

Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht

Yves Thiery¹

§ 1. Inleiding	749
§ 2. Hervorming van de federale antidiscriminatiewetgeving	750
§ 3. Limitatieve lijst van discriminatiegronden	750
§ 4. Evolutie naar een gedifferentieerd systeem van rechtvaardiging voor het leveren van goederen en diensten	751
A. <i>Rechtvaardiging van onderscheid op basis van ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming en nationaliteit</i>	751
B. <i>Rechtvaardiging van onderscheid op basis van geslacht, zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering</i>	752
C. <i>Rechtvaardiging van onderscheid op basis van de andere (limitatief bepaalde) discriminatiegronden</i>	753
D. <i>De bijkomende “algemene rechtvaardigingsgronden”</i>	754
1. <i>Positieve actie</i>	754
2. <i>Vrijwaringsclausule</i>	754
§ 5. Definiëring van het discriminatieverbod	755
A. <i>Directe discriminatie</i>	755
B. <i>Indirecte discriminatie</i>	755
C. <i>Ontbreken van redelijke aanpassingen</i>	756
§ 6. Vaststelling en bewijslast van directe en indirecte discriminatie	756
A. <i>Verschuiving van de bewijslast</i>	756
B. <i>Directe discriminatie</i>	757
1. <i>Probleemstelling</i>	757
2. <i>Patroon- en eliminatiemethode</i>	757
3. <i>Weerleggingsmogelijkheden andere dan de rechtvaardiging van het onderscheid</i>	758
(a) <i>Geen vergelijkbaarheid</i>	758
(b) <i>Afwezigheid van causaliteit</i>	759
C. <i>Indirecte discriminatie</i>	759
1. <i>Het aantonen van een bijzondere benadeling</i>	759
2. <i>“Richtingaanwijzers” voor het vaststellen van indirecte discriminatie</i>	760
(a) <i>Algemene statistieken</i>	760
(b) <i>Intrinsiek verdacht criterium</i>	761
(c) <i>Elementair statistisch materiaal</i>	761
§ 7. Nieuw geformuleerde rechtvaardigingstoets	761
A. <i>Verhouding met het toetsingsschema uit de antidiscriminatiewet van 2003</i>	762
B. <i>Een rechtvaardiging in drie stappen en toepasselijkheid in verzekering</i>	762
(i) <i>Legitiem doel</i>	763
(ii) <i>Passend</i>	763
(iii) <i>Noodzakelijk</i>	764
C. <i>Rechtvaardiging aan de hand van het concept “redelijke aanpassingen”</i>	765
§ 8. Handhaving	767
A. <i>Strafrechtelijke sancties</i>	767
B. <i>Burgerrechtelijke sancties</i>	767
1. <i>Nietigheid van bedingen</i>	767
2. <i>Vordering tot staking</i>	768
3. <i>(Forfaitaire) schadevergoeding</i>	769
(a) <i>Algemeen</i>	769
(b) <i>Het bepalen van de morele schade</i>	770
(c) <i>Het bepalen van de materiële schade</i>	771
4. <i>Bescherming tegen represailles</i>	771
§ 9. Besluit	771

¹ Assistent K.U.Leuven, Instituut Handels- en verzekeringsrecht.

SAMENVATTING

De nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving van 10 mei 2007 heeft belangrijke wijzigingen aangebracht in het bestaande federale wetgevingskader inzake de bestrijding van discriminatie. Net zoals de antidiscriminatiewet van 2003 een belangrijk effect had op de beteugeling van discriminaties op het vlak van het leveren van goederen en diensten in het algemeen en op het vlak van verzekering in het bijzonder, hebben ook de huidige wijzigingen hun impact op deze domeinen. Het scherpst in het oog springende veranderingen hieromtrent zijn aan de ene kant de nieuw gedefinieerde en sterk door het Europese antidiscriminatie-discours geïnspireerde discriminatieverboden. Deze nieuwe formulering laat zich vooral kennen op het vlak van de bewijslast en zal ook met betrekking tot de rechtvaardiging van discriminatie (in zoverre de nieuwe antidiscriminatiewetgeving die nog toelaat) kunnen leiden tot nieuwe rechtsontwikkeling in de rechtspraak. De andere opvallende wijziging is het in efficiëntie toegenomen handhavingkader. De oorspronkelijke vordering tot staking is behouden maar bevat enkele belangrijke en efficiënte vernieuwingen. Belangrijker is misschien de forfaitarisering van de schadevergoeding, die erop neerkomt dat de stakingsrechter en de rechter ten gronde de mogelijkheid hebben om een door de wet vastgelegd bedrag aan schadevergoeding toe te kennen, hetgeen een aanzienlijke verhoging van de afdwingbaarheid van het antidiscriminatierecht moet teweegbrengen.

In deze bijdrage zal in de eerste plaats aandacht worden gegeven aan de herinvoering van een limitatieve lijst van discriminatiegronden en wordt nader ingegaan op het gedifferentieerde systeem van rechtvaardiging dat de nieuwe antidiscriminatiewetgeving heeft aangebracht. Hierna zal worden ingezoomd op de nieuwe definiëring van het discriminatieverbod en wordt speciale aandacht besteed aan de manier waarop directe en indirecte discriminatie onder de nieuwe antidiscriminatiewetgeving kan worden vastgesteld en moet worden bewezen. Zoals zal blijken wordt door de nieuwe antidiscriminatiewetgeving ook een nieuwe formulering gebruikt voor de rechtvaardiging van onderscheid. Er zal dan ook worden nagegaan hoe deze nieuwe rechtvaardigingsformule zich verhoudt tot het toetsingsschema uit de antidiscriminatiewet van 2003. Bovendien zal worden onderzocht hoe deze nieuwe formule zich laat toepassen in de context van verzekering. Ten slotte zal ook het door de nieuwe antidiscriminatiewetgeving versterkte handhavingkader worden toegelicht.

RÉSUMÉ

La nouvelle législation anti-discrimination du 10 mai 2007 a apporté des modifications importantes dans le cadre de la législation fédérale actuelle en matière de la lutte contre la discrimination. Tout comme la loi anti-discrimination de 2003 avait un effet important sur la répression des discriminations sur le plan de l'assurance en particulier, les modifications actuelles auront elles aussi un impact certain dans ces domaines. Parmi les modifications les plus marquantes il y a tout d'abord la nouvelle définition de l'interdiction de discrimination qui est fortement inspirée du discours anti-discrimination européen. Cette nouvelle formulation se fera surtout remarquer au niveau de la charge de preuve et pourra aussi entraîner de nouveaux développements jurisprudentiels au niveau de la justification de la discrimination (dans la mesure où la nouvelle législation anti-discrimination le permet encore).

L'autre modification remarquable est l'augmentation en efficacité du contrôle de la mise en œuvre. L'action en cessation originale est maintenue mais elle comprend désormais quelques nouveautés importantes et efficaces. La plus importante est peut-être la forfaitarisation de l'indemnisation, ce qui revient à ce que le juge de référé et le juge au fond ont la possibilité d'accorder un montant d'indemnisation fixé par la loi, ce qui doit provoquer une augmentation sensible du caractère impératif du droit anti-discrimination.

Dans cette contribution, l'attention sera portée en premier lieu à la réinstauration d'une liste limitative des champs de discrimination pour se pencher ensuite sur le système différencié de la justification que la nouvelle législation anti-discrimination a apporté. Dans les lignes qui suivent, nous nous attacherons plus particulièrement à la nouvelle définition de l'interdiction de discrimination et une attention spéciale sera consacrée à la manière dont la discrimination directe et indirecte peut être établie et doit être prouvée sous la nouvelle législation anti-discrimination. Comme on le verra, la nouvelle législation anti-discrimination utilise aussi une nouvelle formulation pour la justification des distinctions. On examinera donc comment cette nouvelle formule de justification se situe par rapport au schéma de contrôle retenu dans la loi anti-discrimination de 2003. En outre, on examinera comment cette nouvelle formule peut s'appliquer dans le contexte de l'assurance. Enfin, le régime de contrôle qui est renforcé par la nouvelle législation anti-discrimination fera l'objet d'un essai de clarification.

§ 1. INLEIDING

1. Door het uitvaardigen van de Belgische antidiscriminatiewet² in 2003 werd een expliciete wettelijke basis gevormd voor het bestrijden van discriminatie die zich manifesteert in het leveren van goederen en diensten. Deze antidiscriminatiewetgeving deed reeds heel wat stof opwaaien daar zij van invloed is op het beginsel van de contractsvrijheid volgens hetwelk men in principe vrij is om zelf te bepalen met wie, wanneer en onder welke voorwaarden men wil contracteren³.

2. Doordat de antidiscriminatiewet van toepassing bleek te zijn op het aanbieden van verzekeringsdiensten kwam een belangrijk conflict aan de oppervlakte. Verzekering is namelijk bij uitstek een vorm van dienstverlening waar per definitie onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende personen en risico's en dit precies op basis van onderscheidingscriteria waarvan het gebruik expliciet door de antidiscriminatiewet werd beoogd⁴. Als veel in het kader van verzekering voorkomende onderscheidingscriteria denken we bijvoorbeeld aan makkelijk waarneembare risicobepalende factoren zoals het geslacht en de leeftijd of soms iets moeilijker waarneembare maar zeker zo relevante risicofactoren zoals de gezondheidstoestand en handicap.

