

Belgium dont celles qui n'auraient pas été portées au présent procès, d'en connaître l'existence.

Par ces motifs,

Nous, Michèle Laurent, vice-président au tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant à l'audience publique des actions en cessation – salle E, rue de la Régence, 4 à 1000 Bruxelles, en remplacement du président légalement empêché, assistée de Hilde Van Der Poorten, greffier, adjoint délégué;

statuant contradictoirement,

disons pour droit qu'en application des articles 2 et 19 de la loi du 25 février 2003 sur la discrimination, l'augmentation tarifaire des frais d'hospitalisation, dont la DKV Belgium a informé ses assurés dès septembre 2003, est discriminatoire en ce qu'elle est appliquée de façon différenciée et par tranches de taux d'adaptation croissantes en fonction de différentes catégories d'âge;

ordonnons la cessation de cette augmentation tarifaire sous peine d'une astreinte de *cinq cents euros* par jour à dater de la signification du présent jugement et par dossier dans lequel cette augmentation est appliquée;

ordonnons à la SA DKV Belgium d'envoyer par recommandé, dans le mois de la signification du présent jugement,

et sous peine d'une astreinte de *cinq cents euros* par jour de retard, aux assurés qui ont résilié leur police d'assurance à la suite de l'annonce de l'augmentation litigieuse, une copie du dispositif du présent jugement;

ordonnons la publication aux frais de la SA DKV Belgium, du dispositif du présent jugement dans les quotidiens "*Le Soir*" et "*La Libre Belgique*" et de sa traduction jurée en langue néerlandaise dans les quotidiens "*De Standaard*" et "*De Morgen*" dans le mois de la signification de l'ordonnance à intervenir sous peine d'une astreinte de *cinq cents euros* par jour de retard;

condamnons la défenderesse aux dépens liquidés dans son chef à *cent seize euros et cinquante et un cents* et dans le chef de la demanderesse à *cent nonante-huit euros et cinquante et un cents* conformément à l'article 22, dernier alinéa, de la loi du 25 février 2003 précitée;

déclarons l'ordonnance à intervenir exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution et ordonnons qu'elle soit communiquée sans délai, à toutes les parties et au procureur du Roi.

(...)

**Note:** Appel a été interjeté.

## Noot

### *Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen*

*Yves Thiery*<sup>1</sup>

#### I. INLEIDING

De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel maakt met deze beschikking voor de eerste keer een belangrijke toepassing van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 (hierna AD-wet)<sup>2</sup>. De voorzitter moest, in het kader van een stakingsvordering op basis van de artikelen 19 en 22 van de AD-wet, oordelen over het discriminatoir karakter van een door een hospitalisatieverzekeraar toegepaste premieverhoging die aanzienlijk verschilde naar gelang de leeftijd van de verzekerde.

Niet toevallig is het voor het eerst in het kader van verzekering dat een belangrijke uitspraak op basis van de AD-wet wordt gedaan. De AD-wet verbiedt namelijk onder bepaalde

voorwaarden het maken van onderscheiden tussen personen; de vraag dient amper gesteld te worden wie er in zijn dienstverlening meer onderscheiden maakt dan verzekeraars. Het verzekeringsbedrijf werkt per definitie op basis van het maken van onderscheid; er wordt gedifferentieerd tussen goede en minder goede risico's. De verzekeraar tracht de te verzekeren risico's in te delen in zo homogeen mogelijke risicogroepen op basis waarvan bepaald wordt welke premie de verschillende verzekeringnemers zullen betalen, en welke risico's door de verzekeraar al dan niet in portefeuille gewenst zijn.

<sup>1</sup> Projectmedewerker F.W.O.-Vlaanderen en assistent Instituut Handels- en Verzekeringsrecht, K.U.Leuven.

<sup>2</sup> 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, *B.S.* 17 maart 2003.

## II. NIET ELK ONDERSCHIED VERBIEDEN

Steeds moet in gedachten worden gehouden dat de AD-wet (voor zover ze toepassing vindt) niet elk onderscheid verbiedt, maar enkel onderscheiden die niet “objectief en redelijk” (kunnen) worden gerechtvaardigd. Dit blijkt uit de definitie die de AD-wet zelf geeft aan directe zowel als indirecte

discriminatie (zie art. 2, §§ 1-2, AD-wet). De Belgische wetgever kiest hierbij voor een open systeem, in tegenstelling tot een gesloten systeem waarbij het maken van onderscheid altijd zonder meer verboden is, tenzij de wet in een specifieke uitzonderingsbepaling voorziet.

