108788.pdf> (tweede kamer) en <http://www.eerstekamer.nl/9324000/1/j9vvgh5ihkk7kof/vhnkdd8k3qz7/f=y.pdf> (eerste kamer).

²¹ *Staatsblad* 1994, 230.

²² Wet van 21 juli 2007 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad van de Europese Unie 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, *Staatsblad* 2007, 321.

²³ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 967, nr. 3, p. 2.

²⁴ *Ibidem*.

indien het onderscheid “objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor dat doel passend en noodzakelijk zijn.”

2. WETTELIJKE UITZONDERING OP HET VLAK VAN VERZEKERINGEN

20. Zoals hierboven vermeld zal het in de AWGB neergelegde verbod op geslachtsdiscriminatie niet gelden in gevallen waarin het geslacht “bepalend” is. In het zogenaamde *Besluit Gelijke Behandeling*²⁵ wordt 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 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.

21. 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 diende te worden gehandhaafd.²⁶ Zij heeft voor die verzekeringstak (de levensverzekeringssector) dan ook gebruik gemaakt van de door de Genderrichtlijn geboden mogelijkheid tot het lichten van de optie. Veel hoefde hier niet voor te gebeuren. Men kon volstaan met het behoud van de bestaande wetgeving, die op dit vlak conform de Genderrichtlijn kon worden beschouwd. 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 waarbij het risico afhankelijk is van de levensverwachting van de verzekerde.²⁷

22. Opgemerkt zij wel dat deze uitzonderingsbepaling in de Nederlandse rechtspraak niet blind wordt toegepast door zomaar verschillende premies voor mannen en vrouwen toe te staan.²⁸ Zo zal een verschillende premie voor de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (hierna CGB)²⁹ pas conform de gelijkebehandelingswetgeving zijn, als effectief is aangetoond, zoals door het Besluit Gelijke Behandeling ook wordt gevraagd, dat het verschil gebaseerd is op het verschil in levensverwachting en dit verschil in levensverwachting derhalve de hogere premie redelijkerwijs meebrengt.³⁰ De bewijslast hiertoe ligt bij de verzekeraar, die dient aan te tonen dat het gaat om een aanzienlijk verschil in

²⁵ 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, *Staatsblad* 1994, 657. (hierna, “Besluit Gelijke Behandeling”)

²⁶ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 3, p. 5.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Zie ook J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, *Wetgeving Gelijke Behandeling*, Deventer, Kluwer, 2003, 122.

²⁹ De CGB is het Nederlandse gelijkebehandelingsorgaan dat naast adviesverlenende taken als belangrijkste opdracht heeft om na het indienen van een verzoek daartoe, als onafhankelijk juridisch college te beoordelen of de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is overschreden. De CGB onderscheidt zich op dit vlak van het Belgisch Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (CGKR) dat geen dergelijke beoordelingsbevoegdheid kent. De oordelen van de CGB hebben geen bindende kracht maar zijn wel van grote invloed op de Nederlandse rechtbanken, die haar oordelen in hun eigen beoordeling dienen op te nemen en in het overgrote deel van de gevallen ook blijken op te volgen. Zie <http://www.cgb.nl/cgb62.php>.

³⁰ Oordeel CGB 2007-160, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453056724>.

levensverwachting.³¹ De formulering in het Besluit Gelijke Behandeling in combinatie met de strikte toepassing ervan door de CGB lijkt in overeenstemming te zijn met de formulering van de voorwaarden die in artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn worden opgesomd. Een verschil in premie voor mannen en vrouwen kan maar worden toegelaten indien dit verschil *proportioneel* is, het geslacht *bepalend* is voor de beoordeling van het risico, en de beoordeling van het risico gebaseerd is op *nauwkeurige actuariële en statistische gegevens*.

23. Voor wat betreft andere soorten verzekering zoals arbeidsongeschiktheidsverzekering of motorrijtuigenverzekering maakt Nederland geen gebruik van haar optierecht waardoor er ook op dit vlak dus geen sprake is van een formele wijziging in het Nederlandse recht.

C. “Anti-conceptie” van de terminologie inzake discriminatie

24. Van belang is verder de vaststelling dat de omzetting van de Genderrichtlijn niet heeft geleid tot een overname van de terminologie die zowel in de Genderrichtlijn, als in de zgn. Rasrichtlijn³² en de Kaderrichtlijn³³ van 2000 wordt gevoerd omtrent de begrippen directe en indirecte discriminatie. De Ras- en de Kaderrichtlijn, zijn net zoals de Genderrichtlijn uitgevaardigd op grond van artikel 13 van het E.G.-Verdrag. Naar aanleiding van de Nederlandse implementatie van deze laatste twee richtlijnen, had de Nederlandse Raad van State reeds gewezen op discrepanties van de toenmalige omzettingwetgeving ten opzichte van de richtlijnterminologie³⁴ en dit advies is, ondanks de door de zogenaamde EG-implementatiewet AWGB³⁵ aangebrachte wijzigingen, bij de implementatie van de Genderrichtlijn opnieuw herhaald.³⁶ Eén van de opmerkingen in deze adviezen is dat in de richtlijnen het begrip “discriminatie” wordt gehanteerd, terwijl in de Nederlandse wetgeving de begrippen “ongelijke behandeling” als evenknie gelden.³⁷ In een reactie op de opmerkingen van de Raad van State heeft het Kabinet enigszins blijk gegeven van de noodzaak aan een spoedige aansluiting bij de terminologie van de Richtlijnen.³⁸ Toch komen de definities die in de AWGB gevoerd worden voor de begrippen direct en indirect onderscheid volgens het Nederlandse regering “materieel overeen” met die van de Richtlijnen.³⁹

25. Los van de vaststelling of er sprake is van “materieële” dan wel louter “formele” verschillen dient toch te worden opgemerkt dat de bestaande verschillen tussen de definitie zoals ze wordt gehandhaafd in

³¹ *In casu* bracht de verzekeraar het bewijs bij dat de sterftekans van een man op 53-jarige leeftijd – de leeftijd van verzoeker - 0,00417 is, terwijl de sterftekans van een vrouw van deze leeftijd 0,001870 is.

³² Richtlijn nr. 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, nr. 180, 22. (hierna “de Rasrichtlijn”)

³³ Richtlijn nr. 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, nr. 303, 16. (hierna “de Kaderrichtlijn”)

³⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169 B, 5-6 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 187 A, 4-5.

³⁵ Wet van 21 februari 2004 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG, *Staatsblad* 2004, 119. Het betreft de wetgeving die de bepalingen van de Ras- en Kaderrichtlijn omzet in het Nederlandse recht.

³⁶ Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 4, 2.

³⁷ In de Nederlandse wetgeving werd de term “discriminatie” tot nu toe geweerd vanwege de sterk pejoratieve connotatie van het begrip, tegenover de meer neutrale betekenis van het begrip “ongelijke behandeling”. Zie J.H. GERARDS, “Implementation of the article 13 directives in Dutch equal treatment legislation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, afl. 3, 301-303; J.H. GERARDS, “Een pleidooi tegen het gebruik van het discriminatiebegrip in de gelijke behandelingswetgeving”, *Nederlands Juristenblad* 28 november 2003, afl. 43, 2250-2252.

³⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 4, 3-4.

³⁹ *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 967, nr. 3, 3; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 187, nr. 1, 7.

de Richtlijnen enerzijds en de AWGB anderzijds niet zonder belang zijn. Zo dient er volgens artikel 1, 1, a AWGB sprake te zijn van een “onderscheiden” behandeling om te kunnen spreken van discriminatie, terwijl de Richtlijnen in het geval van directe discriminatie een “ongunstige behandeling” verboden stellen en in het geval van indirecte discriminatie verder ook alle soorten “bepalingen, maatstaven of handelwijzen” onder het discriminatieverbod meenemen. Een ander belangrijk verschil in definiëring vinden we verder in artikel 1, 1, c van de AWGB die zegt dat er pas sprake is van indirect onderscheid indien dat onderscheid een *direct* onderscheid *tot gevolg heeft*. Het aantonen van indirect onderscheid lijkt er in deze formulering op neer te komen dat de eiser moet aantonen dat het onderscheid eigenlijk gebaseerd is op het geslacht zelf.⁴⁰ Onder het regime van de Richtlijnen volstaat het nochtans dat een “benadeling” wordt vastgesteld ten opzichte van personen van een bepaald geslacht.

Op basis van deze vaststellingen lijkt het door de AWGB geformuleerde verbod van onderscheid enger en minder vergaand te zijn dan het discriminatieverbod van de Richtlijnen. Toch kan hierbij reeds worden opgemerkt dat de Nederlandse rechtspraak (de CGB alsook de Hoven en Rechtbanken) alvast een interpretatie schijnt te hanteren die meer in lijn is met de definitie uit de Richtlijnen.⁴¹ Zo wordt er in de oordelen van de CGB bij het vaststellen van onderscheid doorgaans toch een benadelingstoets gehanteerd.⁴² De “anti-conceptie” op het vlak van wetgevingsterminologie lijkt dus grotendeels te worden goed gemaakt door de Nederlandse rechtspraak.

26. De Nederlandse regering heeft naar aanleiding van de omzetting van de Genderrichtlijn alvast niet ontkend dat er verschillen in formulering zijn vast te stellen tussen de definities van de AWGB en de definities uit de Richtlijnen. Toch volgde de omzetting van de Genderrichtlijn volgens het Kabinet niet de juiste gelegenheid om de definities van de AWGB volledig richtlijnconform te maken, gezien het risico van overschrijding van de implementatietermijn van de Genderrichtlijn die eindigde op 21 december 2007.⁴³ Het werd meer opportuun bevonden om een wijziging van de definities pas door te voeren ter gelegenheid van de zogenaamde “Integratiewet AWGB” die de verschillende wettelijke regelingen op het terrein van gelijke behandeling zal samenvoegen in één enkele wet en die de Nederlandse regering in de loop van 2008 aan de Tweede Kamer wil aanbieden.⁴⁴ Volgens de regering leent deze Integratiewet zich naar zijn aard veel beter voor het aanpassen van een definitie die nu nog in verschillende wetten is opgenomen.⁴⁵ Opgemerkt zij echter dat deze Integratiewet wellicht geen inhoudelijke, maar eerder een technische integratie zal inhouden, die er vooralsnog niet toe zal leiden dat alle discriminatiegronden op een zelfde beschermingsniveau worden getrokken.⁴⁶

⁴⁰ J.H. GERARDS, "Implementation of the article 13 directives in Dutch equal treatment legislation", *I.c.*, 303.

⁴¹ *Ibidem*, 303-304.

⁴² J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, *o.c.*, 43.

⁴³ Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 5, 2; zie ook Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 6, 2.

⁴⁴ In de Memorie van Toelichting bij het voorlopige wetsvoorstel, worden als wettelijke regelingen genoemd: de AWGB, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de bepalingen 7:646 en 7:647 BW.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 6, 2.

⁴⁶ Dit wordt met name bevestigd in de Concept Memorie van Toelichting bij het Concept van Wetsvoorstel voor integratiewet. Zie <http://www.e-quality.nl/assets/e-quality/publicaties/2005/ConceptMvTIntegratiewetAwgb.pdf>. Zie hieromtrent ook M. W. RAIJMAKERS, "Integratie van gelijkebehandelingswetgeving: louter techniek of meer dan dat?", *RegelMaat* 2007, afl. 2, 69-79.

§ 4. RECEPTIE VAN DE GENDERRICHTLIJN IN HET BELGISCH RECHT

A. “Conceptie” van de terminologie inzake discriminatie

27. In contrast met de Nederlandse reactie op de Genderrichtlijn staan de recente Belgische Wetten van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie. Het gaat om de zogenaamde “Algemene wet”⁴⁷, de “Genderwet”⁴⁸ en de “Racismewet”⁴⁹ die het bestaande Belgisch-federale wetgevingsapparaat inzake het verbod op discriminatie volledig hebben hervormd. De bepalingen uit de Genderrichtlijn vonden hun omzetting voornamelijk in de Genderwet. In tegenstelling tot Nederland heeft België de Genderrichtlijn wel aangegrepen om de terminologie van de bestaande gelijkebehandelingswetgeving verder in overeenstemming te brengen met de terminologie uit de Richtlijnen.⁵⁰ Dit blijkt voornamelijk uit de overeenstemmende definiëring van de concepten directe en indirecte discriminatie.