3. Op 30 mei 2007 verschenen 3 belangrijke wetten (de wetten van 10 mei 2007) in het *Belgisch Staatsblad* die de gehele bestaande federale wetgevingsapparaat inzake het verbod op discriminatie (waaronder ook de antidiscriminatiewet) hebben hervormd. Het gaat om de zogenaamde "Algemene wet"⁵, de "Genderwet"⁶ en de "Racismewet"⁷.

Een vierde wet bracht enkele noodzakelijke wijzigingen op procedureel vlak aan in het *Gerechtelijk Wetboek*⁸.

4. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op de wijzigingen die deze nieuwe wetten teweegbrengen op het vlak van discriminatie die zich voordoet op het vlak van het leveren van goederen en diensten in het algemeen en het aanbieden van verzekering in het bijzonder. Hierbij zal meer specifiek aandacht worden gegeven aan de herinvoering van een limitatieve lijst van discriminatiegronden (§ 3) en wordt nader ingegaan op het gedifferentieerde systeem van rechtvaardiging dat de nieuwe antidiscriminatiewetgeving heeft aangebracht (§ 4). Hierna zal worden ingezoomd op de nieuwe definiëring van het discriminatieverbod (§ 5) en wordt speciale aandacht besteed aan de manier waarop directe en indirecte discriminatie onder de nieuwe antidiscriminatiewetgeving kan worden vastgesteld en moet worden bewezen (§ 6). Zoals zal blijken wordt door de nieuwe antidiscriminatiewetgeving ook een nieuwe formulering gebruikt voor de rechtvaardiging van onderscheid. In § 7 zal dan ook worden nagegaan hoe deze nieuwe rechtvaardigingsformule zich verhoudt tot het toetsingsschema uit de antidiscriminatiewet van 2003 en bovendien wordt onderzocht hoe deze nieuwe formule zich laat toepassen in de context van verzekering. Om de doeltreffendheid van de nieuwe antidiscriminatiewetgeving te waarborgen is ten slotte ook plaats gemaakt voor een versterkt handhavingsskader dat onder meer voorziet in een vordering tot staking en een expliciete basis biedt voor het verkrijgen van een (forfaitaire) schadevergoeding. Dit versterkte handhavingsskader zullen we bespreken onder § 8.

² Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *B.S.* 17 maart 2003, 12.844; hierna "de anti-discriminatiewet van 2003".

³ E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten", in K. RIMANQUE (ed.), *De Toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 54; I. SAMOY en Y. THIERY, "De wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking", in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en Contracten*, 1, Brugge, die Keure, 2006, 4.

⁴ Opgemerkt moet wel worden dat een aangevochten onderscheid enkel vóór het arrest van het Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004 gebaseerd diende te zijn op de in de antidiscriminatiewet limitatief opgesomde criteria, zoals geslacht, leeftijd, etnische afstamming of burgerlijke staat om discriminatie te kunnen uitmaken. Doordat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 6 oktober 2004 echter alle woorden vernietigde waardoor de discriminatiegronden werden beperkt strekte het toepassingsgebied van de antidiscriminatiewet zich na het arrest uit tot alle gronden of vormen van discriminatie, waardoor ook onderscheiden op basis van criteria zoals rookgedrag, lichaamsgewicht, levensstijl, schadeverleden... onder het toepassingsgebied van de wet kwamen te vallen. Zie Grondwettelijk Hof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *B.S.* 18 oktober 2004, 72.389, ov. B. 15; zie hierover verder J. VELAERS, "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *T.P.R.* 2004, afl. 10, 602-605; C. HOREVOETS, "Vers une nouvelle lecture de la loi anti-discrimination à travers l'arrêt n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage", in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, Brugge, die Keure, 2006, 18-23.

⁵ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007, 29.016; hierna "Algemene Wet".

⁶ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007, 29.031; hierna "Genderwet".

⁷ Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007, 29.046; hierna "Racismewet".

⁸ Wet van 10 mei 2007 tot aanpassing van het *Gerechtelijk Wetboek* aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 30 mei 2007, p. 29.046; hierna "Wet tot wijziging van het *Gerechtelijk Wetboek*".

§ 2. HERVORMING VAN DE FEDERALE ANTIDISCRIMATIEWETGEVING

5. De wetten van 10 mei 2007 brengen zoals gezegd een grondige hervorming aan in het bestaande federale wetgevingsapparaat ter bestrijding van discriminatie. De hervorming heeft tot gevolg dat bestaande wetgeving zoals de antidiscriminatiewet, de “wet gelijkheid mannen/vrouwen”⁹ en de “antiracismewet”¹⁰ worden opgeheven en vervangen door drie wetten (de Algemene Wet, de Genderwet en de Racismewet) die telkens betrekking hebben op verschillende discriminatiegronden.

6. De Algemene Wet beoogt discriminatie tegen te gaan die gebaseerd is op leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst. De Genderwet gaat discriminatie tegen op basis van geslacht, zwangerschap, bevalling of moederschap en transsexualiteit. De zogenaamde Racismewet gaat

discriminatie tegen op basis van zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale afstamming en nationaliteit.

7. De genoemde hervorming was nodig om de bestaande antidiscriminatiewetgeving in overeenstemming te brengen met de Europese verplichtingen die rusten op België¹¹. We vernoemen hierbij expliciet de zogenaamde “Rasrichtlijn”¹² en “Kaderrichtlijn”¹³ van 2000 en de zogenaamde “Genderrichtlijn”¹⁴ van 2004. Verdere 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 Grondwettelijk Hof dat leidde tot de vernietiging van enkele bepalingen uit de antidiscriminatiewet¹⁵. Verder beoogde de wetgever ook een betere coördinatie aan te brengen in de verschillende federale wetgevingsinstrumenten inzake antidiscriminatie, meer duidelijkheid te brengen in de bevoegdheidsverdeling inzake discriminatiebestrijding en ook de efficiëntie te verhogen van de antidiscriminatiewetgeving¹⁶.

§ 3. LIMITATIEVE LIJST VAN DISCRIMINATIEGRONDEN

8. De eerste opvallende wijziging die we kunnen noteren ten opzichte van de regeling onder de antidiscriminatiewet is de opnieuw ingevoerde limitatieve lijst van verboden discriminatiegronden. In tegenstelling tot de antidiscriminatiewet zoals ze gold ná de gedeeltelijke vernietiging van het Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004, kan het slachtoffer van een vermeende discriminatie zich slechts beroepen op de antidiscriminatiewet indien hij aantoont dat er sprake is van een onderscheid op basis van één van de in de nieuwe wetten genoemde discriminatiegronden. De lijst van discriminatiegronden is bovendien uitgebreid ten opzichte van de antidiscriminatiewet zoals ze gold vóór het arrest van het Grond-

wettelijk Hof. Zo maken de gronden taal en politieke overtuiging nu expliciet deel uit van de nieuwe lijst van beschermde gronden. Er is verder ook een toevoeging van de discriminatiegronden “genetische eigenschap” (ondanks de beslotenheid in de grond “fysieke eigenschap” en “huidige of toekomstige gezondheidstoestand”) en de zogenaamde “sociale afkomst”. In de keuze voor het bepalen van een eenduidige lijst met gronden heeft de wetgever zich gebaseerd op de lijst van gronden die is opgenomen in het Handvest van de Grondrechten¹⁷, als de zogenaamd “meest recente uiting van de Europese ethische consensus in de strijd tegen discriminatie”¹⁸. De wetgever heeft de expliciete bedoeling geuit

⁹ Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, *B.S.* 19 juni 1999.

¹⁰ Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 8 augustus 1981.

¹¹ 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, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/009, 5-6; hierna “Verslag”.

¹² Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PB. EG L.* 108, 19 juli 2000, 22; hierna “Rasrichtlijn”.

¹³ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PB. EG L.* 303, 2 december 2000, 16; hierna “Kaderrichtlijn”.

¹⁴ Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen, *PB. EG L.* 373, 21 december 2004, 37; hierna “de Genderrichtlijn”. In de “Genderwet” worden verder ook Richtlijnen 75/117/EEG, 76/207/EEG, 86/378/EEG, 97/80/EG, 86/613/EEG en 79/7/EEG genoemd als basis voor de omzetting; zie art. 2 Genderwet.

¹⁵ Verslag, *l.c.*, 7.

¹⁶ Verslag, *l.c.*, 7-9.