## III. WEL ELKE DISCRIMINATIE VERBIEDEN

Opgemerkt moet worden dat vóór het arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004 als vereiste gold om een discriminatie te kunnen uitmaken, dat een aangevochten onderscheid (zowel direct als indirect) gebaseerd diende te zijn op de in de wet limitatief opgesomde criteria, zoals geslacht, leeftijd, etnische afstamming of burgerlijke staat. Thans strekt het toepassingsgebied van de wet zich echter uit tot alle gronden

of vormen van discriminatie waardoor ook onderscheiden op basis van criteria zoals rookgedrag, lichaamsgewicht, levensstijl, schadeverleden,... rechtstreeks kunnen worden getoetst op hun discriminatoir karakter. Het Arbitragehof vernietigde immers alle woorden waardoor de discriminatiegronden werden beperkt<sup>3</sup>.

## IV. DE VORDERING VAN TEST-AANKOOP

In het onderhavige geval was sprake van een direct onderscheid op basis van leeftijd. DKV Belgium [hierna de (hospitalisatie)verzekeraar] had haar verzekerden eenzijdig een premieverhoging opgelegd die voor ouderen veel hoger was dan voor jongeren. De toegepaste premieverhoging bedroeg nl. 0% voor verzekerden tussen 0 en 19 jaar, 8% voor verzekerden tussen 20 en 39 jaar, 16% voor verzekerden tussen 40 en 59 jaar en 24% voor verzekerden van 60 jaar en meer.

Test-Aankoop stelt geenszins het recht ter discussie van de hospitalisatieverzekeraar om zijn tarieven te verhogen teneinde het financieel evenwicht van zijn verrichtingen te bewaren en te voldoen aan haar verplichtingen ten opzichte van de controlewetgeving. Evenmin wil Test-Aankoop betwisten dat op het *moment van het sluiten* van de hospitalisatieverzekeringsovereenkomst, de hospitalisatieverzekeraar het premiebedrag mag laten afhangen van de leeftijd van degenen die een polis onderschrijven. Hetgeen de consumentenvereniging echter wenst te weerleggen is dat het een verzekeraar zou toegelaten zijn eenzijdig een substantiële stijging van de verzekeringspremies aan haar oudere verzekerden op te leggen, zonder daarbij dezelfde voorwaarden voor haar jongere verzekerden toe te passen. De bedoeling van de hospitalisatieverzekeraar is volgens Test-Aankoop immers duidelijk: de nieuwe, jonge aangeslotenen begunstigen en binden, en de oudere (vooral de oudste) groep eenzijdig zware financiële voorwaarden opleggen zodat ze worden

verplicht hun contract op te zeggen ofwel een dekking te aanvaarden die ingrijpend wordt beperkt<sup>4</sup>. Aan de verzekerden werden inderdaad alternatieven voor een premieverhoging voorgesteld die bestonden in een keuze tussen een verhoging (of een invoering) van de vrijstelling (franchise), een beperking van de waarborg tot een tweepersoonskamer of de opzegging van de overeenkomst.

Test-Aankoop had aan de voorzitter gevraagd voor recht te zeggen dat de doorgevoerde tariefstijging discriminatoir was in de zin van de AD-wet en er de staking van te bevelen.

Aan een eventueel stakingsbevel wou Test-Aankoop meteen ook, al was het alleen al met het oog op een grotere efficiëntie van de uitspraak voor de daadwerkelijke bescherming van – vooral oudere – consumenten, (de gevolgen van) een nietigverklaring koppelen. De voorzitter verklaarde echter in het voorliggende geschil alleen bevoegd te zijn voor de stakingsvordering en niet om de nietigheid van een juridische handeling vast te stellen. Evenzo verklaart zij geen uitspraak te kunnen doen over een terugbetaling van premiegelden als gevolg van een eventueel stakingsbevel, noch de benadeelde personen de mogelijkheid te kunnen verlenen zich tegen welbepaalde financiële voorwaarden terug in het bezit te stellen van de hoedanigheid van verzekerde. Overeenkomstig het gemeen recht dient de nietigheid van bedingen inderdaad te worden uitgesproken door de rechter ten gronde<sup>5</sup>.

<sup>3</sup>. Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.S. 18 oktober 2004, 72.389, ov. B. 15, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be).