1. DIRECTE DISCRIMINATIE

28. Zoals gezegd wordt directe discriminatie door artikel 2, sub a) van de Genderrichtlijn beschreven als de situatie waarbij iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.⁵¹ In artikel 4, lid 1 a) van de Richtlijn wordt directe discriminatie verboden gesteld. Ook in de Belgische Genderwet wordt dezelfde definitie van directe discriminatie gehanteerd, maar met dien verstande dat deze definitie wordt aangehangen voor de beschrijving van direct *onderscheid* (zie artikel 5, 5°). Dit direct onderscheid wordt in de woorden van de genderwet pas gelijkgesteld met directe *discriminatie*, indien het op grond van de wet niet kan worden gerechtvaardigd. (zie artikel 5, 6°) Inhoudelijk komt deze formulering echter perfect overeen met de Richtlijn, daar de Genderwet in de formulering van de rechtvaardigingsmogelijkheden in Titel II, niet afwijkt van hetgeen door de Richtlijn wordt voorgeschreven.⁵²

29. De belangrijkste aanpassing van de definitie van directe discriminatie in de Genderwet aan de terminologie uit de Richtlijnen is inderdaad de resolute inperking van de mogelijkheden tot rechtvaardiging van het onderscheid. Zo bevatte de Belgische anti-discriminatiewet van 2003, die door de nieuwe Belgische gelijkebehandelingswetgeving werd opgeheven, nog een algemene en open

⁴⁷ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Belgisch Staatsblad* 30 mei 2007, 29.016. (zie hierna “de Algemene Wet”)

⁴⁸ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *Belgisch Staatsblad* 30 mei 2007, 29 031. (zie hierna “de Genderwet”)

⁴⁹ 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. (zie hierna “de Racismewet”)

⁵⁰ Andere redenen voor de hervorming waren de moeilijke leesbaarheid, praktische hanteerbaarheid en de rechtsonzekerheden die waren ontstaan naar aanleiding van het arrest van 6 oktober 2004 van het Belgisch Grondwettelijk Hof (toen nog Arbitragehof) dat leidde tot de vernietiging van enkele bepalingen uit de anti-discriminatiewet. Zie Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *Belgisch Staatsblad* 18 oktober 2004, 72 389. Verder beoogde de wetgever ook een betere coördinatie aan te brengen in de verschillende federale wetgevingsinstrumenten inzake anti-discriminatie, meer duidelijkheid te brengen in de bevoegdheidsverdeling inzake discriminatiebestrijding en ook de efficiëntie te verhogen van de anti-discriminatiewetgeving. Zie Verslag namens de commissie voor Justitie bij het wetsontwerp voor de Algemene Wet, de Genderwet, de Racismewet en de Wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Parlementaire Stukken* Kamer 2006-2007, nr. 2720/009, 7-9. (hierna “Verslag Commissie Justitie”)

⁵¹ Deze formulering komt perfect overeen met de formulering in artikel 2, sub a) van de Rasrichtlijn en artikel 2, sub a) van de Kaderrichtlijn.

⁵² Deze bewuste titel II bevat voor het domein waarop de Richtlijn geen toepassing vindt, zoals de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, wél aanvullende rechtvaardigingsmogelijkheden, die echter net zo zeer een omzetting vormen van het communautaire recht.

geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid voor direct en indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen.⁵³ Gezien dit gegeven in het licht van de Europese omzettingsverplichtingen niet langer kon worden behouden maakt de nieuwe Belgische Genderwet het niet langer mogelijk om directe onderscheiden op basis van geslacht "objectief en redelijk" te rechtvaardigen. In tegenstelling tot Nederland moest België op dit vlak nog een inhaalbeweging maken.

30. Net zoals het geval is in de AWGB (artikel 1, lid 2), worden ook in de Belgische gelijkebehandelingswetgeving de gronden zwangerschap, bevalling en moederschap⁵⁴ gelijkgesteld met direct onderscheid op basis van geslacht.⁵⁵ Dit stemt overeen met de keuze die hieromtrent eveneens werd gemaakt in de Genderrichtlijn.⁵⁶ De gelijkschakeling van directe geslachtsdiscriminatie met discriminatie op grond van zwangerschap en moederschap heeft als rechtstreekse implicatie dat de ongelijke behandeling van vrouwen wegens zwangerschap en moederschap, net zoals direct geslachtsonderscheid, niet te rechtvaardigen is. De premies in een verzekeringspolis laten afhangen van het zwangerschapsrisico is dus uit den boze. Ook de hoogte van een uitkering en de aanspraak op een uitkering kunnen niet afhankelijk worden gesteld van het risico op zwangerschap.

2. INDIRECTE DISCRIMINATIE

31. Zoals hierboven reeds aangegeven, wordt in de Genderrichtlijn bepaald dat wanneer een *ogenschijnlijk neutrale* bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het ander geslacht *bijzonder benadeelt*, er sprake is van een verboden indirecte discriminatie, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief gerechtvaardigd wordt door een *legitiem doel* en de middelen voor het bereiken van dat doel *passend* en *noodzakelijk* zijn. De Belgische Genderwet neemt deze bepaling over in artikel 5, 7° en 8° en artikel 15. Bovendien geeft de Belgische wetgever in artikel 33, §2, 2° van de Genderwet, voorbeelden van feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.⁵⁷

32. Opmerkelijk in de formulering van de Genderrichtlijn en de omzetting hiervan in de Belgische Genderwet is dat wordt afgestapt van de manier waarop deze benadelingstoets traditioneel werd ingevuld door de bewijslastrichtlijn⁵⁸ en de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot geslachtsdiscriminatie⁵⁹. Er dient namelijk niet te worden aangetoond dat er sprake is van een *wezenlijk*

⁵³ Wet van 25 februari 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, *Belgisch Staatsblad* 17 maart 2003, 12 844.

⁵⁴ De Belgische wetgever voegt daar nog de grond "geslachtsverandering" aan toe.

⁵⁵ Zie artikel 4, §§ 1-2 van de Genderwet.

⁵⁶ Zie Artikel 4, lid 1 a) van de Genderrichtlijn.

⁵⁷ Zie voor een beschrijving van deze voorbeelden, ook genaamd "richtingaanwijzers", *infra*, nr. 69-71.

⁵⁸ Zie artikel 2, lid 2 van Richtlijn nr. 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").

⁵⁹ 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, r.o. 59; H.v.J. 17 juni 1998, *Hill en Stapleton/The Revenue Commissioners en Department of Finance*, C-243/95, *Jur.* 1998, I-3739, r.o. 44; H.v.J. 7 februari 1991, *Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg*, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297, r.o. 12; *Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados*, C-17/05, *Jur.* 2005, I-9583, r.o. 69. Zie ook B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief", *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* april 1997, afl. 4, 138; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie; Arbeidsverhoudingen en de discriminatiewet, Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 159-161; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2005, 415; J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2002, 248; C. TOBLER, *Indirect Discrimination- A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC Law*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, 229;

of *aanzienlijk* groter deel van de leden van één geslacht dat door de betwiste maatregel wordt getroffen. Onder de nieuwe formulering dient men na te gaan of het gebruik van een geslachtsneutraal criterium leidt tot een *bijzondere benadeling* van de leden van het ene geslacht ten opzichte van de leden van het andere geslacht. Uit deze vernieuwde formulering van de benadelingstoets mag blijken dat statistisch materiaal nog altijd wordt aanvaard als één van de bewijsmogelijkheden waarmee het vermoeden van indirecte discriminatie kan worden gevestigd⁶⁰ maar dat het niet langer noodzakelijk is om statistische gegevens aan te brengen voor het vaststellen van indirecte discriminatie.⁶¹

B. “Anti-conceptie” op het vlak van verzekeringen

33. Niettegenstaande het feit dat de Genderwet in het Belgische recht een goede conceptie heeft verwezenlijkt van de definities van directe en indirecte discriminatie uit de Genderrichtlijn, kan er toch worden gesproken van een heuse “anti-conceptie” waar het de vertaling van de Genderrichtlijn naar verzekeringsovereenkomsten betreft. Heel wat verwarring bestaat omtrent de keuzes die België heeft gemaakt naar aanleiding van het optierecht dat haar werd toegekend door de Genderrichtlijn. Deze verwarring wordt veroorzaakt door het feit dat België in een oorspronkelijke fase niet van plan leek deze optie te lichten en in een latere fase op deze keuze terugkwam door laattijdig (!) te besluiten om toch verschillen op grond van geslacht toe te staan in premies en uitkeringen. In dit onderdeel zullen wij eerst deze Belgische keuzes toelichten en daarna focussen op de gevolgen van de laattijdige beslissing.

1. DE BELGISCHE KEUZES NAAR AANLEIDING VAN HET OPTIERECHT

34. Een belangrijk aspect waarop België zich oorspronkelijk 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. Proportionele verschillen in premies en uitkeringen in de gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is, zouden slechts zijn toegestaan tot 21 december 2007, de omzettingsdatum van de Genderrichtlijn. Daarna zou er voor geen enkele soort verzekering nog een dergelijke uitzondering mogelijk zijn, dit in tegenstelling tot Nederland dat volwaardig van haar optierecht gebruik maakte voor verzekering die “afhankelijk is van het leven van een persoon”.⁶²

35. Aan de oorspronkelijke houding van de Belgische wetgever kwam plots verandering net op het moment dat de vervaltermijn die was verbonden aan het genoemde optierecht (en die liep tot 21 december 2007), zou komen te verstrijken. Met 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*”⁶³ heeft de Belgische wetgever *in extremis* besloten om een fundamentele wijziging aan te brengen aan het artikel 10 van de Genderwet. Met deze wijziging wordt specifiek voor “levensverzekeringsovereenkomsten” de mogelijkheid toegestaan om voor mannen en vrouwen verschillende verzekeringspremies en -prestaties toe te passen onder de voorwaarde dat het

Vgl. de lichtere bewijslast die het Hof voorziet voor nationaliteitsdiscriminatie; bv. H.v.J. 23 mei 1996, *O’Flynn/Adjudication officer*, C-237/94, Jur. 1996, I-2617, r.o. 21.

⁶⁰ Zie ov. 15 van de Ras- en de Kaderrichtlijn. Volgens BAYART zou het de lidstaten aan de mogelijkheid ontbreken om in alle omstandigheden statistisch materiaal te vereisen voor de vaststelling van een vermoeden van indirecte discriminatie, maar afgezien daarvan behouden zij wel de mogelijkheid om verder in te vullen op welke manier indirecte discriminatie kan worden bewezen. Zie C. BAYART, *o.c.*, 166-167.

⁶¹ C. BAYART, *o.c.*, 167-169.

⁶² Cf. *supra* nr. 20-23.

⁶³ *Belgisch Staatsblad* 31 december 2007, 29.031. (hierna “de Wijzigingswet”)

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.

36. Met deze wetwijziging zou het, 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. Voor *niet-levensverzekeringsovereenkomsten* heeft de wetgever, eveneens zoals in Nederland, de mogelijkheid van een verschil in premies en prestaties op grond van geslacht uitgesloten. Ook andere contractvoorwaarden (de beslissing om niet te contracteren, de beëindiging van de verzekeringsovereenkomst, eventueel ook contractvoorwaarden zoals uitsluitingen of franchises) blijven onverkort ressorteren onder het algemene geslachtsdiscriminatieverbod van de Genderwet. Een rechtvaardiging van direct geslachtsonderscheid op basis van voor mannen en vrouwen verschillende actuariële en statistische gegevens is dus enkel mogelijk voor premies en prestaties in *levensverzekeringsovereenkomsten*.

2. CONCEPTIEPROBLEEM: NIET-NAGELEEFDE VERVALTERMIJN

37. Volgens artikel 5, lid 2 van de Genderrichtlijn dienden de lidstaten vóór 21 december 2007 over te gaan tot het lichten van de genoemde optie. Het is echter niet moeilijk in te zien dat de bepalingen van de Wijzigingswet van 21 december 2007, toch een dag te laat kwamen. De wijzigingswet waarmee van het zogenaamde optierecht gebruik wordt gemaakt 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 hebben pas plaatsgevonden op 21 december 2007.⁶⁴ Los van het feit dat hierdoor een laattijdige omzetting van de Genderrichtlijn is gebeurd, lijkt het erop dat de basisvoorwaarde voor het lichten van de optie, het naleven van de vervaltermijn die liep tot 21 december 2007, niet is nageleefd. Tijdens de voorafgaande parlementaire besprekingen had een vertegenwoordiger van de Europese Commissie er reeds aan herinnerd dat volgens de diensten van de Europese Commissie, een beslissing slechts rechtsgeldig is

*“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.”*⁶⁵

38. 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.⁶⁶ 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 Wijzigingswet wordt bepaald dat deze wet met terugwerkende kracht reeds in werking treedt op 20 december kan daaraan niets veranderen.

⁶⁴ 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/?Mlval=/index_senate&MENUID=24120&LANG=nl.