¹⁷ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, *PB. EG C.* 364/1, 18 december 2000. Hoewel het Handvest van de Grondrechten nog niet bindend is (het is nog niet geïncorporeerd in de verdragen en zolang de Europese Grondwet niet wordt aangenomen ziet het er niet naar uit dat hier snel verandering in komt), kan het Handvest toch worden beschouwd als een gezaghebbende neerslag van de gemeenschappelijke tradities en de internationale verplichtingen van de lidstaten op het gebied van grondrechten, waarvan het Hof van Justitie de toepassing verzekert. Zie hiervoor G. DE BURCA en J. ASCHENBRENNER, “The development of European constitutionalism and the role of the EU Charter of Fundamental Rights”, *Columbia Journal of Fundamental Rights* 2003, afl. 9, 364.

¹⁸ Verslag, *l.c.*, 16.

om géén hiërarchie tussen de verschillende vormen van discriminatie en de slachtoffers ervan te willen creëren¹⁹. Het gesloten karakter van de voorbeeldlijst wordt door de wetge-

ver beschouwd als aanbevelenswaardig om te vermijden dat de wet grondslag wordt voor een “eindeloos aantal rechtsoverordeningen, zoniet futiliteiten”²⁰.

§ 4. EVOLUTIE NAAR EEN GEDIFFERENTIEERD SYSTEEM VAN RECHTVAARDIGING VOOR HET LEVEREN VAN GOEDEREN EN DIENSTEN

9. Een andere opvallende wijziging die door de nieuwe antidiscriminatiewetgeving wordt ingevoerd is de inperking van de mogelijkheden tot rechtvaardiging van het onderscheid. Zo bevatte de antidiscriminatiewet van 2003 een algemene en open geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid voor direct en indirect onderscheid. Onafhankelijk van de discriminatiegrond op basis waarvan discriminatie werd vastgesteld kon de verweerder aantonen dat het door hem gevoerde onderscheid “objectief en redelijkerwijze” gerechtvaardigd was²¹. Dit zogenaamde “open systeem” van rechtvaardiging, dat de beslissing of een onderscheid al dan niet verantwoordbaar is, overlaat aan het oordeel van de rechter²², werd echter gedeeltelijk strijdig bevonden met de definities uit de Ras- en de Kaderrichtlijnen en ook met de Genderrichtlijn, die inzake *directe* discriminatie een “gesloten” systeem van rechtvaardiging²³ opleggen voor de materies waarop zij van toepassing zijn²⁴. Een aanpassing was dan ook noodzakelijk. De wetgever heeft de situatie rechtgetrokken door de invoering van een “gesloten” systeem van rechtvaardiging telkens wanneer, en voor zover, de gemeenschapsrichtlijnen dit vereisen, en in principe het behoud van een “open” systeem van rechtvaardiging in de andere gevallen – dit wil zeggen, wat betreft de “niet-Europese” verboden discriminatiegronden.

10. Voor de formulering van het open systeem van rechtvaardiging (waarnaar wij zullen verwijzen onder de term “open rechtvaardigingsformule”) heeft de wetgever gekozen voor de overname van de criteria die worden genoemd in de open rechtvaardigingsformule van de richtlijnen. Onder deze richtlijnen (en nu ook onder de open rechtvaardigingsformule van de nieuwe antidiscriminatiewetgeving) spreekt

men van een “onderscheid dat objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en dat passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken”²⁵.

11. Globaal gesproken komt de gewijzigde situatie voor het leveren van goederen en diensten en dus ook op het vlak van verzekering neer op een gedifferentieerd systeem van rechtvaardiging dat afhankelijk is van de discriminatiegrond waar het gemaakte onderscheid op is gebaseerd. Concreet komt dit erop neer dat voor bepaalde discriminatiegronden sprake is van een open geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid voor *zowel* direct als indirect onderscheid. Voor andere discriminatiegronden is er enkel een open geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheid voor *indirect* onderscheid²⁶. We bespreken dit gedifferentieerde rechtvaardigingssysteem aan de hand van respectievelijk de bepalingen en beschermde discriminatiegronden uit de “Racismewet” (A), de “Genderwet” (B) en de “Algemene Wet” (C). Daarna gaan we ook in op de additionele, zogenaamde “algemene rechtvaardigingsgronden” die in alle drie de wetten zijn opgenomen (D).

A. Rechtvaardiging van onderscheid op basis van ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming en nationaliteit

12. Voor direct onderscheid dat wordt gemaakt op grond van zogenaamd ras, huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming, is niet langer een open geformuleerde rechtvaardiging mogelijk²⁷. Deze mogelijkheid blijft wel

¹⁹. Verslag, *l.c.*, 13.

²⁰. Verslag, *l.c.*, 15.

²¹. Zie art. 2 § 1-2 van de antidiscriminatiewet van 2003.

²². D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2005, 15.

²³. Een gesloten systeem van rechtvaardiging houdt in dat onderscheid dat wordt gemaakt op basis van één van de in de wet opgesomde discriminatiegronden verboden is, tenzij daarvoor in de wet een expliciete uitzondering is voorzien. Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 5.

²⁴. Ook vóór de nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving diende de antidiscriminatiewet reeds richtlijnconform te worden geïnterpreteerd in de zin dat een rechtvaardigingsmogelijkheid voor direct onderscheid gesteund op ras of etnische afkomst, resp. geslacht principieel diende te worden uitgesloten. Zie o.m. C. HOREVOETS, *l.c.*, 25-27; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 482; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen en de discriminatiewet, Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 194-198; L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, “Gelijkheid anders dan op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen”, *T.S.R.* 2003, afl. 4, 607; Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding, *Jaarverslag 2002. Op weg naar diversiteit*, http://www.antiracisme.be/nl/rapporten/centrum/2003/rapport/acrobat/05_verslag02.pdf 2003, 97; zie ook J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 312-313.

²⁵. Zie voor een uitwerking van deze criteria en een toepassing in verzekering *infra*, nrs. 58 e.v.

²⁶. Daargelaten enige uitzonderingen uit de Genderwet, die in bepaalde gevallen zelfs een rechtvaardiging van indirect onderscheid lijken te verbieden, zie *infra*, nr. 17.

²⁷. Zie art. 7 § 1 Racismewet.

behouden voor indirect onderscheid op basis van deze gronden²⁸. Ook blijft de rechtvaardiging mogelijk van direct en indirect onderscheid op basis van nationaliteit, met dit voorbehoud dat direct onderscheid dat wordt verboden door het recht van de Europese Unie, niet rechtvaardigbaar is²⁹.

B. Rechtvaardiging van onderscheid op basis van geslacht, zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering

13. Voor wat betreft de grond geslacht is geen open geformuleerde rechtvaardiging meer mogelijk van direct onderscheid, tenzij de levering van goederen en diensten exclusief of essentieel bestemd zijn voor de leden van één geslacht³⁰. Omdat de gronden zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering voor wat betreft direct onderscheid worden gelijkgesteld met direct onderscheid op basis van geslacht³¹ is een open geformuleerde rechtvaardiging eveneens uitgesloten voor onderscheid dat op deze gronden is gebaseerd³². 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 uit-

kering kunnen niet afhankelijk worden gesteld van het risico op zwangerschap³³.

14. Opgemerkt dient te worden dat België (voor zover bekend als één van de enige landen van de Europese Unie) géén gebruikt maakt van de door de Genderrichtlijn voorziene *optie* om onder bepaalde voorwaarden afwijkingen te voorzien van de onmogelijkheid van rechtvaardiging van direct geslachtsonderscheid. Deze door de Genderrichtlijn geboden optie geeft de lidstaten het recht om vóór 21 december 2007 te besluiten om in verzekeringsovereenkomsten waarin het geslacht een³⁴ bepalende factor is in de beoordeling van het te verzekeren risico, “*proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in de gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens*”³⁵. Door het lichten van de optie maakt een lidstaat het mogelijk dat het geslacht wordt gebruikt als een *proxy* voor andere risicofactoren, zolang daarvoor accurate gegevens beschikbaar zijn die de relevantie aantonen van het geslacht als differentiatiefactor³⁶. Doordat België de optie echter niet licht, wordt de mogelijkheid tot rechtvaardiging van direct geslachtsonderscheid dat neerkomt op een verschil in premies of uitkeringen, toch principieel uitgesloten³⁷. Er kan aan worden

28. Zie art. 9 Racismewet.

29. Zie art. 7 § 2 en art. 9 Racismewet.

30. Zie art. 8 en 9 § 1 Genderwet. Voor een toepassing van deze uitzondering inzake geslachtsexclusieve levering op verzekeringsovereenkomsten kan gedacht worden aan het voorbeeld van motorrijtuigenverzekeraars die zich exclusief richten tot een vrouwelijk publiek. Afgaande op de bewoordingen van de Genderrichtlijn (overweging 17), waarvan de Genderwet de omzetting vormt, kan worden besloten dat een motorrijtuigenverzekeraar enkel kan overgaan tot rechtvaardiging van het *beperken van zijn aanbod* tot het vrouwelijk publiek. Hierbij is expliciet *niet* bedoeld dat deze verzekeraar ook een rechtvaardiging kan invoeren voor eventuele *lagere premies* die hij als voorwaarde aan dit vrouwelijke publiek oplegt. Zie hiervoor Y. THIERY, “Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatie-recht”, in J. ROGGE (ed.), *Discriminatie en verzekering, De Verz.*, Dossier 10, Mechelen, Kluwer, 2007, nrs. 100-102.