<sup>4</sup>. Zie Test-Aankoop, De anti-discriminatiewet wordt toegepast: ‘een historisch vonnis’ van Test-aankoop tegen DKV, Hospitalisatieverzekering (DKV) en segmentering van verzekeringspremies, Persbericht, <http://www.test-aankoop.be/map/src/344901.htm>

<sup>5</sup>. D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2005, 541; P. TAELEMAN, “De Stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *NjW* 2004, (508).

## V. DE RECHTVAARDIGING VAN DE HOSPITALISATIEVERZEKERAAR

De hospitalisatieverzekeraar wil het verschil in behandeling tussen ouderen en jongeren verantwoorden door het feit aan te halen dat hij wordt geconfronteerd met een stijging van de kosten met betrekking tot de ontwikkeling van de medische wetenschap. Volgens hem verhoogt het stijgingsritme van de kosten gevoelig met de leeftijd; het aantal schadegevallen bij ouderen ligt (statistisch gezien, volgens hem) veel hoger dan

bij jongeren.

De essentiële vraag die in dit geding aan de voorzitter voorlag is of deze argumentatie in rechte voldoende is om het door de verzekeraar gemaakte onderscheid tussen zijn oudere en zijn jongere verzekerden objectief en redelijk te verantwoorden.

## VI. BEOORDELING VAN HET OBJECTIEF EN REDELIJK KARAKTER VAN HET ONDERSCHIED

Bij het beoordelen van het al of niet discriminatoir karakter van de door de hospitalisatieverzekeraar doorgevoerde premiestijging past de voorzitter in haar bevelschrift vrij nauwgezet de criteria toe die in de rechtspraak van het Arbitragehof zijn ontwikkeld om te beoordelen of een op onderscheid gebaseerde handeling discriminatoir is<sup>6</sup>. Hiervoor vindt zij steun in de vrijwel unanieme rechtsleer<sup>7</sup> die zich baseert op de voorbereidende werken van de AD-wet<sup>8</sup>. Het gaat dan meer bepaald om een getrapte test steunende op verschillende toetsingscriteria, die achtereenvolgens worden toegepast om te beoordelen of een onderscheid “objectief” en “redelijk gerechtvaardigd” is. Ook in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>9</sup>, het Europees Hof van Justitie<sup>10</sup>, de Raad van State<sup>11</sup> en het Hof van Cassatie<sup>12</sup> komen deze criteria terug om schendingen van het in verdragsteksten en/of de Grondwet opgenomen gelijkheidsbeginsel te beoordelen.

Zo dient de rechter aldus na te gaan of

- de ongelijke behandeling een legitiem doel heeft (legitimiteitscriterium);
- of het onderscheidingscriterium objectief is (objectiviteitscriterium);
- of het onderscheid pertinent of relevant is ten aanzien van het nagestreefde doel (pertinentiecriterium);

- alsook of het onderscheid noodzakelijk is, dat wil zeggen dat wordt nagegaan of er geen maatregelen zijn met een vergelijkbare doeltreffendheid, maar die toch minder schadelijk zijn voor de bescherming van het gelijkheidsbeginsel (criterium van noodzakelijkheid of vergelijkbare doeltreffendheid);
- en ten slotte ook of het onderscheid evenredig is, in die zin dat er een evenwicht bestaat tussen de voor- en nadelen die het gemaakte onderscheid voortbrengt.

Als aan alle criteria uit bovengenoemd schema is voldaan, kan besloten worden tot een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid, *in casu* de ongelijke premieverhoging naar leeftijd, en is zodoende geen sprake van discriminatie. Zodra evenwel aan één of meer criteria niet wordt tegemoetgekomen, moet besloten worden dat het gemaakte onderscheid niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, zodat er sprake is van een sanctioneerbare discriminatie.

In de uitspraak van de voorzitter wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het legitimiteitscriterium (a), het pertinentiecriterium (b) en aan het criterium van vergelijkende doeltreffendheid (c).

<sup>6</sup> Arbitragehof nr. 21/89, 13 juli 1989, *B.S.* 21 juli 1989, 12.777, ov. B.4.5.b; Arbitragehof nr. 1/94, 13 januari 1994, *B.S.* 9 februari 1994, 2.000, ov. B.2.3; Arbitragehof nr. 86/2002, 8 mei 2002, *B.S.* 24 mei 2002, 22.509, ov. B.6.2.