⁶⁵ Zie Verslag namens de commissie voor de financiën en voor de economische aangelegenheden, uitgebracht door Dhr. VAN NIEUWKERKE, *Parl. St. Senaat*, 2007-08, nr. 4-477/2, 2.5. (hierna “Verslag VAN NIEUWKERKE”)

⁶⁶ 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, *Parl. St. Senaat*, 2007-09, nr. 4-477/2, 4.

39. Een eerste gevaar waaraan België zich blootstelt met de eventuele niet-naleving van de vervaltermijn waarbinnen de optie kon worden gelicht, is een mogelijk door de Europese Commissie in te leiden inbreukprocedure in de zin van artikel 226 van het EG-Verdrag.⁶⁷ Het is echter niet zeker of de Commissie bereid zal worden gevonden om een dergelijke procedure op te starten omwille van het overschrijden van een vervaltermijn met één dag en dan nog in een materie waarin het op internrechtelijk vlak al niet evident is om uit te maken of er op tijd besloten is om de optie te lichten én in een situatie waarin verscheidene andere lidstaten eveneens de genoemde optie hebben gelicht.

40. Een ander, meer reëel gevaar, schuilt daarentegen 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 (kandidaat-)verzekerde, besluit tot de *niet-toepasselijkheid* van de bepalingen van de Wijzigingswet wegens strijdigheid met de Genderrichtlijn. Dit zou tot gevolg hebben dat het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten toch onmogelijk wordt. Een dergelijk scenario wordt verklaard door de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaken *CIA-Security en Unilever*, waar bleek dat op de bepalingen van een Europese richtlijn ook in privaatrechtelijke verhoudingen beroep kan worden gedaan, precies om nationale voorschriften *buiten toepassing te laten* die niet conform deze bepalingen zijn.⁶⁸ Hierbij dient wel te worden opgemerkt 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.⁶⁹ Aangezien de Genderrichtlijn precies wel deze doelstelling heeft, zou men kunnen denken dat de nationale rechter de bepalingen van de Wijzigingswet dan toch niet buiten toepassing kan laten.⁷⁰ Hiertegen kan worden aangevoerd dat op basis van de arresten *CIA-Security* en *Unilever* wel degelijk tot een buiten toepassing laten kan worden besloten van de laattijdige Wijzigingswet omdat het, net zoals in deze arresten, gaat om een situatie waarbij een *procedurele verplichting*⁷¹ door een lidstaat werd overschreden, *in casu*, de overschrijding van een vervaltermijn.

41. Zelfs indien bovenstaande redering niet wordt aangenomen, schijnt de sanctie van niet-toepasselijkheid van de Wijzigingswet nog altijd mogelijk te zijn op basis van de vaststelling dat het Hof van Justitie aan het beginsel van de gelijke behandeling van man en vrouw de status schijnt toe te

⁶⁷ Artikel 258 volgens de nieuwe nummering in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zie <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st06655.nl08.pdf>.

⁶⁸ H.v.J. 30 april 1996, *CIA Security International/Signalson en Securitel*, C-194/94, *Jur.* 1996, I-2201, r.o. 42-55; H.v.J. 26 september 2000, *Unilever/Central Food*, C-443/98, *Jur.* 2000, I-7535, r.o. 49.

⁶⁹ 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, r.o. 109; H.v.J. 24 oktober 2002, *Rimunione Adriatica di Securità/Dario Lo Bue*, C-233/01, *Jur.* 2002, I-9411, r.o. 23. 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, r.o. 39. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu 2008, 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, 158; J. JANS, "De doorwerking in de internationale 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, 125. Voor een commentaar over de redenen voor een verschillende houding van het Hof in enerzijds *CIA-Security* en *Unilever* en anderzijds in *Pfeiffer*, zie K. LENAERTS en T. CORTHAUT, "Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law", *European Law Review* 2006, afl. 31, 305-306.

⁷⁰ 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 MAZÁK, conclusie van 15 februari 2007 voor H.v.J. *Palacios de la Villa/Cortefiel Servicios*, C-411/05, *Jur.* 2007, I-8531, r.o. 128-129.

⁷¹ In deze arresten ging het om het niet naleven van een notificatieplicht door de betrokken lidstaten; zie de verwijzing in voetnoot 68.

kennen van *algemeen beginsel van gemeenschapsrecht*.⁷² 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 van de Europese Unie is.⁷³ Zoals zeer duidelijk is gebleken in de zaak *Mangold* voor het Hof van Justitie is het mogelijk om dergelijke beginselen in te roepen in geschillen tussen particulieren.⁷⁴ Op deze beginselen kan dan vervolgens beroep worden gedaan om nationale wetgeving die met deze beginselen in conflict komen buiten toepassing te laten.⁷⁵ In navolging van deze rechtspraak zal de nationale rechter dan ook gehouden zijn om de bepalingen van de Wijzigingswet buiten toepassing te laten in de mate dat zij niet overeenstemt met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zoals dat tenminste uitdrukking krijgt in de Genderrichtlijn.⁷⁶ Indien de overschrijding van de in de Genderrichtlijn vervatte vervaltermijn dus wordt vastgesteld, zal het voortbestaan van de mogelijkheid om voor het bepalen van premies- en prestaties in levensverzekeringen rekening te houden met het geslacht, zeer onzeker worden. Toch is het geen uitgemaakte zaak of het louter overschrijden van een vervaltermijn die liep tot 21 december 2007, op

⁷² Zie H.v.J. 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04-P, *Jur.* 2007, I-6767, r.o. 50, waar het Hof naast de erkenning van het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw, ten gronde uitspraak deed over de (niet-)overeenstemming tussen het beginsel van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen en het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in het pensioenstelsel van de gemeenschappen; zie ook reeds H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena* (Defrenne II), nr. 43/75, *Jur.* 1976, 455, r.o. 12; zie ook de observatie van advocaat-generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04, *Jur.* 2007, I-6767, r.o. 46, die terecht opmerkt dat de kwalificatie van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen als een beginsel van gemeenschapsrecht niet wil zeggen dat de gemeenschapswetgever nooit mag voorzien in gerechtvaardigde uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling die het gebruik van gedifferentieerde actuariële tabellen mogelijk maken. Het is wel zo dat dergelijke maatregelen kunnen worden aangevochten maar het is dan aan het Hof van Justitie om te beoordelen of deze uitzonderingen gerechtvaardigd zijn.

⁷³ 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, "La lutte contre les discriminations dans l'Union Européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Het nieuwe federale discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2008, 50.

⁷⁴ H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, r.o. 75-78; 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-144/04 *Mangold v. Rüdiger Helm*", *European anti-discrimination law review* 2006 april, afl. 2, 45-46; E. BRIBOSIA, *I.c.*, 59-60. Zie daarvoor ook reeds H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne/Sabena* (Defrenne II), nr. 43/75, *Jur.* 1976, 455, r.o. 39. Zie voor een kritiek, W. DEVROE, *I.c.*, 150-161; M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *Rechtskundig Weekblad* 2006-2007, afl. 7, 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 - 1^{er} Janvier - 31 décembre 2005", *Journal des Tribunaux Droit Européen* 2006, afl. 3, 80; Zie ook 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, r.o. 133.

⁷⁵ H.v.J. 22 november 2005, *Mangold/Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-9981, r.o. 77, met verwijzing naar H.v.J. 9 maart 1978, *Administratie van de Staatsfinanciën/Simmenthal*, nr. 106/77, *Jur.* 1978, I-629, r.o. 21; H.v.J. 5 maart 1998, *Solred/Administración General del Estado*, C-374/96, *Jur.* 1998, I-937, r.o. 30.

⁷⁶ Indien de nationale regel echter in overeenstemming is met de inhoud van een richtlijn, kan de nationale rechter niet verplicht worden om deze bepaling buiten toepassing te laten op grond van vermeende strijdigheid met een algemeen beginsel. Zie in dezelfde zin 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, r.o. 136-139. Zie eveneens advocaat-generaal SHARPSTON, conclusie van 30 november 2006 voor H.v.J. *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04, *Jur.* 2007, I-6767, r.o. 58. Zie voor een analyse, W. DEVROE, *I.c.*, 151, 156-157, 159. Zie meer recent ook 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, *nog niet gepubliceerd*, r.o. 22; advocaat-generaal SHARPSTON, conclusie van 22 mei 2008 voor H.v.J. *Bartschl/Bosch und Siemens Hausgeräte*, C-427/06, *nog niet gepubliceerd*, r.o. 87-88.

zich voldoende indicatie oplevert om te spreken van een schending van een tussen particulieren werkzaam beginsel van gemeenschapsrecht. Teneinde over de gevolgen van een dergelijke (anti-) conceptie duidelijkheid te krijgen in eventuele geschillen tussen een potentieel benadeelde verzekeringnemer en een verzekeringsonderneming en teneinde de rechtsonzekerheid hieromtrent op te heffen, dringt een prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie zich op.

42. Volledigheidshalve dient hier reeds aan te worden toegevoegd dat de niet-nageleefde vervaltermijn waarschijnlijk ook het Belgisch Grondwettelijk Hof niet onberoerd zal laten. Door de VZW “Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop” werd alvast een beroep tot nietigverklaring tegen de Wijzigingswet ingesteld bij het Grondwettelijk Hof, wegens schending van de artikelen 10, 11 en 11bis van de Belgische Grondwet.⁷⁷

§ 5. VASTSTELLING, BEWIJSLAST EN RECHTVAARDIGING VAN DISCRIMINATIE: NAAR EEN GEMEENSCHAPPELIJK VERBOD

43. Onder deze paragraaf zullen wij nagaan op welke manier een direct of indirect onderscheid kan worden aangetoond door de benadeelde verzekeringnemer en op welke manier een verzekeraar dit aangetoonde onderscheid kan weerleggen of rechtvaardigen. We zullen daarbij in de eerste plaats uitgaan van het regelgevend kader dat wordt teruggevonden in de Genderrichtlijn en de jurisprudentie van het Hof van Justitie omtrent geslachtsdiscriminatie. Daarnaast worden de reeds op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie in de Belgische wetgeving uitgewerkte bewijsconcepten mee in de analyse opgenomen. Tevens zullen wij interessante illustraties betrekken uit de Nederlandse rechtspraak omtrent geslachtsdiscriminatie. Deze rechtspraak heeft in tegenstelling tot de Belgische rechtspraak reeds de tijd gehad om zich op verschillende terreinen, waaronder ook de verzekeringssector, te ontwikkelen. Omdat iedere lidstaat uiteindelijk dezelfde bepalingen uit de Genderrichtlijn moest omzetten, wordt gesuggereerd dat de leidraden die uit deze analyse worden gedestilleerd, vorm kunnen geven aan de manier waarop ook in andere lidstaten van de Unie met de problematiek van discriminatie en verzekering wordt omgegaan.

A. Verschuiving van de bewijslast

44. Door de Genderrichtlijn⁷⁸, wordt (net zoals overigens even expliciet door de AWGB⁷⁹ en de Belgische Genderwet⁸⁰) voorzien in een zogenaamde verschuiving van de bewijslast. Hierbij volstaat het dat de persoon die zich benadeeld acht door de niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, voor de rechter feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. De verweerder zal op zijn beurt dienen te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.

B. Vaststellen van directe discriminatie

1. ALGEMEEN – CAUSALITEIT EN VERGELIJKBAARHEID

⁷⁷ Zie *Belgisch Staatsblad* 24 juli 2008, 38 628.

⁷⁸ Zie artikel 9 van de Genderrichtlijn. Zie eveneens artikel 8 van de Kaderrichtlijn en artikel 10 van de Rasrichtlijn. Deze bepalingen komen overeen met de formulering in artikel 4 van de Bewijslastrichtlijn.

⁷⁹ Zie artikel 10 AWGB.

⁸⁰ Zie artikel 33, §1 Genderwet.

45. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie valt niet snel een eenvormig patroon waar te nemen omtrent de manier waarop directe discriminatie kan worden vastgesteld. Over het algemeen komt de vraag naar de aanwezigheid van directe discriminatie ook niet zo snel aan bod omdat het onderscheid evident is of omdat de nationale rechter het reeds heeft vastgesteld.⁸¹ Het is pas in gevallen waarbij het niet evident is om het geslacht als onderscheidend criterium aan te wijzen (omdat er geen openlijk gebruik van wordt gemaakt) of in situaties waarbij het niet zomaar kan voorondersteld worden dat mannen en vrouwen zich in een vergelijkbare situatie bevinden, dat de klager het moeilijker zal hebben om een ongelijke behandeling aan te tonen.⁸²

46. In zulke gevallen, zo mag blijken uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, zal de vaststelling, alsook de weerlegging van een vastgesteld (vermoeden) van discriminatie, veelal draaien rondom twee constitutionele bestanddelen. Aan de ene kant het causale verband tussen het geslacht en de ongelijke of ongunstige behandeling en aan de andere kant de vergelijkbaarheid van de situaties waarin mannen en vrouwen zich bevinden.⁸³ Deze twee bestanddelen vinden we uitdrukkelijk terug in de definitie van directe discriminatie in de Genderrichtlijn (net zoals overigens in de Ras- en de Kaderrichtlijn). Het vereiste van causaliteit kan expliciet worden teruggevonden in artikel 2, lid a) van de Genderrichtlijn dat spreekt over een ongunstige behandeling “*op grond van geslacht*”. Het constitutionele bestanddeel van de *vergelijkbaarheid* van situaties - het verbod op ongelijke behandeling kan maar gelden voor gevallen die vergelijkbaar zijn - komt eveneens tot uiting in artikel 2, lid a) van de Genderrichtlijn: er is sprake van directe discriminatie indien iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een *vergelijkbare situatie* wordt, is of zou worden behandeld.

2. ACTUELE, HISTORISCHE ÉN HYPOTHETISCHE REFERENTIEPERSOON

47. Uit de formulering van de Genderrichtlijn blijkt dat de partij die zich ongunstig behandeld voelt, de mogelijkheid heeft om zich te vergelijken met een *actuele*, *historische* of zelfs een *hypothetische* referentiepersoon.⁸⁴ Er zal namelijk sprake zijn van directe discriminatie wanneer iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander (de referentiepersoon) in een vergelijkbare situatie *wordt* (actuele referentiepersoon), *is* (historische referentiepersoon) of *zou* (hypothetische referentiepersoon) worden behandeld.

48. Zo zal het voor een vrouwelijke verzekerde bv. mogelijk zijn om haar premielast te vergelijken met de premie die een man vandaag of in het verleden diende te betalen. (actuele of hypothetische referentiepersoon). Zelfs als er geen referentiepersoon van het andere geslacht te vinden is, is het mogelijk om aan te voeren dat als een verzekeringsonderneming toch een persoon van het andere geslacht zou verzekerd hebben, deze persoon tegen gunstiger voorwaarden zou verzekerd zijn. De Genderrichtlijn loopt op dit vlak gelijk met de Ras- en de Kaderrichtlijn⁸⁵ maar wijkt wél af van de rechtspraak die werd gewezen met betrekking tot gelijke beloning tussen mannen en vrouwen, waar een hypothetische referentiepersoon traditioneel niet wordt aanvaard.⁸⁶ Opgemerkt zij nog dat de

⁸¹ B. J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 128.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Zie bv. H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofel/Bank der Österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 62; H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, 1275, r.o. 12.

⁸⁴ Zie artikel 2, sub a) van de Genderrichtlijn. In België werd deze bepaling overgenomen in artikel 5, 5° van de Genderwet.

⁸⁵ Zie telkens artikel 2, lid 2, sub a) van de Ras- en de Kaderrichtlijn.

⁸⁶ Zie H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, 1275, r.o. 14-15; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees/James Richard Russell*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-4389, r.o. 103. Zie ook 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.

Nederlandse Raad van State, in haar advies bij de omzettingwetgeving voor de Genderrichtlijn, had aangedrongen om de terminologie "wordt of zou worden behandeld" in de beschrijving van direct onderscheid in de AWGB in te voegen.⁸⁷ De beslissing om dit alsnog te doen is echter uitgesteld om reden van de hierboven uiteengezette bezorgdheid van de Nederlandse regering om de Genderrichtlijn tijdig te implementeren.⁸⁸

3. BEWIJSMETHODEN

49. Praktisch gesproken zijn er in de jurisprudentie van het Hof van Justitie enkele bewijsmethodes zichtbaar waarbij ofwel bewijsmateriaal wordt aangedragen over het bestaan van een causale relatie tussen het geslacht en de ongelijke behandeling ofwel over de vergelijkbaarheid van situaties waarin mannen en vrouwen zich bevinden. We onderscheiden hierbij respectievelijk de zogenaamde *patroonmethode* en de *eliminatiemethode*. Wanneer sterker bewijs wordt geleverd inzake de aanwezigheid van een oorzakelijk verband wordt doorgaans minder belang gehecht aan een gedetailleerd bewijs inzake de vergelijkbaarheid van de situaties.⁸⁹ Omgekeerd geldt eveneens dat wanneer sterk bewijs wordt aangedragen voor de vergelijkbaarheid van de situaties, de noodzaak aan het leveren van het bewijs van het oorzakelijk verband afneemt.⁹⁰

(a) Patroonmethode

50. De patroonmethode, zoals die wordt gebruikt in enkele belangrijke loondiscriminatiezaken voor het Hof van Justitie⁹¹, komt erop neer dat het slachtoffer probeert een bepaald patroon van discriminatie aan te tonen dat kan worden gevonden in statistieken die wijzen op een systematische benadeling van een bepaalde groep.⁹² Door het aanduiden van dit patroon wordt duidelijk dat de ongelijke behandeling gebaseerd was op het geslacht.

51. Een goed voorbeeld van een toepassing van het gebruik van de patroonmethode in verzekeringsrelaties kan worden gevonden in CGB-oordeel 2004-37.⁹³ In deze zaak moest de CGB oordelen of een verzekeraar in strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, 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 haar werk. Er was in dit geval geen openlijk gebruik van het geslachts criterium, 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

FREDMAN, "European Community Discrimination Law: a critique", *Industrial Law Journal* 1992, afl. 21, 124. Zie ook C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 346, die stelt dat sinds de uitvaardiging van Richtlijn 2002/73/EG de baan naar het gebruik van een hypothetische referentiepersoon in gelijke beloningszaken toch open ligt, daar de principes inzake gelijke beloning onder "hetzelfde dak" gebracht zijn als de principes inzake gelijke behandeling op basis van geslacht voor wat betreft de arbeidsvoorwaarden, waar de vergelijking naar een hypothetische referentiepersoon wél is toegestaan.

⁸⁷ Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 4, 3.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 4, 4.

⁸⁹ Zie C. BAYART, o.c., 334-335.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199; 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. 31 mei 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri (Royal Copenhagen)*, C-400/93, *Jur.* 1995, I-1275.

⁹² Zie C. BAYART, o.c., 334. Naar deze methode wordt ook verwezen in de voorbereidende werken voor de Belgische Genderwet, zie Verslag Commissie Justitie, 75.

⁹³ Oordeel CGB 2004-37, <http://www.cgb.nl/opinion.php?id=453055345>.

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.⁹⁴

(b) Eliminatiemethode

52. De eliminatiemethode, die is gebaseerd op de zogenaamde LENZ-formule⁹⁵ van het Hof van Justitie en ontwikkeld is in loondiscriminatiezaken, komt er (in het geval van loondiscriminaties) op neer dat de eiser bij het niet-openlijk gebruik van het geslacht enkel moet aantonen dat er sprake is van een ongelijke "beloning" (lees: behandeling) terwijl er "vergelijkbare arbeid wordt verricht" (lees: mannen en vrouwen zich in een vergelijkbare situatie bevinden).⁹⁶ Door de *vergelijkbaarheid* te bewijzen van de situaties waarin de verschillend behandelde personen zich bevinden kunnen factoren die niets met het geslacht te maken hebben worden "geëlimineerd", waardoor het verschil in geslacht als enige verklarende factor overblijft.⁹⁷

53. Indien we de hierboven beschreven eliminatiemethode transponeren naar gevallen van geslachtsdiscriminatie in verzekeringsovereenkomsten zal de eiser dienen aan te tonen dat er sprake is van ten eerste "een verschil in [premie of contractvoorwaarde]"⁹⁸ en ten tweede van een "vergelijkbaar [risico] tussen een vrouwelijke en een mannelijke [verzekeringnemer]"^{99, 100}. Het dient gezegd dat deze eliminatiemethode reeds in het arbeidsrecht wordt aangemerkt als een "zeer lage bewijsdrempel".¹⁰¹ Het is dan ook niet vreemd dat bv. de Belgische Raad van State in haar advies bij het Wetsontwerp voor de Belgische Genderwet twijfelde of de "omkering van de bewijslast op grond van de eliminatie van andere factoren, ook *buiten* de context van gelijke beloning kan worden toegepast [zeker in gevallen waar men er] door de aard van de handeling zelf toe gebracht [wordt] een onderscheid te maken."¹⁰² Daar verzekeringen per definitie worden getypeerd door het maken van onderscheiden is het dan ook niet zeker of de rechtspraak inzake loondiscriminatie kan worden toegepast op een verzekeringscontext. Hiertegen kan dan weer worden ingebracht dat het in een verzekeringscontext sowieso niet eenvoudig zal blijken om de vergelijkbaarheid te bewijzen van de situatie waarin mannen en vrouwen zich bevinden, daar zij zich in verzekeringstechnisch opzicht vaak in een verschillende positie (schijnen) te bevinden. Om aan deze bewijsproblematiek tegemoet te komen bieden kan een verdeling van de bewijslast toch voor enig evenwicht zorgen.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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, r.o. 22-23.

⁹⁶ 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, *Brunnhofel/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 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.

⁹⁷ C. BAYART, o.c., 334.

⁹⁸ I.p.v. een verschil in *loon*.

⁹⁹ I.p.v. vergelijkbare *arbeid* tussen mannelijke en vrouwelijke *werknemers*.

¹⁰⁰ H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhofel/Bank der österreichischen Postsparkasse*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 61.

¹⁰¹ M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen" *I.c.*, 89.

¹⁰² Zie Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp voor de Genderwet, *Parl. St. Kamer 2006-2007*, nr. 2721/005, 12.

4. WEERLEGGINGSMOGELIJKHEDEN ANDERE DAN DE RECHTVAARDIGING VAN HET ONDERSCHIED

54. Dat de Genderrichtlijn, buiten het optierecht van de lid-staten, geen mogelijkheid biedt tot een objectieve en redelijke rechtvaardiging van directe discriminatie op basis van geslacht wil niet zeggen dat een verzekeraar niets zou kunnen ondernemen tegen het tegen hem gevestigde vermoeden van directe discriminatie. Ten eerste kan de verzekeraar betwisten dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het geslacht en de ongelijke behandeling. (a) Ten tweede kan hij bewijzen aanvoeren tegen de vergelijkbaarheid van de voorliggende risico's (b).

(a) Afwezigheid van causaliteit

55. Eén van de acties die een verzekeraar kan ondernemen ter weerlegging van het door de verzekerde gevestigde vermoeden van discriminatie bestaat erin aan te tonen dat het verschil in behandeling kan worden "gerechtvaardigd met objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op basis van het geslacht".¹⁰³ Indien dit het geval is kan het zogenaamde "oorzakelijk verband" tussen het geslacht en het verschil in behandeling worden doorkruist en is er geen sprake van directe discriminatie.¹⁰⁴

56. 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, valt te vinden in de rechtspraak van de CGB waarbij moest worden geoordeeld 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.¹⁰⁵ 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 BW). Bij het verzekeren van een dame die reeds zwanger is op het moment van het ingaan van een verzekering valt deze onzekerheid zo goed als helemaal weg. 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. De CGB volgde de verzekeraar hier in haar stelling door te oordelen dat

*"het vereiste van onzekerheid een wezenlijk element [is] van de verzekering. Dit vereiste geldt voor beide geslachten. [...] Het feit dat alleen vrouwen zwanger kunnen worden, brengt niet met zich dat verweerster geen consequenties mag verbinden aan het ontbreken van het essentiële kenmerk van de verzekering, te weten onzekerheid."*¹⁰⁶

De verzekeraar had volgens de CGB dan ook geen onderscheid gemaakt "op grond van geslacht".

¹⁰³ H.v.J 26 juni 2001, *Brunnhöfer/Bank der Österreichischen Postsparkasse*, zaak C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 62. Deze bevinding is in feite niet meer dan een bevestiging van de rechtspraak van het Hof in *Macarthy's*, waar het Hof reeds duidelijk maakte dat een verschil in behandeling kan worden "verklaard" door de invloed van "factoren die los staan van iedere discriminatie uit hoofde van geslacht". Zie H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy's/Wendy Smith*, 129/79, *Jur.* 1980, 1275, r.o. 12.

¹⁰⁴ E. ELLIS, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press 2005, 109; C. BAYART, o.c., 109-110.

¹⁰⁵ Oordeel CGB 2006-44, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453055790>.

¹⁰⁶ Vgl. 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, die opmerkt dat in het geval de aanvraagster zwanger is op het moment van aangaan van de verzekering, nog altijd sprake is van voldoende zekerheid in de zin van 7:925 BW omdat er op dat moment niet vaststaat dat er daadwerkelijk een bevalling zal plaatsvinden.