31. Zie art. 4 § 1-2 Genderwet.

32. De Genderrichtlijn en de Genderwet sluiten hierbij aan met de traditioneel in het Europees geslachtsdiscriminatie-recht 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 in H.v.J. 8 november 1990, C-177/88, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10, waar het Hof oordeelde dat, gezien het feit dat het enkel vrouwen zijn die zwanger kunnen worden, Mevrouw Dekker enkel een aanstelling was geweigerd vanwege haar geslacht, waardoor er sprake was van directe discriminatie en waardoor er ook geen rechtvaardiging kon worden ontleend aan het financiële nadeel dat zou kunnen worden geleden als gevolg van haar aanstelling. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *EU Law: text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 903-904.

33. Het valt dan ook te verwachten dat het instellen van wachttermijnen voor een zwangerschapsuitkering als discriminatoir zullen worden aangemerkt, indien die termijn bv. wordt vastgelegd op twee jaar. Zo heeft de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (hierna “CGB”) een wachttermijn van twee jaar reeds verscheidene keren gekwalificeerd als (direct) discriminatoir omdat zij alleen in geval van zwangerschap het recht op de uitkering doen ontstaan mits de verzekerde ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar bij de wederpartij is verzekerd. Zie oordeel 1997-87 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453054354>. In de ogen van de CGB zijn zulke wachttermijnen, ook al worden zij genomen om misbruik tegen te gaan, er enkel op gericht om misbruik tegen te gaan door zwangere vrouwen en hebben zij voor de rest geen effect op andere vormen van misbruik. Zie Oordeel 2005-80 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453055579>. Zie ook Oordeel 2002-76 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453055007>, alsook Oordeel 2004-44 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=453055352>.

34. Maar niet noodzakelijk de enige, zie ov. 19 Genderrichtlijn.

35. Zie art. 5 lid 2 Genderrichtlijn.

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

37. Door de Belgische verzekeraars wordt gevreesd dat het feit dat de Belgische wetgever niet gekozen heeft voor het lichten van de optie, zal leiden tot een verzwakte concurrentiepositie ten opzichte van de buitenlandse verzekeraars. De verschillen tussen de nationale wetgevingen zouden immers aanleiding kunnen geven tot “forumshopping” door verzekerden die enkel verzekeringsovereenkomsten willen sluiten beheerst door nationale wetgeving die voor hun specifieke geval het meest gunstig is. Toch kan het gevaar voor een verzwakte concurrentiepositie enigszins worden gerelativeerd daar het lichten van de optie door een lidstaat niet automatisch zal inhouden dat naar het geslacht gedifferentieerde premies en uitkeringen zijn toegelaten. Een nog belangrijker reden om niet te vrezen voor een verzwakte concurrentiepositie voor de Belgische verzekeraars is dat verzekeraars uit landen die de optie gelicht hebben zich in België wellicht even goed moeten houden aan de Belgische antidiscriminatie-wetgeving. Zie hiervoor Y. THIERY, “Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatie-recht”, *l.c.*, nrs. 64 e.v.

getwijfeld of België (voor 21 december 2007) nog op deze beslissing kan terugkomen, gezien de bepaling in artikel 7 lid 2 van de Genderrichtlijn dat bepaalt dat de uitvoering van de Richtlijn onder geen beding een reden kan vormen voor het in de lidstaten reeds *bestaande* niveau van bescherming.

15. Bij wijze van overgangsmaatregel wordt in artikel 10 § 3 van de Genderwet bepaald dat de onmogelijkheid van rechtvaardiging voor de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties pas ingaat op 21 december 2007 (de omzettingsdatum van de Genderrichtlijn)³⁸. Deze formulering is problematisch daar zij lijkt aan te geven dat voor alle verzekeringsovereenkomsten die werden afgesloten vóór 21 december 2007 en die een verschil mogelijk maken in premies en uitkeringen op basis van geslacht, ná 21 december 2007 per definitie geen rechtvaardiging meer mogelijk zal zijn. Van een echte overgangsmaatregel kan dus moeilijk worden gesproken. Bestaande polissen die vandaag een verschillende premie of uitkering voorzien voor mannen en vrouwen zullen na 21 december 2007 meteen in strijd komen met de Genderwet. De formulering en het effect van de Genderwet lijkt dan ook verschillend van de Genderrichtlijn die voor overeenkomsten die vóór 21 december 2007 zijn afgesloten wél nog een rechtvaardiging mogelijk lijkt te maken na deze datum. In deze interpretatie lijkt de Belgische Genderwet dus veel strenger voor lopende verzekeringsovereenkomsten dan gevraagd wordt door de Genderrichtlijn³⁹.

16. Ook voor het leveren van andere goederen en diensten en voor bepalingen in verzekeringsovereenkomsten die geen betrekking hebben op premies en uitkeringen gaat de onmogelijkheid van een open rechtvaardigingsformule voor direct geslachtsonderscheid in op 21 december 2007, tenzij de Koning voorafgaand aan deze datum voor sommige goederen en diensten (op limitatieve wijze) heeft bepaald dat zij kunnen worden beschouwd als exclusief of essentieel

bestemd voor de leden van één geslacht⁴⁰.

17. Indirect onderscheid op basis van geslacht blijft wel rechtvaardigbaar op basis van de open rechtvaardigingsformule⁴¹. Dit lijkt echter niet zo te zijn voor indirect onderscheid op basis van zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering⁴².

C. Rechtvaardiging van onderscheid op basis van de andere (limitatief bepaalde) discriminatiegronden

18. Voor wat betreft de discriminatiegronden waarvoor bescherming wordt geboden in de Algemene Wet, wordt vastgehouden aan het regime dat op het vlak van het leveren van goederen en diensten reeds gangbaar was in de antidiscriminatiewet. Onderscheid dat gebaseerd is op leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, op sociale afkomst kan altijd worden gerechtvaardigd op basis van de open rechtvaardigingsformule, ongeacht het direct of indirect karakter van het onderscheid⁴³.

19. Specifiek voor de rechtvaardiging van onderscheid dat gebaseerd is op handicap, voorziet de Algemene Wet nog een alternatieve rechtvaardigingsgrond. Zo is het mogelijk om in het geval van indirect onderscheid op basis van handicap aan te tonen dat het onmogelijk was om zogenaamde "*redelijke aanpassingen*"⁴⁴ te treffen. Slaagt men hierin dan is er volgens de Algemene Wet geen sprake van discriminatie, ook al zou de verweerder er niet toe komen om indirecte discriminatie op basis van handicap te rechtvaardigen op basis van de open rechtvaardigingsformule⁴⁵.

³⁸. Zie art. 9 § 3 Genderwet.

³⁹. Ondanks het feit dat de Belgische Genderwet, door op het vlak van overgangsrecht een opmerkelijk strenger regime in te richten, niet overeenstemt met de formulering in de Genderrichtlijn, kan geargumenteed worden dat de Genderwet geen schending uitmaakt van de richtlijn. Art. 7 lid 1 van de Genderrichtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten bepalingen mogen vaststellen die gunstiger zijn voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling. Los van de vraag of deze strenge Belgische overgangsregeling effectief gunstiger is voor het beschermen van het beginsel van gelijke behandeling, kan tegen deze argumentatie worden ingebracht dat de Europese wetgever er in de overwegingen nog eens extra de nadruk op heeft gelegd dat de regeling van het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren bij het bepalen van premies en uitkeringen, "*uitsluitend*" mag gelden voor "*nieuwe contracten*" die "*na de omzettingsdatum van de richtlijn gesloten worden*". Een herformulering op het vlak van het overgangsrecht lijkt dan ook sterk aangewezen. Zie hiervoor Y. Thiery, "Verzekering en de (r)evolutie van het geslachtsdiscriminatierecht", *l.c.*, nr. 94-99.

⁴⁰. Zie art. 9 § 2 Genderwet.

⁴¹. Zie art. 15 Genderwet.

⁴². Art. 15 Genderwet spreekt enkel van een rechtvaardigingsmogelijkheid voor indirect onderscheid op basis van "geslacht". Daar indirect onderscheid op basis van geslacht niet wordt gelijkgesteld met indirect onderscheid op basis van zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering (zoals wel het geval is voor direct onderscheid, zie art. 4 § 1-2 Genderwet), blijkt een rechtvaardiging voor indirect onderscheid op basis van zwangerschap, bevalling, moederschap en geslachtsverandering inderdaad niet mogelijk.

⁴³. Zie art. 7 en 9 Algemene Wet.

⁴⁴. Over de verplichting tot het nemen van "redelijke aanpassingen" alsook de inhoud van het begrip, zie *infra*, nrs. 29 e.v. Over de rechtvaardigingsformule met betrekking tot het aantonen van de onmogelijkheid van redelijke aanpassingen, zie *infra*, nrs. 70-72.