<sup>7</sup> Voor de toepassing in verzekering van deze criteria verwijzen we bv. naar Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?”, *T.B.H.* maart 2003, afl. 8, 654-659; C. PARIS, “Segmentation et sélection des risques”, in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle*, Bulletin des Assurances, Dossier 10, Mechelen, Kluwer, 2004, 68-69; F. GOYENS, “Segmentering in de aanvullende ziektekostenverzekering”, in J. ROGGE (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Kluwer, 2004, 162-164; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, “Égalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données”, in B. DUBUISSON en P. JADOUL (ed.), *Du neuf en assurance automobile*, Luik, Louvain-la-Neuve, 2004, 85-100; K. BERNAUW, “De Wet bestrijding discriminatie en verzekeringen”, *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 295-300; A. VAN OEVELEN, “De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?”, *R.W.* 2003-04, afl. 28, 1092-1093; B. WEYTS, “Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet”, *NjW* 2004, afl. 85, 1089-1091.

<sup>8</sup> *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 12/1, 4; *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 12/15, 7.

<sup>9</sup> Zie bv. E.H.R.M., arrest betreffende enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs van 23 juli 1968, *R.W.* 1968-69, 19-20; E.H.R.M., arrest *McMichael/Verenigd Koninkrijk* van 24 februari 1995, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 307-B, § 98; E.H.R.M., arrest *Inze/Oostenrijk* van 28 oktober 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 126, § 44.

<sup>10</sup> Bv. H.v.J. 19 oktober 1977, zaak nrs. 117/76 en 16/77, *Jur.* 1977, 1769; H.v.J. 28 januari 1999, zaak nr. C-77/97, *Jur.* 1999, I, 431, ov. 35; H.v.J. 26 april 1988, zaak nr. 352/85, *Jur.* 1988, 2085, ov. 37.

<sup>11</sup> R.v.St. 12 maart 1984, *Arr. R.v.St.* 1984, nr. 24067.

<sup>12</sup> Cass. 4 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 500; Cass. 24 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 419; Cass. 5 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 134.

## a) Legitiem doel

Wat betreft het legitiem doel van het gebruik door een verzekeraar, van differentiatie- en selectiecriteria zoals bv. leeftijd, kan algemeen verwezen worden naar de betrachting om voor elke verzekerde een correct premieniveau te kunnen vaststellen dat in verhouding staat tot de kans op voorzienbare schadegevallen, zodat het evenwicht en de veiligheid van de verrichtingen niet in gevaar komt en de billijkheid onder de verschillende categorieën van verzekerden geëerbiedigd wordt<sup>13</sup>. Hierdoor moet het mogelijk worden de “goede” risico’s niet te bestraffen door een onbezonnen aanvaarding van slechte risico’s en kan men de gevaren van “moral hazard” en “antiselectie” onder controle houden<sup>14</sup>.

Zoals hoger reeds werd aangestipt werd in de onderhavige zaak niet betwist dat de hospitalisatieverzekeraar het recht heeft de tarieven te verhogen om het financieel evenwicht dat noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de prestaties van de verzekeraar te garanderen. Hetgeen wel werd betwist was het feit dat de verzekeraar de premieverhoging ongelijk toepaste en dit door middel van een stijging waarvan de hoogte gekoppeld was aan de hoogte van de leeftijd van de betrokken verzekerde.

Het door de hospitalisatieverzekeraar aangehaalde legitieme doel betrof meer concreet de moeilijkheden die de verzekeraar ondervond als gevolg van de stijging van de kosten met betrekking tot de ontwikkeling van de medische wetenschap en het feit dat, volgens hem, het stijgingsritme van de kosten gevoelig met de leeftijd verhoogt. De voorzitter verklaart dit doel niet noodzakelijk illegitiem, maar gaat in het bijzonder na of de ongelijke premieverhoging kan voldoen aan het pertinentiecriteria en het criterium van noodzakelijkheid of vergelijkbare doeltreffendheid.

## b) Pertinentiecriteria

### 1. Algemeen

De voorzitter oordeelde dat de gedifferentieerde manier waarop de hospitalisatieverzekeraar de premies had verhoogd, volstrekt impertinent was ten opzichte van het nagestreefde doel. “DKV, als bedachtzaam en geëerbiedigd hospitalisatieverzekeraar” op het vlak van risico-inschatting, werd volgens de voorzitter op het moment van het sluiten van de overeenkomst, geacht te weten dat het risico dat wordt gedekt in een hospitalisatieverzekering verzwakt naarmate de leeftijd stijgt, alsook dat de oudere bevolkingsgroepen in omvang toenemen (als gevolg van de voortgang