57. In het differentiatiebeleid van de verzekeraar zal het vaak voorkomen dat de hoogte van de premie slechts voor een gedeelte is gebaseerd op het geslacht, maar voor een ander gedeelte op "neutrale" criteria zoals bv. rookgedrag. In de literatuur wordt gesproken over het probleem van de zogenaamde "mixed motive decisions".¹⁰⁷ Het Hof van Justitie heeft nog geen voldoende duidelijkheid verschaft over de vraag of er in zulke gevallen ook sprake is van directe discriminatie. In *Dekker* geeft het Hof alvast de leidraad mee dat als de verboden discriminatiegrond¹⁰⁸ niet de voornaamste reden is voor het verschil in behandeling en dit verschil wordt verklaard vanuit neutrale motieven, er geen sprake is van een oorzakelijk verband en dus ook niet van directe discriminatie.¹⁰⁹ Een verzekeraar die aldus kan aantonen dat de verboden discriminatiegrond (zoals de leeftijd of het geslacht) minder bepalend is voor de hoogte van de premie dan het rookgedrag, zou dus misschien nog een kans hebben om onder een discriminatieclaim uit te komen. Dit zal echter niet makkelijk zijn om aan te tonen en de beoordeling ervan door de rechter zal eveneens moeilijk voorspelbaar zijn. In ieder geval zal een verzekeraar zich schuldig maken aan directe discriminatie indien enkel bij vrouwen het rookgedrag mede-bepalend is voor de hoogte van de premie, de uikering of andere contractvoorwaarden en dit rookgedrag bij mannen en/of jongeren buiten beschouwing wordt gelaten.¹¹⁰

58. Hierbij dient toch te worden opgemerkt dat in de rechtspraak van de CGB rond zwangerschapsdiscriminatie in arbeidszaken toch iets soepeler (dat wil zeggen strenger voor de verweerder) wordt omgegaan met het causaliteitsvereiste in het geval er sprake is van een "mixed motive decision". Voor de CGB kan er namelijk reeds sprake zijn van een ongelijke behandeling indien één van de verboden gronden mede een rol heeft gespeeld bij de bestreden ongelijke behandeling.¹¹¹ Zo oordeelde de CGB dat ook 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.¹¹²

59. Ook in de gevallen waarbij een verweerder zich beroept op een wettelijke uitzonderingsgrond neemt de CGB een (voor de verweerder) strenge houding aan ten opzichte van het causaliteitsvereiste. In de hoger besproken casus waarbij de CGB moest oordelen over een verschillende premie voor mannen en vrouwen in een overlijdensverzekering nam de CGB 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 in zijn uiteindelijke oordeel dat er *geen* verboden onderscheid was.¹¹³ Indien er dus, buiten de door het Besluit Gelijke Behandeling gedoogde verschil in levensverwachting¹¹⁴ wél nog andere geslachtsgerelateerde factoren ten grondslag zouden liggen aan de verschillende premiestelling, zou er wél besloten zijn tot een verboden onderscheid.

¹⁰⁷ D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, o.c., 87-88; C. BAYART, o.c., 111-112; M. DE VOS, "Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?", in D. CUYPERS (red.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht - Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia 2003, 247.

¹⁰⁸ In de zaak *Dekker* voor het Hof van Justitie was dit het geslacht en het risico op zwangerschap.

¹⁰⁹ H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassene plus*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, r.o. 10-12. Zie ook C. BAYART, o.c., 111.

¹¹⁰ Zie een analoog voorbeeld over het weigeren van vrouwen in zwembaden op basis van gewicht, 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.

¹¹¹ Zie J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, o.c., 44-45, met verwijzing naar Oordeel CGB 1995-15.

¹¹² Oordeel CGB 1995-15, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=36>.

¹¹³ Oordeel CGB 2007-160, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453056724>.

¹¹⁴ Zie artikel 1, lid h van het Besluit Gelijke Behandeling.

(b) Geen vergelijkbaarheid

60. Een andere mogelijkheid waarop een verzekeraar beroep kan doen ter weerlegging van het tegen hem gecreëerde vermoeden houdt in dat hij met alle mogelijke middelen tracht aan te tonen dat het slachtoffer en de referentiepersoon waarmee hij zich vergelijkt, zich in een feitelijk totaal verschillende situatie bevinden.¹¹⁵

61. Een voor verzekeringondernemingen relevant voorbeeld van deze uitwijkingsmogelijkheid vinden we in de Nederlandse rechtspraak omtrent de aparte voorwaarden die worden gekoppeld aan de verzekering ter dekking van het zwangerschapsrisico in arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor zelfstandigen. Zo diende de rechtbank van Utrecht zich reeds enkele keren uit te spreken over de vraag of er sprake was van een schending van de AWGB indien er aan het recht op een zwangerschapsuitkering onder de arbeidsongeschiktheidsverzekering, een wachttermijn¹¹⁶ van twee jaar werd verbonden, terwijl deze voorwaarde niet wordt gesteld voor arbeidsongeschiktheid die het gevolg is van ziekte.¹¹⁷

62. De verzekeraar verweerde zich in deze zaken door te trachten aan te tonen dat de personen die aanspraak maken op een zwangerschapsuitkering *niet vergelijkbaar* zijn met personen die aanspraak maken op een arbeidsongeschiktheidsuitkering als gevolg van ziekte. In verzekeringstechnische zin zou het namelijk gaan om een ander soort risico: er is een kans op misbruik van de zwangerschapsuitkering, in die zin dat men zich voor een relatief korte periode rond de zwangerschap zou verzekeren en dit wil de verzekeraar voorkomen. (Of 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*”).¹¹⁸ Bovendien zo werd geredeneerd, kan de wachttermijn van twee jaar alleen vrouwen treffen waardoor er enkel sprake is van onderscheid tussen vrouwen onderling en niet tussen mannen en vrouwen.

De rechtbank van Utrecht volgde deze argumentatie door te stellen dat er inderdaad geen schending van de AWGB kon worden vastgesteld, daar de zwangerschapsregeling als een apart onderdeel van de arbeidsongeschiktheidsverzekering moet worden aangemerkt en binnen dit onderdeel inderdaad geen onderscheid naar geslacht wordt gemaakt. Het recht op een uitkering op grond van arbeidsongeschiktheid en het recht op uitkering wegens zwangerschap en bevalling zijn 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*.”¹¹⁹

63. Deze argumentatie kreeg zowel navolging als kritiek te verwerken waar we hierbij kort even op ingaan. In *navolging* van de uitspraken van de Rechtbank van Utrecht ziet bv. WANSINK geen

¹¹⁵ Zie artikel 2, sub a) van de Genderrichtlijn, artikel 2, lid 2, Sub a) van de Rasrichtlijn en artikel 2, lid 2, Sub a) van de Kaderrichtlijn waarin gevraagd wordt dat de persoon waarmee men zich vergelijkt, zich in een *vergelijkbare situatie* bevindt.

¹¹⁶ Een wachttermijn van deze orde komt er op neer dat de voorwaarde wordt gesteld dat de vermoedelijke bevallingsdatum twee jaar na de ingangsdatum van de verzekering ligt.

¹¹⁷ Rb. Utrecht 3 mei 2006 LJN AW 7505 en Rb. Utrecht 10 januari 2007, LJN AZ6602. Zie voor een bespreking tevens A. ELEVELD, “Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering”, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2007, afl. 3, 119.

¹¹⁸ J.H. WANSINK, *l.c.*, 6-7.

¹¹⁹ Rb. Utrecht 3 mei 2006 LJN AW 7505, r.o. 4.8.

onderscheid op grond van geslacht in de zin van de AWGB (en zelfs niet in de zin van de formulering van de Genderrichtlijn) in een zwangerschapsuitkering met een wachtermijn van twee jaren en dit omdat het zwangerschapsrisico zich uitsluitend bij vrouwen voordoet en er aldus geen sprake is van "een risico dat mannen en vrouwen gelijkelijk lopen".¹²⁰ Het tegenovergestelde is volgens hem het geval in het voorbeeld van levensverzekering, net zoals dit het geval is met een geschil waarbij (hierbij verwijzend naar de zaak *Dekker*¹²¹) het niet aannemen van een zwangere vrouw wordt aangemerkt als discriminatoir, ondanks het feit dat er geen man was met wie er kon worden vergeleken.¹²² In dit soort zaken kan er volgens WANSINK wél sprake zijn van onderscheid op basis van geslacht omdat het daar gaat om een functie/risico dat door zowel mannen als vrouwen kon worden ingevuld/gelopen.

64. *Kritiek* op het oordeel van de Rechtbank van Utrecht kwam er evenzeer en dit vanwege de CGB die stelde dat een regeling voor werknemers die arbeidsongeschikt zijn om redenen die verband houden met zwangerschap, wel degelijk mag (en kan) worden vergeleken met een regeling voor werknemers die om andere redenen arbeidsongeschikt zijn.¹²³ De CGB (alsook de Utrechtse Voorzieningenrechter¹²⁴) verwijst hierbij eveneens naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie in *Dekker* waar niet vereist wordt dat er in het specifieke geval mannen en vrouwen kunnen vergeleken worden.¹²⁵

65. Zonder zich uit te spreken voor of tegen het discriminatoir karakter van afwijkende voorwaarden voor de verzekering van het zwangerschapsrisico kaart ook ELEVELD het belang aan van de vraag naar de vergelijkbaarheid tussen arbeidsongeschiktheid door zwangerschap en arbeidsongeschiktheid door ziekte. Zij haalt hierbij inspiratie uit het *McKenna*-arrest van het Hof van Justitie, waar werd gesteld dat een vrouw die afwezig is wegens een zwangerschapsgebonden ziekte op dezelfde manier dient te worden behandeld als een mannelijke werknemer die afwezig is wegens ziekte.¹²⁶ Evenwel vindt zij in het *Boyle*-arrest van het Hof van Justitie bewijs dat alleen medisch vastgestelde arbeidsongeschiktheid van de zwangere werknemster met andere arbeidsongeschiktheid kan worden vergeleken¹²⁷ en als dusdanig dringt zich dan ook de noodzaak van een eenduidige definitie van medische arbeidsongeschiktheid op.¹²⁸

66. Los van deze discussie moet toch worden opgemerkt dat een redenering zoals "zwangere vrouwen zijn in verzekeringstechnisch opzicht niet vergelijkbaar met mannen en dienen dus ook ongelijk te worden behandeld", moeilijk kan worden volgehouden in het licht van de overweging bij de Genderrichtlijn dat de kosten in verband met zwangerschaps- en moederschapsrisico's niet aan de leden van één geslacht mogen worden toegerekend.¹²⁹ In die zin moet wellicht dan ook de formulering van artikel 2, lid a) van de Genderrichtlijn worden begrepen, waarbij voor het vaststellen een

¹²⁰ J.H. WANSINK, *l.c.*, 9.

¹²¹ H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting Jong-Volwassen Nederland*, C-177/88, 1990, I-3941.

¹²² Het is dus niet de afwezigheid van een actueel referentiepersoon die de kwalificatie van een door de wet verboden onderscheid verhindert. Het gebruik van een hypothetisch referentiepersoon blijkt in deze visie aanvaard.

¹²³ Oordeel 2006-232 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453056505>, r.o. 3.15, met verwijzing naar Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 15 november 2005, LJN AU6168.

¹²⁴ Rb. Utrecht 15 november 2005, LJN AU6168, r.o. 4.8.

¹²⁵ H.v.J. 8 november 1990, *Dekker/Stichting Jong-Volwassen Nederland*, C-177/88, *Jur.* 1990, I-3941, r.o. 16 en 17.

¹²⁶ Zie H.v.J. 8 september 2005, *North Western Health Board/McKenna*, C-191/03, *Jur.* 2005, I-07631, r.o. 62.

¹²⁷ Zie H.v.J. 27 oktober 1998, *Boyle/Equal Opportunities Commission*, C-411/96, *Jur.* 1998, I-06401, r.o. 39-42.

¹²⁸ A. ELEVELD, "Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering", *l.c.*, 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.

¹²⁹ Zie ov. 20 bij de Genderrichtlijn.