⁴⁵. Zie Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp voor de Algemene Wet, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 51; over de conceptuele problemen die hieromtrent ontstaan, zie *infra*, nrs. 71-72.

D. De bijkomende “algemene rechtvaardigingsgronden”

20. Zowel in de Algemene Wet als in de Ras- en de Genderwet staan enkele “algemene rechtvaardigingsmogelijkheden” opgenomen. Het betreft aan de ene kant de reeds in de antidiscriminatiewet van 2003 bestaande bepaling dat een direct of indirect onderscheid nooit aanleiding kan geven tot de vaststelling van discriminatie wanneer dit onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt (1). Aan de andere kant betreft het de in alle drie de wetten opgenomen “vrijwaringsclausule” die bepaalt dat een onderscheid dat wordt opgelegd door of krachtens een andere wet, niet door de nieuwe wetten in vraag wordt gesteld (2).

1. Positieve actie

21. In de artikelen 10 van de Algemene Wet en de Racismewet en in artikel 16 van de Genderwet vinden we, net zoals daardoor in de antidiscriminatiewet, de mogelijkheid terug om het discriminatoir karakter van een door de antidiscriminatiewetgeving gevisieerd onderscheid te weerleggen door aan te tonen dat het gemaakte onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt. Een verschil met de antidiscriminatiewet is dat voor de definiëring van het concept positieve actie in alle drie de nieuwe wetten aansluiting wordt gezocht met de definities van de Ras-, de Kader- en de Genderrichtlijn⁴⁶. Nog verschillend met de antidiscriminatiewet is dat de verworvenheden van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof omtrent de interpretatie van het concept positieve actie mee in de tekst van de nieuwe wetten zijn opgenomen⁴⁷. Zo dienen de maatregelen van tijdelijke aard te zijn en moeten zij verdwijnen samen met de kennelijke ongelijkheid tussen de categorieën en mogen zij verder niet leiden tot onnodige beperking van andermans rechten⁴⁸. Net zoals onder de antidiscriminatiewet het geval was dwingt ook de nieuwe antidiscriminatiewetgeving niet tot maatregelen van positieve actie;

enkel wordt duidelijk gemaakt dat het gelijkheidsbeginsel deze maatregelen niet in de weg staat⁴⁹.

2. Vrijwaringsclausule

22. De in de nieuwe wetgeving opgenomen vrijwaringsclausule biedt een antwoord op de reeds ten tijde van de werking van de antidiscriminatiewet gerezen vraag of een onderscheid dat wordt opgelegd of toegelaten door een wet nog steeds strijdig kan zijn met het wettelijk verbod op discriminatie⁵⁰. In bepaalde rechtsleer werd hieromtrent de stelling ontwikkeld dat de ongelijke behandeling in dat geval slechts kan worden gecatalogeerd als discriminatoir indien de wet die de ongelijke behandeling toestaat, zélf strijdig is met het gelijkheidsbeginsel zoals dat meer bepaald is vastgelegd in artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de internationale mensenrechtenverdragen⁵¹ en het Gemeenschapsrecht⁵².

23. De nieuwe antidiscriminatiewetgeving lijkt deze stelling te hebben overgenomen. Getuige hiervan de “vrijwaringsclausule”⁵³, waar wordt gesteld dat onderscheid op grond van geslacht (zowel direct als indirect) nooit aanleiding geeft tot de vaststelling van discriminatie wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet⁵⁴. Hierbij wordt dan in § 2 van de bepalingen inzake de vrijwaringsclausule de belangrijke toevoeging gedaan dat § 1 van deze bepalingen geen uitspraak doet over de conformiteit van het door of krachtens die wet opgelegde onderscheid met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationaal recht. In de parlementaire voorbereiding wordt hieromtrent verduidelijkt dat het evident is dat de rechter zal moeten blijven weigeren een wet toe te passen die een onderscheid in behandeling oplegt dat indruist tegen het internationaal recht inzake mensenrechten of het primaire of afgeleide Gemeenschapsrecht (of hieromtrent een prejudiciële vraag kan stellen aan het Grondwettelijk Hof)⁵⁵.

⁴⁶. Zie art. 5 Rasrichtlijn, art. 7 Kaderrichtlijn en art. 6 Genderrichtlijn.

⁴⁷. Dit naar aanleiding van de opmerkingen die de Raad van State met betrekking tot dit punt had geformuleerd naar aanleiding van de totstandkoming van de antidiscriminatiewet van 2003. Zie Verslag, *l.c.*, 18. Zie ook de voorbereidende werken bij de anti-discriminatiewet zelf, Verslag voor de Commissie voor Justitie, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1578/8, 53.

⁴⁸. Zie telkens § 2 van de genoemde bepalingen. Zie voor voorbeelden uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: Grondwettelijk Hof nr. 42/97, 14 juli 1997, *B.S.* 3 september 1997, ov. B.20; Grondwettelijk Hof nr. 9/94, 27 januari 1994, *B.S.* 23 maart 1994. Volgens M. DE VOS strookt deze interpretatie van het Grondwettelijk Hof nochtans niet met de rechtvaardigingstoets die het Hof van Justitie toepast voor maatregelen van positieve actie. Hij besluit dan ook dat de formulering in de nieuwe wetgeving technisch zal moeten verbeterd worden. Zie Verslag, *l.c.*, 147. Voor een toepassing in verzekering, zie C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Discriminatie en verzekering”, *R.W.* 2006-07, afl. 7, 271-272.

⁴⁹. Zie reeds J. VRIELINK, “De Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, in UFSIA (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2003, 219; K. BERNAUW, “De Wet Bestrijding Discriminatie en verzekeringen”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 287.

⁵⁰. Zie in dit verband bv., C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Discriminatie en verzekering”, *l.c.*, 281; K. BERNAUW, *l.c.*, 296.

⁵¹. Art. 14 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, art. 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

⁵². J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, “Égalité et droit des assurances automobiles: de nouvelles données”, in B. DUBUISSON en P. JADOU (eds.), *Du neuf en assurance automobile*, Luik, Louvain-la-Neuve, 2004, 84-85; L. KERZMANN, “Le droit des assurances à l'épreuve de la loi antidiscrimination”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 1, Brugge, die Keure, 2006, 96.

⁵³. Zie voor deze terminologie bv. Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp voor de Genderwet, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2721/001, 13; hierna “Memorie van Toelichting”.

⁵⁴. Zie art. 11 Algemene Wet, art. 18 Genderwet en art. 11 Racismewet; hierna “de bepalingen inzake de vrijwaringsclausule”.

⁵⁵. Zie Memorie van Toelichting, *l.c.*, 24.

§ 5. DEFINIËRING VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD

A. Directe discriminatie

24. Op het vlak van de definiëring van het concept van directe discriminatie wordt in de nieuwe regeling dezelfde definitie gebruikt voor direct onderscheid als de definitie die wordt gehanteerd in de Ras-, de Kader- en de Genderrichtlijn waar directe discriminatie wordt omschreven als de situatie waarbij iemand op grond van een verboden discriminatiegrond ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld⁵⁶. Voor het overige stelt de nieuwe Belgische antidiscriminatie-wetgeving direct onderscheid gelijk met directe discriminatie, indien het op grond van de respectievelijke wetten niet kan worden gerechtvaardigd. In Titel III, Hoofdstuk I van de Algemene Wet, de Genderwet en de Racismewet wordt directe discriminatie telkens verboden gesteld⁵⁷.

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

26. Zo zal het voor een vrouwelijke verzekerde bijvoorbeeld 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 of leeftijd te vinden is, is het mogelijk om aan te voeren dat als een verzekeringsonderneming toch een persoon van bijvoorbeeld een andere leeftijd of geslacht zou verzekerd hebben, deze persoon tegen gunstiger voorwaarden zou verzekerd zijn.

B. Indirecte discriminatie

27. Ook voor de definiëring van het concept van indirecte discriminatie neemt de nieuwe Belgische wetgeving de definities over van de Ras-, de Kader- en de Genderrichtlijn, waar indirecte discriminatie wordt omschreven als de situatie waarbij een *ogenschijnlijk neutrale* bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen *bijzonder benadeelt*, 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* zijn⁵⁸. De nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving neemt de formulering van deze open rechtvaardigingsformule echter niet over in het hoofdstuk "*Definities*", maar wel in het hoofdstuk omtrent de rechtvaardiging van onderscheid⁵⁹. Net zoals dit het geval is bij directe discriminatie wordt ook indirecte discriminatie verboden gesteld onder Titel III, Hoofdstuk II van de Algemene Wet, de Genderwet en de Racismewet⁶⁰.

28. Het mag blijken dat in de formulering van het concept indirecte discriminatie, de nadruk wordt gelegd op de *gevolgen* van de ongelijke behandeling, en dit in tegenstelling tot de definiëring van directe discriminatie waar de nadruk ligt op het vaststellen van een *oorzakelijk verband* tussen de verboden discriminatiegrond en de ongelijke behandeling. In het geval van indirecte discriminatie is de oorzaak van de ongelijke behandeling niet ver te zoeken. Zij ligt in het gebruik van een makkelijk vaststelbaar *ogenschijnlijk neutraal criterium*⁶¹ en de nadruk ligt op het onderzoek of het gebruik van dat criterium tot *gevolg* kon hebben dat een aanzienlijk deel van de personen die drager zijn van de beschermde discriminatiegrond werden benadeeld ten opzichte van de personen die geen drager zijn van de beschermde discriminatiegrond⁶².