van de medische wetenschap en de naoorlogse baby-boom). Bovendien, zo werd geredeneerd, wordt de stijging van de ziektekosten zelf door alle patiënten op gelijke wijze gevoeld, ongeacht hun leeftijd. De kost van een bloedafname of een nacht hospitalisatie is immers dezelfde voor een jonge man van 18 als voor een persoon van 40 of 65. Als de kosten voor behandeling gedurende een bepaalde periode dus stijgen, raakt dit alle patiënten. Het feit dat het aantal schadegevallen bij ouderen hoger ligt dan bij jongeren doet hieraan volgens de voorzitter niets af en is een gegeven waarmee de verzekeraar reeds vanaf het sluiten van de verzekeringsovereenkomst rekening had moeten houden. De door de hospitalisatieverzekeraar naar voren geschoven rechtvaardiging wordt aldus niet als pertinent gewaardeerd.

### 2. Statistieken

In het kader van het pertinentiecriteria wordt ook expliciet verwezen naar de door de hospitalisatieverzekeraar voorgelegde statistieken. De voorzitter oordeelde dat de statistieken enkel het karakteristieke van een hospitalisatieverzekering aantoonde, zijnde het verband tussen het aantal schadegevallen per verzekerde en de leeftijd van de verzekerden. Zij toonden volgens haar evenwel in het geheel niet aan op grond waarvan de stijging in de kosten van een hospitalisatieverzekering verband houdt met de leeftijd van de verzekerden.

Statistieken kunnen dus een stavingsmiddel zijn maar dan wel op voorwaarde dat daaruit kan afgeleid worden dat het aanwezig zijn van een bepaalde eigenschap de waarschijnlijkheid dat het betreffende risico zich voordoet, effectief aantoonde. Hieraan kan worden toegevoegd dat statistieken, om een zuiver beeld te vormen, ook rechtstreeks in relatie met de (kandidaat-)verzekerde zouden moeten kunnen worden gebracht en dit is niet zo eenvoudig. Statistieken zijn namelijk gebaseerd op gemiddelden van een populatie en daarom niet *per se* op de eigen situatie van elk lid van de populatie. Overigens blijft de betrouwbaarheid van de gebruikte statistieken onzeker. Het is immers mogelijk dat ze 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<sup>15</sup>.

## c) Criterium van vergelijkbare doeltreffendheid (noodzakelijkheidscriteria)

Op basis van het criterium van vergelijkbare doeltreffendheid kan worden bepaald of een genomen maatregel niet kon

<sup>13</sup> C. VAN OLDENEEL en F. DE CLIPPELE, “Verzekeraars staan klaar om antidiscriminatiewet toe te passen”, *Assurinfo* 2002, afl. 40, 5; met verwijzing naar de relevante artikelen in de controlewetgeving, zie art. 21octies Controlewet 9 juli 1975 en art. 12 K.B. 22 februari 1991 algemeen controlereglement.

<sup>14</sup> G. SCHOORENS, “Segmentering en discriminatie”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUWBROECK (ed.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, Antwerpen, Maklu, 1998, 219.

<sup>15</sup> C. PARIS, *o.c.*, nr. 14.

worden vervangen door een andere maatregel die het nagestreefde doel even goed verwezenlijkt maar dan met minder nadelen voor andere beschermenswaardige belangen<sup>16</sup>. In onderhavige zaak “Test-Aankoop tegen DKV” werd geoordeeld dat indien er een maatregel met vergelijkbare doeltreffendheid bestaat die ten opzichte van de rechten van personen minder schadelijk werkt als de hier betwiste maatregel, deze maatregel *systematisch* moet beschouwd worden als discriminatoir.

Het mag dan zo zijn dat de hospitalisatieverzekeraar aan haar verzekerden een aantal alternatieven had voorgesteld die bestonden uit de keuze tussen een verhoging van de vrijstelling of een beperking van de waarborg tot een tweepersoonskamer. Toch werden deze alternatieven als onrechtvaardig en ongeschikt verworpen. De voorzitter argumenteerde dat de verzekeraar evengoed een minder belastende maatregel had kunnen nemen die erin zou bestaan een lineaire prijsstijging toe te passen die geen onderscheid maakt naar gelang de leeftijd der verzekerden, daar dit onderscheid zou moeten of reeds had moeten in rekening worden genomen bij de risicoappreciatie of de oorspronkelijke premieberekening. Ook al zou de door de hospitalisatieverzekeraar doorgevoerde premiestijging dan nog pertinent zijn, het feit dat er niet voldaan is aan het noodzakelijkheids criterium zal er volgens de stakingsrechter *systematisch* toe leiden dat de ongelijke behandeling discriminatoir is.