(vermoeden van) directe discriminatie op grond van zwangerschap, geen bewijs wordt gevraagd van een “ongelijke behandeling”, maar veeleer van een “ongunstige behandeling” wegens zwangerschap en moederschap. In deze opvatting kan het feit dat het zwangerschapsrisico wordt uitgesloten omdat ze niet als ziekte wordt beschouwd, wél als directe discriminatie worden gezien, en dit precies omdat deze uitsluiting alleen vrouwen kan treffen.¹³⁰ Het feit dat de Genderrichtlijn nochtans vraagt dat de beoordeling van de ongunstige behandeling gebeurt aan de hand van een “vergelijkbare situatie” hoeft hierbij niet noodzakelijk een probleem te vormen. Het feit dat een man niet zwanger kan zijn, wil niet zeggen dat hij zich in verzekeringstechnisch opzicht niet in een situatie kan bevinden waarin hij evenzeer invloed kan uitoefenen op het risico, waardoor hij zich wel in een vergelijkbare situatie bevindt.¹³¹ Zo zijn perfect situaties denkbaar waarbij mannen bepaalde heelkundige ingrepen uitstellen tot een moment dat zij zich aangesloten weten bij een of andere vorm van ziekteverzekering.

67. Ter illustratie kan hieraan nog worden toegevoegd dat in bepaalde gevallen ook mannen kunnen worden gediscrimineerd op grond van zwangerschap, indien een verzekeraar hen een bepaald voordeel niet toekent omwille van het feit dat zij *niet* zwanger kunnen worden. Zo maakte een uitvaartverzekeringsmaatschappij een verboden onderscheid door kosten van de uitvaart van een levenloos geboren kind slechts te vergoeden aan verzekerde moeders, en niet aan verzekerde vaders. Het argument van de verzekeringmaatschappij dat de ongelijke behandeling verklaard werd door het feit dat alleen vrouwen zwanger kunnen worden en kinderen kunnen baren bleek hier voor de CGB nogmaals niet op te gaan. Volgens de CGB stond dit verweer van de verzekeraar gelijk met “*een beroep op de uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van geslacht omdat het geslacht, in dit geval van de moeder, bepalend is.*”¹³² Daar er echter *in casu*, volgens de CGB geen van de uitzonderingsbepalingen met betrekking tot geslachtsbepaaldheid in artikel 1 van het Besluit Gelijke Behandeling van toepassing was, kon het verweer van de verzekeraar niet slagen.¹³³

C. Vaststellen van indirecte discriminatie

1. HET AANTONEN VAN EEN “BIJZONDERE” BENADELING

68. Hierboven merkten we reeds op dat voor het vaststellen van een (vermoeden van) indirecte discriminatie in de Genderrichtlijn, expliciet gewag wordt gemaakt van een zogenaamde “benadelingstoets”. Het betreft een nieuwe formulering die er voor zorgt dat geen uitgewerkte en gedetailleerde statistische gegevens meer dienen te worden aangebracht die moeten aantonen dat een *wezenlijk* of *aanzienlijk* groter deel van de leden van één geslacht door de betwiste maatregel wordt getroffen. Statistisch materiaal wordt nog altijd aanvaard als één van de bewijsmogelijkheden waarmee het vermoeden van indirecte discriminatie kan worden gevestigd, maar ook andere technieken kunnen nu worden aangewend voor het aantonen van indirecte discriminatie. Men komt op deze manier tegemoet aan het probleem dat het verzamelen van statistische informatie, als het al voorhanden is, soms zeer moeizaam kan verlopen. Het is goed mogelijk dat relevante statistieken zich enkel bij de

¹³⁰ In dezelfde zin ook de CGB, “Advies gelijke behandeling van zwangere zelfstandigen – Aanbevelingen voor een gelijkebehandelingsbestendig stelsel van zwangerschap en bevallingsuitkeringen”, Advies 2007/04, <http://www.cgb.nl/media/downloadables/Advies%202007-04.pdf>, 13, met verwijzing naar Raad van Beroep Arnhem, 20 februari 1991, RN 1991, 189.

¹³¹ Zie in dezelfde zin B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 130-131, die wijzen op de eenvoudige (maar onaanvaardbare) manier van wegedeneren van het probleem dat de situatie van een zwangere vrouw niet zou kunnen worden vergeleken met de positie van een man. Stellen dat er in zulke gevallen geen sprake van geslachtsdiscriminatie kan zijn, noemen zij terecht een “absurd resultaat”.

¹³² Oordeel CGB 2006-193, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453056470>, r.o. 3.5.

¹³³ *Ibidem*, r.o. 3.6.

verweerder (in ons geval de verzekeraar) bevinden of dat de aangebrachte statistieken van zodanig beperkte orde zijn dat er geen significante conclusies uit kunnen worden getrokken.

2. RICHTINGAANWIJZERS TER AANDUIDING VAN HET VERMOEDEN VAN INDIRECTE DISCRIMINATIE

69. De Belgische wetgever is duidelijk ingegaan op de suggestie dat indirecte discriminatie ook zonder gedetailleerde statistische informatie kan worden opgespoord en geeft daarom voorbeelden van feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. (zie artikel 33, §2, 2° van de Genderwet) Het gaat om zogenaamde "richtingaanwijzers" die als zij door de eiser (de verzekeringnemer) worden voorgelegd om een vermoeden van discriminatie te vestigen, door de verweerder (de verzekeraar) kunnen worden weerlegd. Hierna zal blijken dat ondanks het feit dat dergelijke "richtingaanwijzers" niet in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving worden geëxpliciteerd, hier toch gebruik van blijkt te worden gemaakt in de Nederlandse rechtspraak.

(a) Feiten van algemene bekendheid

70. Als eerste richtingaanwijzer vernoemt de Belgische Genderwet "algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer behoort of feiten van algemene bekendheid".¹³⁴ De Nederlandse AWGB maakt geen explicitering in deze zin. Toch zien we in de rechtspraak van de CGB dat feiten van algemene bekendheid evenzeer gebruikt worden als bewijsmateriaal en ook als ondersteuning voor statistische gegevens indien die niet overtuigend zijn.¹³⁵ Statistische gegevens blijven wel nog altijd één van de belangrijkste bronnen voor het vaststellen van indirect onderscheid.

Toegepast op verzekeringen zou men kunnen denken aan 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 (degenen binnen het gezin die het hoogste inkomen hebben) meer kans maken op een ongeval (bv. doordat ze meer op de baan zijn). Voor de CGB kon in een soortgelijke zaak waarbij het kostwinnerschap werd gehanteerd als voorwaarde voor de toekenning van een bepaalde reductie, een vermoeden van indirecte geslachtsdiscriminatie worden gevestigd op basis van de argumentatie dat het een "*feit van algemene bekendheid is dat vrouwen minder vaak kostwinner (in de betekenis van de wederpartij) zijn dan mannen.*"¹³⁶ Deze conclusie werd ook bevestigd met zogenaamde CBS-gegevens¹³⁷ waaruit bleek dat in slechts 4% van de huishoudens de vrouw meer verdient dan de man.

(b) Intrinsiek verdachte criteria

71. Een tweede richtingaanwijzer die in de Belgische wetgeving wordt aangeboden voor het vestigen van een vermoeden van indirecte discriminatie is het gebruik van een *intrinsiek verdacht criterium* dat "duidelijk meer personen die drager zijn van een beschermd criterium, treft en benadeelt".¹³⁸ Het zou

¹³⁴ Deze mogelijkheid wordt bv. expliciet voorzien in de nieuwe Belgische anti-discriminatiewetgeving. Zie telkens §3 van artikel 33 van de Genderwet, Artikel 28 van de Algemene Wet en artikel 30 van de Racismewet.

¹³⁵ J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, o.c., 46-47.

¹³⁶ Oordeel 1996-6 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=97>, r.o. 3.3.

¹³⁷ CBS staat voor het Nederlands "Centraal Bureau voor Statistiek".

¹³⁸ Zie bv. Verslag Commissie Justitie, *Parl. St. Kamer* 2006-2007, nr. 2720/009, 81.

gaan om maatregelen die gebruik maken van gemeenschappelijke karakteristieken die eigen zijn aan de personen van de beschermde groep.¹³⁹

Als voorbeeld waar een dergelijke indicator zou kunnen worden gebruikt in een verzekeringscontext, kunnen we denken aan een polis hospitalisatieverzekering die de terugbetaling van de behandeling voor borstkanker uitsluit. De onderscheiden behandeling is gesteund op een neutraal criterium maar komt er eigenlijk op neer dat in het merendeel van de gevallen vrouwen moeilijker een ziekteverzekering kunnen krijgen omdat borstkanker zelden voorkomt bij mannen.¹⁴⁰ Het criterium borstkanker kan dan ook worden bestempeld als "intrinsiek verdacht". Volgens de rechtspraak van de CGB zou een vermoeden van discriminatie op een dergelijk criterium kunnen worden gevestigd.¹⁴¹

D. Rechtvaardigingstoets

(a) *Formulering*

72. Nadat er een vermoeden van indirecte discriminatie is gevestigd in de zin van de Genderrichtlijn beschikt de verweerder in de hierboven beschreven gevallen over de mogelijkheid om het gewekte vermoeden van discriminatie te weerleggen aan de hand van een open geformuleerde rechtvaardiging voor het onderscheid. De Genderrichtlijn, (net zoals de Ras- en de Kaderrichtlijn) vermeldt 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.¹⁴² Ook in de AWGB wordt deze formulering (sinds de "EG-implementatiewet AWGB") gehanteerd¹⁴³, evenals in de Belgische Genderwet.¹⁴⁴

73. 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 basisarrest vormt voor de kwalificatie van de criteria waaraan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie moet worden afgemeten.¹⁴⁵ Het door de CGB (en haar voorganger de CGBMV) ontwikkelde toetsingsschema is eveneens gebaseerd op diezelfde rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁴⁶ en ook in de Belgische rechtspraak wordt er gebruik van gemaakt¹⁴⁷, hoewel het voornamelijk de Nederlandse rechtspraak is die reeds in de gelegenheid is geweest om deze rechtvaardigingstoets op meerdere terreinen toe te passen.

(b) *Een rechtvaardiging in drie stappen en toepasselijkheid in verzekeringen*

74. In deze titel zullen we het genoemde driestappenmodel van naderbij bekijken. We bespreken achtereenvolgens de vereisten van een '*legitiem doel*' (i), de geschiktheid om dat doel te bereiken ('*passend*') (ii) en de '*noodzakelijkheid*' van het gemaakte onderscheid om het doel te bereiken (iii). Bij

¹³⁹ C. BAYART, o.c., 173, met verwijzing naar O. DE SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Brussel, PIE Peter Lang, 123 e.v. en 130.

¹⁴⁰ Y. THIERY, "De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?", *T.B.H.* 2003, p. 652, nr. 25.

¹⁴¹ Zie Oordeel 2007-76 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453056653>, waar het hanteren van borstkanker als onderscheidingscriterium werd aangevochten omdat borstkanker bij vrouwen substantieel vaker voorkomt dan bij mannen.

¹⁴² Zie artikel 2, lid b van de Genderrichtlijn.

¹⁴³ Zie artikel 2, lid 1 van de AWGB.

¹⁴⁴ Zie artikel 15 van de Genderwet.

¹⁴⁵ H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, r.o. 36.

¹⁴⁶ J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, o.c., 141.

¹⁴⁷ Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", (noot onder Voorzitter Koophandel Brussel 7 maart 2005), *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2005, afl. 6, 682-688.

iedere stap van het model trekken we vervolgens de lijn door naar de toepasselijkheid van het model in verzekeringsovereenkomsten. Voor een ruimer uitgewerkte toepassing van de rechtvaardiging van vermoed discriminatoir onderscheid in verzekeringen, alsook een economische verantwoording ervan, wordt verwezen naar eerder verschenen publicaties.¹⁴⁸

(i) *Legitiem doel*

75. In de eerste plaats is er sprake van de toetsing van het doel dat wordt nagestreefd met de ongelijke behandeling op basis van geslacht. In de *Bilka*-rechtspraak wordt gevraagd dat indirect geslachtsonderscheid voldoet aan de *werkelijke behoefte van de onderneming* om niet te worden gekwalificeerd als discriminatoir.¹⁴⁹ Analoog met de formulering van de Ras- en de Kaderrichtlijn, gebruikt de Genderrichtlijn een aangepaste formulering door te verwijzen naar een "legitiem doel".

76. Wat betreft het legitiem doel van het (indirect) gebruik van het geslachts criterium door een verzekeraar, kan algemeen verwezen worden naar de behoefte van de verzekeraar om voor elke verzekerde een zo *correct mogelijke risico-inschatting* te doen. Op basis van deze risico-inschatting dienen premies en andere contractvoorwaarden te worden bepaald die, teneinde de rentabiliteit te kunnen verzekeren, in overeenstemming dienen te zijn met het te verzekeren risico.¹⁵⁰

Dat deze gedachte op zich niet altijd zal volstaan ter invulling van het legitieme doel, mocht blijken uit het oordeel van de Voorzieningenrechter in Utrecht die 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 verzekerde risico*" op zich geen objectieve rechtvaardiging aanbrengt om indirect onderscheid te maken.¹⁵¹ Deze opvatting kan in twee betekenissen worden begrepen. Ten eerste kan zij impliceren dat een verzekeraar meer bewijs zal moeten aanbrengen voor het aantonen van een rechtvaardiging op zich (het toetsingsproces in zijn geheel) in welk geval moet worden gedacht aan bewijsmateriaal ter invulling van de verdere toetsingscriteria (*passend en noodzakelijk*). Ten tweede kan zij impliceren dat de verzekeraar additioneel bewijsmateriaal dient aan te brengen dat specifiek in functie staat van het aantonen van de *legitimiteit* van het onderscheid (als deel van het toetsingsproces).