⁵⁶. Zie art. 4, 6° Algemene Wet, art. 5, 6° Genderwet en art. 4, 7° Racismewet. Zie ook de formulering in art. 2, lid 2 *sub a*) Rasrichtlijn en Kaderrichtlijn en art. 2, *sub a*) Genderrichtlijn.

⁵⁷. Zie art. 14 Algemene Wet, art. 19 Genderwet en art. 12 Racismewet.

⁵⁸. Zie art. 2, lid 2, *sub b*) Rasrichtlijn, art. 2, lid 2, *sub b*) en i) Kaderrichtlijn en art. 2, *sub b*) Genderrichtlijn.

⁵⁹. Zie voor indirecte discriminatie telkens Titel II, Hoofdstuk II van de Algemene Wet, de Genderwet en de Racismewet.

⁶⁰. Zie art. 14 Algemene Wet, art. 19 Genderwet en art. 12 Racismewet.

⁶¹. Zie voor een voorbeeld, *infra*, nrs. 48 en 50.

⁶². C. BAYART, *o.c.*, 110.

C. Ontbreken van redelijke aanpassingen

29. In artikel 14 van de Algemene Wet wordt expliciet bepaald dat ook de weigering om “redelijke aanpassingen” te treffen ten voordele van een persoon met een handicap⁶³, verboden is. Volgens de begripsomschrijving van redelijke aanpassingen in artikel 4, 12° van de Algemene Wet kan men aldus niet weigeren maatregelen te nemen die “in een concrete situatie en naar gelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aanleggelegenheden waarop deze wet van toepassing is”. Daar de algemene wet ook van toepassing is op het leveren van goederen en diensten (en dus ook op verzekering) dient ook op dit vlak rekening te worden gehouden met de “verplichting” om redelijke maatregelen te nemen⁶⁴. Zo zullen ook verzekeraars in de mate van het mogelijke moeten zorgen voor redelijke aanpassingen ten voordele van gehandicapten.

30. Traditioneel wordt het nemen van redelijke aanpassingen gesitueerd in een context van toegankelijkheid van gebouwen en de aangepastheid van (publieke) accommodatie aan de specifieke noden van gehandicapte personen. Nochtans blijkt nergens uit de tekst van de wet of uit de voorbereidende werken dat “redelijke aanpassingen” beperkt zijn tot

dit traditionele domein⁶⁵. Het is dus niet onaannemelijk dat de “verplichting” tot het nemen van redelijke maatregelen kan worden doorgetrokken naar typische dienstverlenings“overeenkomsten” zoals verzekering. In dat geval zou het een verzekeraar verboden zijn om maatregelen te weigeren die een persoon met een handicap in staat moeten stellen om deel te nemen aan de verzekeringsmarkt. Hierbij gaat het dan niet enkel om een vergemakkelijkte toegang tot de gebouwen van de verzekeraar, maar ook om een vergemakkelijkte toegang tot de verzekeringsovereenkomst zélf, hetgeen kan impliceren dat gehandicapten niet mogen worden uitgesloten van verzekeringsovereenkomsten en wellicht zelfs aan dezelfde voorwaarden zouden moeten worden verzekerd.

31. Van groot belang is de beperking die aan het verbod op weigering van het nemen van redelijke maatregelen is verbonden. Volgens de formulering in artikel 4, 12° lijkt het namelijk mogelijk om de “redelijke aanpassing” te weigeren indien “deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen”. Deze formulering lijkt sterk op een soort van rechtvaardiging van een ongelijke behandeling op basis van handicap en op dit vlak rijzen enkele conceptuele problemen die we zullen bespreken onder de paragraaf met betrekking tot de rechtvaardiging van het onderscheid⁶⁶.

§ 6. VASTSTELLING EN BEWIJSLAST VAN DIRECTE EN INDIRECTE DISCRIMINATIE

A. Verschuiving van de bewijslast

32. Door de richtlijnen⁶⁷ en de nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving⁶⁸ wordt voorzien in een zogenaamde verschuiving van de bewijslast⁶⁹. 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 kun-

nen doen vermoeden. De verweerder zal op zijn beurt dienen te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Omtrent de concrete invulling van het principe van de verschuiving van de bewijslast baseert men zich traditioneel op de rechtspraak van het Hof van Justitie die het principe van de verschuiving van de bewijslast heeft uitgelegd in zaken betreffende loondiscriminatie⁷⁰. Uit de bepalingen van de nieuwe antidiscriminatie-

63. BREMS wijst er terecht op dat de “verplichting” tot redelijke aanpassingen in concrete omstandigheden ook kan bestaan in verband met andere discriminatiegronden als handicap. Dit volgt volgens haar uit de algemene regel dat discriminatie ook bestaat in de gelijke behandeling van ongelijke situaties. E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, in E. BREMS en M. DE VOS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 49, nr. 32.

64. Net zoals de voormalige antidiscriminatiewet van 2003 gaat ook de Algemene Wet verder dan de bepalingen van de Kaderrichtlijn die de werking van het principe van de redelijke aanpassingen beperkt tot arbeidsaangelegenheden. Onder de antidiscriminatiewet dienden redelijke aanpassingen naast arbeidsaangelegenheden ook reeds te worden voorzien voor het leveren van goederen en diensten. Deze verworvenheid blijft behouden onder de nieuwe antidiscriminatiewetgeving. Zie over de ruime toepassing onder de antidiscriminatiewet, D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, o.c., 493; C. CAUFFMANN, “Discriminatie bij bijzondere overeenkomsten”, *R.W.* 2006-07, afl. 7, 293; F. VERMANDER, “De antidiscriminatiewet en de financiële sector”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 1, Brugge, die Keure, 2006, 39.

65. Zelfs uit de voorbereidende werken bij de antidiscriminatiewet blijkt duidelijk dat “de aanpassingsplicht niet enkel sloeg op materiële aanpassingen, maar in arbeidsrelaties ook op sociale en organisatorische aanpassingen, zoals aanpassingen van werk- en rusttijden en opleidings- en integratiemiddelen”. Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, o.c., 493-494, met verwijzing naar *Parl. St. Kamer* 2001-02, 1578/8, 30.

66. Zie *infra*, nrs. 70-72.

67. Art. 8 Kaderrichtlijn, art. 10 Rasrichtlijn en art. 9 Genderrichtlijn. Deze bepaling komt overeen met de formulering in de Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, *PB. EG L.* 14, 20 januari 1998, 6; hierna de “Bewijslastrichtlijn”.

68. Art. 28 § 1 Algemene Wet, art. 33 § 1 Genderwet en art. 30 § 1 Racismewet.

69. Zie Memorie van Toelichting, l.c., 61.

70. C. BAYART, o.c., 328, met verwijzing naar o.m. H.v.J. 17 oktober 1989, 109/88, *Danfoss, Jur.* 1989, 3199; H.v.J. 27 oktober 1993, C-127/92, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health, Jur.* 1993, I-5535; H.v.J. 31 mei 1995, C-400/93, *Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri (Royal Copenhagen), Jur.* 1995, I-1275; H.v.J. 26 juni 2001, C-381/99, *Brunnhofner/Bank der Osterreichischen Postsparkasse, Jur.* 2001, I-4961.

wetgeving⁷¹ mag blijken dat ook de Belgische wetgever zich op deze rechtspraak heeft gebaseerd ter verdere uitlegging van de bewijslastregeling. Zowel voor directe als voor indirecte discriminatie worden in de nieuwe antidiscriminatie-wetgeving verder feiten opgesomd die door het slachtoffer van de discriminatie kunnen worden aangebracht ter opwekking van een vermoeden van directe en indirecte discriminatie en die eveneens gebaseerd zijn op de rechtspraak van het Hof van Justitie⁷².