Bij conclusies zoals deze wordt wel gepleit voor enige voorzichtigheid. Er moet op worden geattendeerd dat het criterium van de vergelijkbare doeltreffendheid, net zoals de overige criteria uit het verantwoordings schema, haar oorsprong vindt in een rechtspraak die is ontwikkeld vanuit een verticale werking van grondrechten (nl. de werking van het discriminatieverbod tussen de burger en de overheid). In horizontale relaties, zoals in onderhavig geschil tussen een verzekeraar en een consumentenvereniging, is het evenwel niet uit te sluiten dat de criteria uit het verantwoordings schema soepeler worden toegepast<sup>17</sup>. De Raad van State had in haar advies bij het wetsontwerp voor de AD-wet reeds opgemerkt dat men van particulieren niet dezelfde gedragslijn mag verwachten als van de overheid; hun gedragingen zijn niet noodzakelijk rationeel en kunnen volgens de Raad van State

dan ook niet beoordeeld worden aan de hand van het “utilitaristische” criterium van de even grote of grotere doeltreffendheid. “*Het doel dat de particulier nastreeft*”, zo voegt Velaers hieraan toe, “*is niet noodzakelijkerwijze een doel van algemeen belang, doch kan – en zal wellicht vaker ook – een doel van eigenbelang zijn*”<sup>18</sup>.

Ook het Arbitragehof, alhoewel er op dit vlak een langzame evolutie is waar te nemen, heeft lang geweigerd een controle uit te oefenen op het criterium van de vergelijkende doeltreffendheid, omdat het Hof niet in de plaats van de wetgever wilde treden<sup>19</sup>. Volgens de indieners van het wetsvoorstel bij de AD-wet is het, wanneer het gaat om een fundamenteel recht zoals het gelijkheidsbeginsel, nochtans volstrekt gerechtvaardigd dat de gewone rechtscolleges deze controle wel uitoefenen<sup>20</sup>. De voorzitter gaat er om deze reden dan ook van uit dat het criterium van de vergelijkbare doeltreffendheid absolute geldingskracht heeft.

Ons inziens hoeft de wetenschap dat er doeltreffender middelen voor handen waren echter niet *per se* te leiden tot de conclusie dat een maatregel om die reden alleen discriminatoir is. Eerder zou, zoals vroeger reeds werd verdedigd<sup>21</sup>, het criterium van vergelijkbare doeltreffendheid ten dienste kunnen staan van het *evenredigheidsbeginsel* dat het rechterlijk instrument bij uitstek vormt om grondrechten, belangen en waarden tegen elkaar af te wegen. Het evenredigheidsbeginsel kan op die manier bijdragen tot het helpen herstellen van de balans tussen enerzijds de contract- en ondernemingsvrijheid van de verzekeraar<sup>22</sup> en anderzijds een zogenaamd recht van elkeen op een bepaald minimumpakket van verzekeringen<sup>23</sup>. Hierbij kan worden opgemerkt dat een rechter zich, in het geval van private verzekeraars die zich op een terrein begeven dat traditioneel gezien tot de sociale verzekeringen behoort, niet noodzakelijk tot een marginale toetsing zal beperken. In de beoordeling van het evenredigheids criterium in de toepassing op bepaalde levensnoodzakelijke verzekeringen kan hij zich laten leiden door de gedachte dat men een zogenaamd “recht op verzekering”<sup>24</sup> heeft en eveneens rekening houden met het feit of het gebruikte onderscheidingscriterium een kenmerk betreft dat mensen te beurt valt en dat zij niet (helemaal)

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Zie uitgebreid hierover J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatie wet, enkele constitutionele beschouwingen”, in X. (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie wet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 307-308.

<sup>18</sup> J. VELAERS, *l.c.*, 307.

<sup>19</sup> Zie bv. Arbitragehof 23/89, 13 oktober 1989, *B.S.* 8 november 1989, 18.386, ov. B.2.7.

<sup>20</sup> Toelichting wetsvoorstel, *Parl. St. Senaat 1999-2000*, 2-12/1, 4: Verslag, *Parl. St. Senaat 1999-2000*, 2-12/15, 5.

<sup>21</sup> Y. THIERY, *l.c.*, 657-658.