77. In beide gevallen zou een verzekeraar kunnen aantonen dat het (indirect) gebruik van het geslachts criterium voor hem de meest efficiënte en enig mogelijke manier vormt om een goede

¹⁴⁸ C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, "Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant 2007, 181-198; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, "Discriminatie en verzekering", *Rechtskundig Weekblad* 2006-2007, afl. 7, 280-286; Y. THIERY, "De antidiscriminatie wet: verzekeren over dezelfde kam?", *I.c.*, 654-659; Y. THIERY, "Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen", (noot onder Voorzitter Koophandel Brussel 7 maart 2005), *I.c.*, 682-688; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, "Discriminatie in verzekering", in H. COUSY en H. VANDENBERGHE (eds.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, 30, Brugge, Die Keure 2004-2005, 37-42. Zie voor een economische verantwoording Y. THIERY en C. VAN SCHOU BROECK, "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, 190-211.

¹⁴⁹ H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, r.o. 36; ook geformuleerd als 'behoefte 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, r.o. 25.

¹⁵⁰ J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken", in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant / Maklu 2007, 92; K. BERNAUW, "De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen", in *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia 2004, 294.

¹⁵¹ Rb. Utrecht 15 november 2005, LJN AU6168, r.o. 4.12.

inschatting te kunnen maken van de kans op schadegevallen. In levensverzekeringen is het geslacht een *proxy* voor de levensverwachting. Ook in motorrijtuigenverzekering heeft het geslacht voorspellende eigenschappen met betrekking tot de kans op een ongeval en in ziekteverzekering kan aannemelijk worden gemaakt dat vrouwen gemiddeld meer kosten genereren dan mannen. Het (indirect) gebruik van het geslacht in het differentiatiebeleid van de verzekeringsonderneming zorgt er dan voor dat de personen die een laag risico vertegenwoordigen niet bestraft worden door een onbezonnen aanvaarding van zogenaamde minder goede risico's.

78. Indien men goede en minder goede risico's daarentegen zou *poolen* (tegen dezelfde voorwaarden verzekeren) dan zouden er geen prikkels meer gecreëerd worden die er voor zouden zorgen dat de verzekerde meehelpt aan het beperken van het risico en zou men zodoende niet voldoende tegemoet komen aan het zogenaamde gevaar van "*moral hazard*".¹⁵² Bovendien zouden in het geval van pooling de goede risico's gestimuleerd worden om zich uit het systeem terug te trekken. Door het mechanisme van anti-selectie (zelfselectie aan de kant van de verzekerde) zullen deze goede risico's in dat geval namelijk op zoek gaan naar ofwel een andere verzekeraar die op zijn maat differentieert ofwel een alternatieve zekerheidsformule buiten het verzekeringscircuit.¹⁵³ Men stelt immers vast dat de verzekerde risico's zich in een competitieve verzekeringsmarkt *subsidie-avers* opstellen. 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 altijd met het solidariteitsmechanisme in verzekeringen. De door de verzekeraar nagestreefde solidariteit betreft namelijk een solidariteit tussen verzekerden met eenzelfde risicoprofiel (de zogenaamde "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 "subsiërende solidariteit").¹⁵⁴

79. Ondanks het feit dat het door verzekeraars gevoerde anti-selectieargument in de beoordeling van de legitimiteit van het onderscheid een belangrijke rol kan spelen, dient er op te worden gewezen dat het argument voldoende kritisch dient te worden beschouwd. Zo zal bij het beoordelen van anti-selectieargumenten steeds de concrete marktcontext mee in rekening moeten worden genomen. Economische literatuur toont bv. aan dat verzekerden niet altijd geneigd zullen zijn om zomaar naar een andere verzekeraar over te stappen of te kiezen voor een andere zekerheidsformule.¹⁵⁵ Dit is bv. het geval in een markt waar verzekering verplicht is opgelegd (collectieve verzekering, wettelijk verplichte verzekering) of 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. In deze 'prijs-inelastische' markten, waar de vraag naar

¹⁵² Zie hierover uitvoering M. FAURE en R. VAN DEN BERGH, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Series Recht en Economie, Antwerpen, Maklu 1989, 116-118.

¹⁵³ Zie 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, 219.

¹⁵⁴ Zie voor een beschrijving van deze twee soorten solidariteit: N. DE PRIL en J. DHAENE, *l.c.*, 150-151; 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, 10, Antwerpen, Maklu 1998, 190; 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. 2; M. FAURE, "Is risk differentiation on European insurance markets in danger?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, afl. 1, 90.

¹⁵⁵ P. SIEGELMAN, "adverse selection in insurance markets: an exaggerated threat", *Yale Law Journal* 2004, 1238-1245.

verzekering dezelfde blijft ongeacht de prijs, is er minder of geen anti-selectie en aldus geen efficiëntieverlies door het poolen van verschillende risico's.¹⁵⁶

80. Specifiek met betrekking tot het gebruik van geslacht wordt er verder nog op gewezen dat de actuariële techniek geenszins verplicht om het geslachts criterium op te nemen in het commerciële tarief. Om tegemoet te komen aan een goed risicobeheer kan het namelijk al volstaan om het criterium mee op te nemen in het zogenaamde "technische tarief", dat gebaseerd is op het aantal mannen en vrouwen dat zich in portefeuille bevindt.¹⁵⁷

81. Zoals blijkt uit bovenstaande bedenkingen zal het voldoende kritisch benaderen van het legitieme doel of de behoefte van de onderneming vaak samenlopen met de vraag of de getroffen regeling voor de verzekeringsmaatschappij werkelijk noodzakelijk was om de vooropgestelde legitieme doelstelling te bereiken. De beoordeling van het noodzakelijk karakter van het geviseerde segmenteringsbeleid zal in dat geval een beoordeling vergen van eventuele alternatieve middelen die dit doel evengoed hadden kunnen bereiken. Het is dan ook niet uitzonderlijk dat de legitimiteitstoets overlappings zal vertonen met het verder besproken *noodzakelijkheidsvereiste*.¹⁵⁸

(ii) *Passend*

82. In de tweede plaats moet in het toetsingsschema worden nagegaan of de gebruikte bepaling, maatstaf of handelswijze kan worden beschouwd als "*passend*" om het doel te bereiken dat door de maatregel wordt nagestreefd. Wij bestempelen deze controle als de zogenaamde "pertinentie-toets".

83. Om de pertinentie (passend, geschiktheid) van het onderscheid te bepalen zal een verzekeraar moeten aantonen dat het door hem gebruikte ogenschijnlijk neutrale criterium een *impact* heeft op de aard van het te dekken risico. Concreet wil dit zeggen dat dient te 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. Wat betreft de hoogte van de gevraagde premie moet worden aangetoond dat zij in verhouding staat tot de kost die het risico naar verwachting zal vertegenwoordigen.

84. Het meest efficiënte middel om de pertinentie van het onderscheid aan te tonen zal wellicht het gebruik van statistische informatie zijn die aantoont dat het toegepaste onderscheidingscriterium daadwerkelijk verband houdt met dit risico (eigen schadestatistieken of statistische informatie van de herverzekeraar). Statistieken liegen er immers niet om. Mannen leven minder lang als vrouwen en dit effect wordt door de verzekeraar in rekening genomen in de risico-indeling bij levensverzekeringen en lijfrente. Mannen hebben meer kans om betrokken te raken in een ongeval en zullen tegen strengere voorwaarden of hogere premies verzekerd worden in de motorrijtuigenverzekering. Uit de gegevens van private ziekteverzekeraars blijkt dat de kosten voor geneeskundige verzorging die worden gemaakt door vrouwelijke verzekerden veel hoger liggen dan de kosten die worden gemaakt door mannelijke

¹⁵⁶ G. THOMAS, "Some novel perspectives on risk classification", <http://www.guythomas.org.uk/pdf/NovPer-Jul06.pdf> 2006, 2-3; S. BORENSTEIN, "The economics of costly risk sorting in competitive insurance markets", *International Review of Law and Economics* 1989-9, 26; J. GAULDING, "Race, sex and genetic discrimination in insurance: what's fair?", *Cornell Law Review* 1994-1995, ed. 80, 1646-1680; M. DENUIT, *I.c.*, 5; C. GOLLIER, "La solidarité sous l'angle économique", *Revue Générale du Droit des Assurances* 2002, afl. 3 - Assurance et solidarité, Colloque du 10 novembre 1999, 78. Zie voor een nadere toelichting van dit argument, Y. THIERY en C. VAN SCHOU BROECK, "Fairness and equality in insurance classification", *I.c.*, 228-229.

¹⁵⁷ M. DENUIT *I.c.*, 1-2 en 6-7.

¹⁵⁸ Zie ook J. H. GERARDS en A.W. HERINGA, *o.c.*, 146-147.

verzekerden. Door de hogere levensverwachting van vrouwen dienen daarbovenop nog eens hogere reserves te worden aangelegd voor deze vrouwelijke verzekerden.

85. De aangevoerde statistische informatie dient echter zorgvuldig te worden beoordeeld. Zo mag er niet worden voorbijgegaan aan een beoordeling van de *betrouwbaarheid* van de gebruikte statistieken. Het is immers mogelijk dat de gebruikte statistieken gebaseerd zijn op verouderde gegevens die niet geënt zijn op de vorderingen die de wetenschap intussen heeft gemaakt, of op gegevens die in het geheel geen betrekking hebben op de populatie waartoe de persoon behoort.¹⁵⁹ Omdat dergelijke statistische informatie niet in staat zal blijken te zijn om de pertinentie van het onderscheid te staven zal zulke informatie wellicht geweerd worden als bewijs dat wordt gebruikt voor de rechtvaardiging van het onderscheid.

(iii) *noodzakelijk*

86. In de derde plaats dient te worden beoordeeld of het aangewende middel ook werkelijk *noodzakelijk* is om het legitieme doel te bereiken. Met het noodzakelijkheids criterium kan de rechter *in concreto* nagaan of de onderscheidende maatregel niet had kunnen worden vervangen door andere maatregelen die het nagestreefde doel even goed kunnen verwezenlijken maar met minder nadelen voor de persoon die zich gediscrimineerd voelt.¹⁶⁰ De noodzakelijkheidstoets laat zich nogal eens vertalen naar de vraag of door een bepaalde regeling niet meer personen worden geraakt dan eigenlijk nodig was om het nagestreefde doel te bereiken.¹⁶¹ Zeker voor wat betreft het onderzoek naar het discriminatoir karakter van geslachtonderscheid in verzekeringen is dit een interessante benaderingswijze, daar het gebruik van geslacht doorgaans een erg generaliserende benadering is van individuele risico's. Ook zal het gebruik van het noodzakelijkheids criterium kunnen leiden tot een kritische benadering van het bijgebrachte statistisch materiaal als bewijsmiddel ter weerlegging van een discriminatieklacht. Zoals WORTHAM het uitdrukt:

*"Statistical association should only be seen as a somewhat necessary, but not a sufficient criterion for permissible use of classification"*¹⁶².

87. Deze attitude wordt nog eens extra in de verf gezet door verschillende voorbeelden uit de Angelsaksische rechtspraak in het domein van discriminatie in verzekeringen.¹⁶³ Uit deze voorbeelden leren we dat bij de beoordeling van de accuraatheid van de indeling van een bepaalde (kandidaat-)verzekerde in een bepaalde risicoklasse, kan worden onderzocht (bijvoorbeeld met hulp van een expert) in welke mate de informatie uit de door de verzekeraar gebruikte statistieken had kunnen worden *aangevuld* met meer accurate segmentatie of eventueel zelfs met een meer individuele beoordeling van het risico. Een meer accurate segmenteringswijze *niet* aanwenden, terwijl dit nochtans wel binnen de mogelijkheden lag, kan de rechter dan doen besluiten dat het gebruikte onderscheid

¹⁵⁹ Cf. C. PARIS, *les dérives de la segmentation en assurance*, les dossiers du journal des tribunaux 49, Brussel, De Boeck & Larcier 2005, p. 30, nr. 14.