B. Directe discriminatie

1. Probleemstelling

33. Of er al dan niet sprake is van directe discriminatie, is een vraag die weinig zal voorkomen bij het rechtstreeks of openlijk gebruik van een door de antidiscriminatiewetgeving verboden onderscheidingscriterium⁷³. Een verzekeraar die in zijn polis of in zijn contractvoorwaarden expliciete gevolgen koppelt aan het hebben van een bepaalde leeftijd, het aanwezig zijn van een bepaalde fysieke of genetische eigenschap, het hebben van een handicap, het loutere feit van het man of vrouw zijn, of die expliciet gebruik maakt van (geslachts-)gescheiden sterftetafels of schadestatistieken die leiden tot verschillende premies en uitkeringen, zal het gebruik van het onderscheidingscriterium moeilijk kunnen ontkennen waardoor het te bewijzen onderscheid uiteindelijk niet zo moeilijk aantoonbaar zal zijn⁷⁴. Daarentegen zullen (kandidaat-)verzekeringnemers van een bepaald geslacht, of leeftijd of (kandidaat-)verzekeringnemers die drager zijn van een bepaald ziektebeeld of handicap en die klagen over een ongunstige behandeling (bv. een hogere premie of een lagere uitkering) het niet altijd even gemakkelijk hebben om deze discriminatie te bewijzen indien er in het differentiatiebeleid van een verzekeringsonderneming sprake is van een niet-openlijk gebruik van het criterium⁷⁵. Gedacht kan worden aan situaties waarbij een verzekeringsonderneming haar differentiatiebeleid op geen enkele wijze bekend maakt waardoor het nagenoeg onmogelijk wordt om

een zogenaamde “causaliteit”⁷⁶ aan te tonen tussen het geslacht en de hogere premie of uitkering⁷⁷. In zulke gevallen zijn de verschuiving van de bewijslast en de in dit kader door de wetgever geformuleerde bewijsmethodes een erg nuttig instrument. De nieuwe antidiscriminatiewetgeving onderscheidt hierbij de zogenaamde patroonmethode en de eliminatiemethode.

2. Patroon- en eliminatiemethode

34. Zowel in de Algemene wet, de Genderwet en de Racismewet geeft de wetgever meer duidelijkheid over de feiten die het bestaan van *directe* discriminatie kunnen doen vermoeden⁷⁸. De wet vermeldt twee mogelijke, doch niet limitatief bepaalde “feiten” die het bestaan van een directe discriminatie kunnen doen vermoeden.

35. In de eerste plaats wordt gesproken over “*gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen van hetzelfde geslacht*”. Volgens de voorbereidende werken moet het met deze bewijsmethode (*patroonmethode*) mogelijk worden een bepaald patroon van discriminatie aan te tonen dat kan worden gevonden in statistieken die wijzen op een systematische benadeling van een bepaalde groep⁷⁹. Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat deze bewijsmethode gebaseerd is op de uitspraken van het Hof van Justitie in enkele belangrijke loondiscriminatiezaken⁸⁰.

36. In de tweede plaats vermeldt de wet “*gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstige behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon*”. Volgens de voorbereidende werken moet het gaan over “sterke vergelijkbaarheid” die moet worden vastgesteld aan de hand van “relevante en pertinente criteria”⁸¹. Deze bewijsmethode (*eliminatiemethode*), afkomstig uit het loondiscriminatierecht, is gebaseerd op de zogenaamde LENZ-formule van het Hof van Justitie die luidt dat de eiser bij het niet-openlijk gebruik van het geslacht enkel moet aantonen dat er sprake is van een ongelijke beloning

71. Zie art. 28 Algemene Wet, art. 33 Genderwet en art. 30 Racismewet.

72. Zie *infra*, nrs. 34 e.v. voor directe discriminatie en nrs. 46 e.v. voor indirecte discriminatie.

73. D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 163.

74. D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 163; 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, 128.

75. Zie voor een vergelijking met het loonbeleid van een onderneming, B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 129; C. BAYART, *o.c.*, 100.

76. Zie voor een verdere uitwerking van dit begrip, *infra*, nrs. 41-42.

77. Zie voor een vergelijking met een ondoorzichtig loonbeleid, advocaat-generaal Lenz, concl. 14 juli 1993 voor H.v.J. 27 oktober 1993, C-127/92, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 23.

78. Zie telkens § 2 van art. 28 Algemene Wet, art. 33 Genderwet en art. 30 Racismewet.

79. Zie Verslag, *l.c.*, 75; zie ook C. BAYART, *o.c.*, 334.

80. Zie Verslag, *l.c.*, 78, met verwijzing naar H.v.J. 17 oktober 1989, nr. 109/88, *Danfoss*, *Jur.* 1989, 3199; H.v.J. 27 oktober 1993, C-127/92, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, *Jur.* 1993, I-5535; H.v.J. 31 mei 1995, C-400/93, *Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri (Royal Copenhagen)*, *Jur.* 1995, I-1275. Hierbij dient toch te worden opgemerkt dat de principes inzake de bewijslast die ontwikkeld zijn in deze zaken, eerder oordeelden omtrent gevallen van *indirecte* discriminatie. De wetgever maakt er schijnbaar geen probleem van om uit deze zaken de zogenaamde patroonmethode voor het bewijs van *directe* discriminatie te destilleren.

81. Zie Verslag, *l.c.*, 75-76; zie ook C. BAYART, *o.c.*, 334-335.

terwijl er vergelijkbare arbeid wordt verricht⁸². Door de vergelijkbaarheid te bewijzen van de situaties waarin de verschillende behandelde personen zich bevinden, zo wordt door Bayart verduidelijkt, kunnen factoren die niets met het verboden onderscheidingscriterium te maken hebben, worden geëlimineerd, waardoor het gebruikte verboden onderscheidingscriterium als enige verklarende factor overblijft⁸³.

37. Het dient gezegd dat deze eliminatiemethode in het arbeidsdiscriminatierecht soms wordt aangemerkt als een “zeer lage bewijsdrempel”⁸⁴. Het is dan ook niet vreemd dat de Raad van State in haar advies bij het wetontwerp voor de Belgische Genderwet twijfelt 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”⁸⁵. Daar verzekering per definitie wordt getypeerd door het maken van onderscheiden is het dan ook afwachten of de Belgische rechtspraak volledig analoog met de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent ondoorzichtig loonbeleid, zal overgaan tot een verschuiving van de bewijslast indien de eiser aantoont dat er sprake is van ten eerste “*een verschil in [premie]*”⁸⁶ en ten tweede van een “*vergelijkbaar [risico] tussen een vrouwelijke en een mannelijke [verzekeringnemer]*”^{87,88}. In de voorbereidende werken bij de nieuwe antidiscriminatiewetgeving werd er als reactie op de kritiek van de Raad van State alvast op gewezen dat er in het Europees discriminatierecht sprake is van een duidelijke kruisbestuiving tussen de verschillende materies en dat de vooruitgang die wordt geboekt op een bepaald terrein waar mogelijk wordt gerecupereerd op andere terreinen⁸⁹.

3. Weerleggingsmogelijkheden andere dan de rechtvaardiging van het onderscheid

38. Dat directe discriminatie op basis van ras en geslacht, buiten de hierboven vermelde gevallen, niet meer vatbaar is voor rechtvaardiging wil niet zeggen dat een verzekeraar

niets zou kunnen ondernemen tegen het vermoeden van directe discriminatie. Dit wordt bevestigd in artikel 33 § 1 van de Genderwet en artikel 28 § 1 van de Racismewet die de verweerder de mogelijkheid geven om het bestaan van directe discriminatie te weerleggen, buiten het systeem van de rechtvaardiging om. Deze weerleggingsmogelijkheid geldt overigens ook wanneer rechtvaardiging wél is toegestaan, zoals bijvoorbeeld het geval is in de Algemene Wet⁹⁰. De mogelijkheden voor de weerlegging zijn tweërlei. Ten eerste kan de verzekeraar bewijzen aanvoeren tegen de vergelijkbaarheid van de voorliggende risico's (a). Ten tweede kan hij betwisten dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het geslacht en de ongelijke behandeling (b).

(a) Geen vergelijkbaarheid

39. Eén van de acties die een verzekeraar kan ondernemen ter weerlegging van het door het “slachtoffer” gevestigde vermoeden van discriminatie is met alle mogelijke middelen trachten aan te tonen dat het slachtoffer en de referentiepersoon waarmee hij zich vergelijkt zich in een feitelijk totaal verschillende situatie bevinden⁹¹. Een (voor verzekeringsondernemingen) relevant voorbeeld van deze uitwijkingsmogelijkheid vinden we in de zaak *Birds Eye Walls*. Het Hof van Justitie wees de vergelijkbaarheid van mannelijke en vrouwelijke werknemers af omdat zij zich in een *verschillende financiële positie* bevonden: omwille van een verschillende pensioenleeftijd in het wettelijk stelsel werd in die zaak een verschil in brugpensioen voor mannen en vrouwen goedgekeurd⁹². Deze zaak is relevant voor de verzekeringscontext omdat mannen en vrouwen zich in de sector van de levens- of ziekteverzekeringsovereenkomsten eveneens in een “verschillende financiële positie” bevinden.

40. In de rechtsleer is evenwel gesuggereerd dat het Hof in *Birds Eye Walls* eerder voor een vergelijkbaarheidstoets heeft gekozen om tot een aanvaardbaar resultaat te komen en toch niet te moeten zeggen dat directe discriminatie “rechtvaardigbaar” is⁹³. Er wordt ook op gewezen dat door het

82. Advocaat-generaal Lenz, concl. van 14 juli 1993 voor H.v.J. 27 oktober 1993, C-127/92, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, Jur. 1993, I-5535, ov. 22. Zonder expliciet te refereren aan het standpunt van Lenz in *Enderby*, heeft het Hof de stelling van de advocaat-generaal achteraf gevolgd in H.v.J. 26 juni 2001, C-381/99, *Brunnhofner/Bank der Osterreichischen Postsparkasse*, Jur. 2001, I-4961, ov. 61. Zie hierover M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 89.