<sup>22</sup> A. DE BOECK, “Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?”, in X. (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie wet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 424.

<sup>23</sup> W. DEVROE, “‘Universele dienstverlening’ als grens aan risicoselectie”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK (ed.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen, Maklu 1998, 311; zie ook Wetsvoorstel tot inrichting van een basisdienstverlening inzake verzekeringen, *Parl. St.* 2002-03, nr. 3/125-1.

<sup>24</sup> 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, Éditions Cujas, 2002, nr. 8.

onder controle hebben<sup>25</sup>. In de onderhavige zaak wordt in de beoordeling van de door de hospitalisatieverzekeraar aangeboden alternatieven voor premieverhoging, in dit

verband reeds verwezen naar de tanende rol van de sociale zekerheid en de levensnoodzakelijkheid van de hospitalisatieverzekering.

## VII. DE STAKINGSVORDERING EN DE HOEDANIGHEID TOT HET INSTELLEN ERVAN

De hospitalisatieverzekeraar had in deze zaak betwist dat Test-Aankoop bevoegd zou zijn om de stakingsvordering in te stellen, omdat zij zich pas sinds 14 mei 2004, datum van publicatie van haar statutenwijziging in het *Belgisch Staatsblad*, tot doel zou hebben gesteld discriminatie te bestrijden. Volgens artikel 19 van de AD-wet kan iedere instelling van openbaar nut of iedere vereniging die op het ogenblik van de gewraakte feiten sedert ten minste vijf jaar rechtspersoonlijkheid geniet en die zich in haar statuten tot doel heeft gesteld de mensenrechten te verdedigen of discriminatie te bestrijden, de stakingsvordering instellen. Omdat Test-Aankoop als sinds minstens vijf jaar rechtspersoonlijkheid bezit en omdat de stakingsrechter oordeelt dat het volstaat dat de verdediging van de mensenrechten of bestrijding van discriminatie in de statuten is omschreven (ten laatste) op het ogenblik van het inleiden van de vordering, hetgeen *in casu* het geval is, werd Test-Aankoop wel degelijk bevoegd geacht om de stakingsvordering in te stellen. Dit is een belangrijke conclusie, die wellicht meerdere verenigingen ertoe zal aanzetten alsnog het bestrijden van discriminatie en

de verdediging van de mensenrechten met zoveel woorden in hun statuten op te nemen.

Omdat het door de verzekeraar gevoerde onderscheid naar leeftijd bij de premieverhoging door de voorzitter als discriminatoir wordt ingeschat, kan de staking ervan worden bevolen. De hospitalisatieverzekeraar tracht dit nog te betwisten op basis van de argumentatie dat de vermeende discriminatie een einde heeft genomen. Doordat en in zoverre de discriminerende handeling echter tot gevolg heeft dat de verzekeringsovereenkomst met verhoogde premie blijft bestaan, de dekking wordt verminderd of de verzekerde wordt uitgesloten van dekking, kan er volgens de voorzitter geen sprake zijn van de stopzetting van de discriminatie. De gevolgen van de discriminerende handeling duren immers nog voort. Daarenboven, zo oordeelt de rechter, bestaat er een kans dat deze discriminerende handeling zich opnieuw zal voordoen<sup>26</sup>. De verzekeraar krijgt daarom het verbod de gewraakte discriminerende praktijk verder te zetten<sup>27</sup>.

## VIII. DWANGSOM EN PUBLICATIE

De stakingrechter is bevoegd om de vordering te laten afdwingen onder toekenning van een dwangsom (art. 20 AD-wet). In de onderhavige zaak wordt effectief een dwangsom opgelegd die wordt bepaald op een bedrag van € 500 per dag en per dossier waarin de discriminatoire premieverho-

ging wordt toegepast. Bovendien wordt ook de verplichting opgelegd, op straffe van een dwangsom, kopie van de beslissing over te maken aan alle verzekerden die hun overeenkomst hebben opgezegd, alsook deze te publiceren in dagbladen (art. 19, § 2).