¹⁶⁰ J. VELAERS, *I.c.*, 109; W. VAN GERVEN, "Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst", in *In het nu, wat worden zal. Liber Amicorum Schoordijk*, Deventer, Kluwer, 1991, 76.

¹⁶¹ J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, *o.c.*, 151.

¹⁶² L. WORTHAM, "The economics of insurance classification: the sound of one invisible hand clapping", *Ohio State Law Journal* 1986, 883; L. WORTHAM, "Insurance classification: too important to be left to the actuaries", *Michigan Journal of Law Reform* 1985-1986, 417-418.

¹⁶³ Supreme Court of Canada, *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)* (1992), 16 *Canadian Human Rights Reporter*, D/255; British Columbia Human Rights Tribunal, *J. v. London Life Insurance Co.* (1999), 36 *Canadian Human Rights Reporter*, D/43. Zie zelfs in België, Vz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2005, afl. 6, 574 (voorwerp van hoger beroep).

discriminatoire is. Een verzekeraar die daarentegen kan aantonen dat hij alles in het werk heeft gesteld om een (kandidaat-) verzekerde zo accuraat mogelijk in te delen in een bepaalde risicogroep en hiertoe ook bepaalde middelen heeft vrijgemaakt, zal het wellicht makkelijker hebben om een indirect geslachtsonderscheid te kunnen verantwoorden. Het is hierbij niet uitgesloten dat de rechtspraak in de beoordeling van alternatieve maatregelen die een verzekeraar al dan niet had kunnen nemen, rekening houdt met de grootte van de verzekeringsportefeuille of de financiële mogelijkheden van iedere verzekeraar. Nochtans leert dezelfde Angelsaksische rechtspraak, alsook de Europese jurisprudentie geweest in gelijkaardige zaken, dat financiële of budgettaire overwegingen niet altijd worden aanvaard ter rechtvaardiging van vermeend discriminatoire onderscheid, o.m. uit vrees voor het creëren van verschillende mensenrechtenstandaarden voor verschillende soorten ondernemingen.¹⁶⁴

88. Een concrete formule die kan leiden tot een onder de Genderrichtlijn verantwoord differentiatiebeleid in bv. de motorrijtuigenverzekering zou er in kunnen bestaan om in de plaats van geslachtsgerelateerde risico-factoren te gebruiken voor het vaststellen van het risico, rekening te houden met aangetoonde rijervaring of rijgedrag.¹⁶⁵ Verzekeraars zouden er voor kunnen zorgen dat de risicogroep die ze samenstellen homogener is op basis van zulk rijgedrag en minder op basis van geslacht. Hierdoor zouden bv. mannen die doorgaans niet zo veel ongevallen veroorzaken als de gemiddelde vrouw, een premielast opgelegd krijgen die meer beantwoordt aan het risico dat ze vertegenwoordigen. Overigens houdt het argument dat statistische informatie die gebaseerd is op andere gronden dan geslachtsgerelateerde factoren (rijervaring, rijgedrag,...) simpelweg niet *beschikbaar* is, alleen in dat de verzekeraar niet *weet* dat er alternatieve gronden voor risico-evaluatie bestaan, of *niet kan bewijzen* dat deze niet bestaan. De bewijslast dat deze informatie wél had kunnen ingewonnen of gebruikt worden, kan hierbij moeilijk op de schouders van de klager gelegd worden. De relevante informatie bevindt zich immers vooral bij de verweerder en de kosten van het verzamelen ervan kan bijna nooit worden gedragen door een enkel individu.¹⁶⁶

§ 6. BESLUIT

89. Met de komst van de Genderrichtlijn heeft de Europese wetgever belangrijke stappen gezet naar een harmonisatie van het geslachtsdiscriminatie-recht in de Europese Unie. Een gemeenschappelijk kader werd opgezet waarbij iedere lidstaat werd verplicht om op het vlak van het leveren van goederen en diensten, een verbod in te stellen van directe en indirecte discriminatie op grond van geslacht. Toch bleek het niet op alle terreinen mogelijk om deze weg naar harmonisatie zonder bochten aan te leggen. Met name in de verzekeringssector bleek de Europese besluitvorming niet in staat tot het creëren van eensgezindheid en zijn belangrijke keuzes in de handen van de lidstaten gebleven. Aan iedere lidstaat

¹⁶⁴ Voor een overzicht, zie T. LEMMENS en Y. THIERY, "Insurance and Human Rights: what can Europe learn from Canadian anti-discrimination law?", in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekering - Discrimination et assurance*, Antwerpen / Louvain-la-Neuve: Maklu/Academia-Bruylant 2007, p. 288-289, nr. 77-78. Zie ook 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, 123-133.

¹⁶⁵ Het "puntenrijbewijs" waarbij bepaalde overtredingen van de wegcode punten kosten, kan een middel zijn om dit rijgedrag te helpen meten.

Zie http://www.infopolitie.nl/index.php?option=com_content&task=view&id=1175&Itemid=43.

Zie ook in België het voorstel van de Vlaamse minister van mobiliteit voor een "bewijs van goed rijgedrag" waarop alle overtredingen die een chauffeur begaat moeten worden genoteerd (*Het Nieuwsblad*, 25 februari 2003, 4) en het initiatief van de Engelse verzekeringsmaatschappij Aviva waarbij de premie voor de motorrijtuigenverzekering varieert volgens het rijgedrag en autogebruik (afgelegde kilometers, plaats en tijd) van de chauffeur die worden geregistreerd in een "zwarte doos" in ieder verzekerd voertuig (*De Financieel Economische Tijd*, donderdag 13 maart 2003, 38). Beide voorstellen raken evenwel aan andere grondrechten, in het bijzonder de privacy-bescherming. Om deze te garanderen is het evenwel mogelijk om te werken met "gegevensfiltering", zie M. DENUIT, *l.c.*, 5.

¹⁶⁶ C. BAYART, *o.c.*, 152.

afzonderlijk werd via de Genderrichtlijn namelijk een zogenaamd optierecht toegekend om onder bepaalde voorwaarden afwijkingen te voorzien van het geslachtsdiscriminatieverbod. De lidstaten kregen het recht om vóór 21 december 2007 te besluiten om “*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.*”

90. De keuze die de Europese wetgever aan de lidstaten heeft gelaten is cruciaal. Ondanks het door de Genderrichtlijn vastgestelde principe dat directe onderscheiden op grond van geslacht niet rechtvaardigbaar zijn, wordt aan iedere lidstaat de keuze gelaten om onder strikt omschreven voorwaarden toch een vorm van rechtvaardiging toe te staan waar het verzekeringsdiensten betreft. Zonder een dergelijke rechtvaardigingsmogelijkheid zouden verschillende premies en uitkeringen voor vrouwen en mannen definitief onmogelijk geworden zijn. Voor verzekeraars was dit lidstatelijk optierecht dan ook een belangrijke redboei. Het geslacht is in de meeste verzekeringsovereenkomsten immers een bijzonder essentiële risico-meter en bijgevolg ook van groot belang voor het bepalen van de hoogte van premies en uitkeringen.

91. In deze bijdrage hebben wij getracht de juridische impact na te gaan van het door de Genderrichtlijn geformuleerde geslachtsdiscriminatieverbod (incl. het optierecht) in Nederland en België. Het betreft twee landen die ieder reeds vóór het uitvoeren van de Genderrichtlijn bepaalde keuzes hadden gemaakt over de manier waarop het geslachtsdiscriminatieverbod moest functioneren op het vlak van het leveren van goederen en diensten. Naar aanleiding van de receptie van de bepalingen van de genderrichtlijn deden zich een aantal welgeslaagde “concepties” voor van het gemeenschapsrechtelijke geslachtsdiscriminatieverbod. Evenzeer heeft de omzetting van de Genderrichtlijn aanleiding gegeven tot een aantal mis- of “anti-concepties”.

Voor Nederland konden we besluiten dat er sprake was van een goede conceptie van de bepalingen van de genderrichtlijn op het vlak van verzekeringen. Zo kon Nederland haar eerder gemaakte keuze om rechtvaardiging van directe discriminatie enkel toe te staan voor levensverzekering, zonder veel schoonheidsfouten laten voortbestaan. Probleem bleek echter dat Nederland een belangrijke gelegenheid heeft laten liggen om haar gelijkebehandelingwetgeving te stroomlijnen waar het betreft de definiëring van de concepten directe en indirecte discriminatie. Het effect van deze “anti-conceptie” van het gemeenschapsrecht lijkt een verminderde bescherming van de slachtoffers van discriminatie.

In België was er, in tegenstelling tot Nederland, wél sprake van een goede conceptie van de in de Genderrichtlijn gebruikte definiëringen. Bekritiseerbaar is echter de manier waarop de Belgische wetgever is omgegaan met het haar verleende optierecht. Door een aarzelende houding van de Belgische wetgever is haar keuze om toch nog een rechtvaardigingsmogelijkheid te blijven toestaan voor directe discriminatie in levensverzekering, in het water gevallen. België maakte namelijk de misstap om niet te voldoen aan de door de Genderrichtlijn opgelegde vervaldatum voor het lichten van de genoemde optie. Hierdoor ontstond een bijzonder rechtsonzekere situatie die erin bestaat dat de Belgische keuze voor het lichten van de optie in levensverzekering zou kunnen worden opzijgeschoven door de eigen nationale rechter, waardoor er in levensverzekeringsovereenkomsten toch geen rechtvaardigingsmogelijkheid voor directe discriminatie meer overblijft.

92. Ondanks de ontstane “anti-concepties” in het nationale recht van de onderzochte lidstaten merkten wij op dat er op het vlak van de mogelijkheden van de eiser om discriminatie te *bewijzen* alsook op het vlak van de middelen van de verweerder om discriminatie te *weerleggen* of te *rechtvaardigen* sprake is van een gelijkaardige receptie van reeds eerder door het Hof van Justitie ingenomen standpunten

inzake geslachtsdiscriminatie. In België zien we deze bewijsrechtelijke concepten uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voornamelijk binnendruppelen via de wetgeving waarbij de Genderrichtlijn werd omgezet. In Nederland gebeurt deze receptie voornamelijk via de rechtspraak van de gewone Hoven en Rechtbanken en de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling.

Concreet kunnen we op het vlak van de *bewijslast* (aantonen en weerleggen van discriminatie) besluiten dat ondanks het feit dat de rechtvaardigingsmogelijkheden van direct geslachtsonderscheid in de besproken lidstaten erg zijn ingeperkt, in deze lidstaten voor de verzekeraar ook heel wat mogelijkheden worden overgelaten om een geslachtsdiscriminatieclaim te weerleggen. Net zoals de bewijsmogelijkheden zijn de weerleggingsmogelijkheden vooral geaxeerd op de causaliteit tussen de onderscheiden behandeling en het geslacht (of de zwangerschap) en op de vergelijkbaarheid tussen de benadeelde en de persoon met wie hij/zij zich vergelijkt.

Op het gebied van de *rechtvaardiging* van indirect geslachtsonderscheid blijkt zowel de Nederlandse als de Belgische gelijkebehandelingswetgeving woordelijk goed aan te sluiten bij de formulering uit de Genderrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Toch bleek dat er met name voor geslachtsdiscriminatie in verzekeringen nog verdere rechtsontwikkeling valt te verwachten op het vlak van de nadere invulling van de beproven toetsingscriteria. (legitiem doel, geschiktheid en noodzakelijkheid van de onderscheiden behandeling). Voorbeelden uit buitenlandse rechtspraak tonen alvast aan dat, welke vorm van rechtvaardiging van geslachtsonderscheid men ook gebruikt, niet kan worden volstaan met het louter aanhalen van statistieken die aantonen dat bv. vrouwen een hoger risico vertegenwoordigen dan mannen. Aanvullend bewijs dat de gebruikte statistieken niet kunnen worden aangevuld met meer accurate segmentatie of eventueel zelfs met een meer individuele beoordeling van het risico, blijkt onontbeerlijk.

93. Wij concluderen dat ondanks het feit dat de Europese wetgever aan iedere lidstaat afzonderlijk toestond haar eigen weg te gaan op een voor het gelijkebehandelingsrecht bijzonder gevoelig terrein zoals het verzekeringsrecht, er zich in de onderzochte lidstaten toch een zeker gemeenschappelijk ingevuld geslachtsdiscriminatieverbod blijkt af te tekenen. Nu deze gemeenschappelijke invulling voornamelijk schijnt voort te vloeien uit concepten die reeds ontwikkeld waren door het Hof van Justitie en nu alle lidstaten hun wetgeving aan dezelfde richtlijnbevestigingen hebben moeten conformeren, blijft het oorspronkelijke idee van een gemeenschappelijk verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen nog altijd een speelbare kaart.