## IX. BESLUIT

De belangenmix van enerzijds kandidaat-verzekerden die een redelijk betaalbare adequate verzekeringswaarborg ontberen en anderzijds aanbieders van verzekeringsproducten die in beginsel nog de juridische vrijheid genieten om al dan niet te contracteren aan bepaalde voorwaarden, komt in dit

geschil scherp aan de oppervlakte. De voorzitter voert op basis van de bepalingen in de AD-wet die een onderscheid verbieden dat niet objectief en redelijk gerechtvaardigd is, een vrij nauwgezette toetsing door van de door de hospitalisatieverzekeraar ongelijk toegepaste premieverhoging naar

<sup>25</sup> Het betreft hier de door de wetgever aangeboden motivering ter aflijning van de oorspronkelijke limitatieve opsomming van verboden onderscheidingscriteria in art. 2, § 1, van de AD-wet. Opsomming die door het Arbitragehof uit de wet werd verbannen maar die niettemin zijn belang kan behouden in de toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

<sup>26</sup> Zie hiervoor ook de motivering van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Nijvel, die moest oordelen in een geschil omtrent de weigering een villa te verhuren aan een homokoppel, Vz. Rb. Nijvel, 22 april 2005, nog niet gepubl.

<sup>27</sup> Omtrent de vraag of in geval van contractweigering of beëindiging met miskennis van de AD-wet, de verzekeraar kan verplicht worden tot uitvoering van de overeenkomst, bestaat echter nog enige onduidelijkheid. Zie hierover Y. THIERY, *l.c.*, 659; A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 1093; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 541 met verwijzing naar Cass. 20 juni 1989; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, "Egalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données", *l.c.*, 243.

leeftijd. Zij laat zich hierbij leiden door de criteria die door het Arbitragehof worden gebruikt om schendingen van het in de Grondwet opgenomen gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod vast te kunnen stellen. Hiervoor vindt zij steun in een vrijwel unanieme rechtsleer en in de voorbereidende werken van de AD-wet.

In de beoordeling van het objectief en redelijk karakter van het door de hospitalisatieverzekeraar toegepaste onderscheid op basis van leeftijd in de premieverhoging, wordt geoordeeld dat niet aan het pertinentiecriteria en het criterium van vergelijkbare doeltreffendheid wordt voldaan, waardoor wordt besloten tot het voorhanden zijn van een discriminatie, waarvan de staking wordt bevolen. Ons inziens kan er enigszins getwijfeld worden aan de absolute geldingskracht van het criterium van vergelijkbare doeltreffendheid dat volgens de voorzitter systematisch zou doen besluiten tot het voorhanden zijn van discriminatie indien even doeltreffende doch minder belastende maatregelen zouden voorhanden zijn om een legitiem doel te verwezenlijken. Er wordt immers voor gepleit voorzichtig om te springen met een zodanig vergaande opportuniteitscontrole, zonder dat de rechter daarbij echter moet blijven steken in een marginale toetsing van de objectieve en redelijke rechtvaardiging. In het kader van het evenredigheidsbeginsel kunnen ruimschoots belangen tegen elkaar worden afgewogen die verder gaan dan de toetsing van een kennelijke onevenredigheid, zodat rekening kan worden gehouden met een zogenaamd

“recht op verzekering” en de rol van onderscheidingsfactoren waar een verzekerde niet noodzakelijk controle over heeft.

Deze uitspraak mag, door het feit dat zij het discriminatoir karakter van de door de hospitalisatieverzekeraar toegepaste premieverhoging vaststelt, niet leiden tot de algemene conclusie dat de AD-wet de tegenstellingen tussen de belanghebbende partijen profileert en verder uit elkaar drijft. Veel-er moet worden vastgesteld dat de AD-wet deze (overigens reeds lang bestaande) tegenstellingen kan overbruggen. Getuige het feit dat de verzekeringssector zelf bevestigt dat het bevelschrift van de voorzitter een voorbeeldfunctie kan hebben en een nieuw steentje toevoegt aan de rechtspraak waar verzekeraars rekening mee houden<sup>28</sup>. Geenszins wordt het principe dat verzekeraars onderscheiden dienen te maken tussen goede en minder goede risico's veroordeeld. Enkel worden de grenzen aangegeven waarbinnen zij dit kunnen doen. Door te verwijzen naar de noodzaak van een adequate hospitalisatieverzekering, lijkt de voorzitter een signaal te geven aan de private verzekeraars en hen ertoe aan te zetten mee na te denken over de evolutie waarbij meer nadruk wordt gelegd op de mensenrechtelijke benadering van verzekeren, zeker nu deze private verzekeraars zelf steeds meer domeinen claimen die traditioneel tot de sector van de sociale verzekeringen worden gerekend, zoals met name hospitalisatieverzekeringen.

<sup>28</sup> Zie de reactie van Assuralia, de beroepsvereniging van verzekeringsondernemingen in *De Morgen* 19 maart 2005, 10.