83. C. BAYART, *o.c.*, 334.

84. M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 89.

85. Zie advies van de Raad van State bij het wetsontwerp voor de Belgische Genderwet, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/005, 12.

86. I.p.v. een verschil in loon.

87. I.p.v. vergelijkbare arbeid tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers.

88. H.v.J. 26 juni 2001, C-381/99, *Brunnhofner/Bank der Osterreichischen Postsparkasse*, Jur. 2001, I-4961, ov. 61.

89. Zie Verslag, *l.c.*, 75-76.

90. Ook art. 33 § 1 Algemene Wet vermeldt de weerleggingsmogelijkheid.

91. Zie art. 2, lid 2, *sub a*) Rasrichtlijn, art. 2, lid 2, *sub a*) Kaderrichtlijn en art. 2, *sub a*) Genderrichtlijn zoals overgenomen in art. 4, 6° Algemene Wet, art. 5, 5° Genderwet en art. 3, 6° Racismewet en waar wordt gevraagd dat de persoon waarmee men zich vergelijkt, zich in een *vergelijkbare situatie* bevindt.

92. Zie H.v.J. 9 november 1993, C-132/92, *Birds Eye Walls/Friedel M. Roberts*, Jur. 1993, I-5579, ov. 20.

93. B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 133.

overslaan van de eigenlijke rechtvaardigingstoets, de deur wordt opengezet naar ongemotiveerde oordelen waar zelfs plaats is voor het binnensluipen van vooroordelen⁹⁴. Het is daarom niet vreemd dat de mogelijkheid tot rechtvaardiging van directe discriminatie (in de gevallen waar dit door de Europese regelgeving onmogelijk wordt gemaakt) ruime steun heeft gekregen in de rechtsleer⁹⁵. Het protest tegen de mogelijkheid van rechtvaardiging moet voor deze steun echter niet onder doen. Zo wijzen vele auteurs op het gevaar van een groot verlies aan bescherming van de slachtoffers van directe discriminatie⁹⁶.

(b) Afwezigheid van causaliteit

41. In het arrest *Brunnhof*, waar het Hof van Justitie ook de weerlegging van directe discriminatie door middel van een onvergelykbaarheidsoordeel bevestigde⁹⁷, werd nog op een andere verdediging gewezen ter weerlegging van het vermoeden van directe discriminatie. Zo zou een verweerder nog kunnen aantonen dat het verschil in beloning (behandeling) kan worden “gerechtvaardigd met objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op basis van het geslacht”⁹⁸. 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 discriminatie⁹⁹.

42. In het differentiatiebeleid van de verzekeraar zal het echter voorkomen dat de hoogte van de premie slechts voor een gedeelte wordt verklaard op grond van verschillen in leeftijd, geslacht, gezondheidstoestand of handicap en voor een ander gedeelte is ingegeven door neutrale onderscheidingscriteria zoals bijvoorbeeld rookgedrag. In de literatuur wordt gesproken over het probleem van de zgn. “mixed motive decisions”¹⁰⁰. 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 mee dat als de verboden discriminatiegrond¹⁰¹ 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 discriminatie¹⁰². 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 als het rookgedrag, zou dus misschien nog een kans hebben om onder een discriminatieclaim uit te komen. Dit zal echter niet gemakkelijk zijn om aan te tonen en de beoordeling door de rechter zal eveneens moeilijk voorspelbaar zijn. In ieder geval zal een verzekeraar zich schuldig maken aan directe discriminatie indien enkel bij vrouwen of ouderen het rookgedrag medebepalend is voor de hoogte van de premie, de uikering of andere contractvoorwaarden en bij mannen en/of jongeren het rookgedrag buiten beschouwing wordt gelaten¹⁰³.

C. Indirecte discriminatie

1. Het aantonen van een bijzondere benadeling

43. Voor het vaststellen van een (vermoeden van) indirecte discriminatie wordt in de nieuwe wetgeving gewag gemaakt van een zgn. “benadelingstoets”. De wetgever sluit zich volledig aan bij de terminologie uit de richtlijnen¹⁰⁴. Opmerkelijk voor geslachtsdiscriminatie is dat hierbij wordt afgestapt van de manier waarop deze benadelingstoets traditioneel werd ingevuld door de Bewijslastrichtlijn¹⁰⁵ (die specifiek geldt voor gevallen van geslachtsdiscriminatie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot geslachts-

⁹⁴. D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 92-93; C. COSTELLO en G. DAVIES, “The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000”, *Common Market Law Review* 2006, afl. 43, 1580.

⁹⁵. J. BOWERS en E. MORAN, “Justification in direct sex discrimination law: breaking the taboo”, *Industrial Law Journal* december 2002, afl. 4, 308; J. BOWERS, E. MORAN en S. HONEYBALL, “Justification in direct sex discrimination: a reply”, *Industrial Law Journal* september 2003, afl. 3, 185-187.

⁹⁶. T. GILL en K. MONAGHAN, “Justification in direct sex discrimination law: taboo upheld”, *Industrial Law Journal* juni 2003, afl. 2, 120; C. BARNARD, “Gender equality in the EU: a balance sheet”, in P. ALSTON (ed.), *The EU and human rights*, Londen, Oxford University Press, 1999, 242.

⁹⁷. H.v.J. 26 juni 2001, C-381/99, *Brunnhof/Bank der Österreichischen Postsparkasse*, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 61.

⁹⁸. H.v.J. 26 juni 2001, C-381/99, *Brunnhof/Bank der Österreichischen Postsparkasse*, *Jur.* 2001, I-4961, ov. 62; deze bevinding is in feite niet meer dan een bevestiging van de rechtspraak van het Hof in *Macarthys*, waar het 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, 129/79, *Macarthys/Wendy Smith*, *Jur.* 1980, 1275, ov. 12.

⁹⁹. C. BAYART, *o.c.*, 109-110; E. ELLIS, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 109.

¹⁰⁰. 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 (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 247.

¹⁰¹. In de zaak *Dekker* was dit het geslacht en het risico op zwangerschap.

¹⁰². H.v.J. 8 november 1990, C-177/88, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10-12; zie ook C. BAYART, *o.c.*, 111.

¹⁰³. 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.

¹⁰⁴. Zie art. 2, lid 2, sub b) Rasrichtlijn, art. 2, lid 2, sub b) Kaderrichtlijn en art. 2, sub b) Genderrichtlijn, zoals overgenomen in art. 4, 8° Algemene Wet, art. 5, 7° Genderwet en art. 4, 8° Racismewet.

¹⁰⁵. Zie art. 2, lid 2 Bewijslastrichtlijn.

discriminatie¹⁰⁶. Er dient namelijk niet te worden aangetoond dat er sprake is van een *wezenlijk* 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 geslachts-neutraal criterium leidt tot een *bijzondere benadeling* van de leden van het ene geslacht ten opzichte van de leden van het andere geslacht.

44. Uit de vernieuwde formulering van de benadelingstoets mag blijken dat het niet noodzakelijk is om statistische gegevens aan te brengen voor het vaststellen van indirecte discriminatie¹⁰⁷. 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 immers goed mogelijk dat relevante statistieken zich enkel bij de 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 getrokken¹⁰⁸. Onder de nieuwe formulering blijft statistisch materiaal wel altijd aanvaard als één van de bewijsmogelijkheden waarmee het vermoeden van indirecte discriminatie kan worden gevestigd¹⁰⁹ maar ook andere technieken voor het aantonen van indirecte discriminatie worden genoemd.

45. Net zoals bij de bepalingen inzake de vaststelling van *directe* discriminatie, worden er in de nieuwe wetgeving ook voorbeelden gegeven van feiten die het bestaan van een *indirecte* discriminatie kunnen doen vermoeden¹¹⁰. Eens dit vermoeden wordt bevestigd is het aan de verweerder om te bewijzen dat er géén discriminatie is geweest. In de voorbereidende werken wordt er de nadruk op gelegd dat deze door de wet geleverde “richtingaanwijzers” niet eindig zijn en dat bijvoorbeeld ook de niet-vermelde praktijktests als bewijsmateriaal dienend kunnen blijven¹¹¹. De bepalingen hieromtrent lopen volledig gelijk voor zowel de Algemene Wet, de Genderwet en de Racismewet.

2. “Richtingaanwijzers” voor het vaststellen van indirecte discriminatie

46. In deze titel gaan we nader in op de beschrijving die de wetgever gaf aan de door haar voorgestelde vaststellingsmethoden voor indirecte discriminatie. We onderscheiden hierbij algemene statistieken (a), intrinsiek verdachte criteria (b) en elementair statistisch materiaal (c). Het moet benadrukt worden dat de methodes die in de wet worden opgesomd voor het vaststellen van indirecte discriminatie, net zoals dat het geval was voor de vaststelling van directe discriminatie, niet limitatief zijn en dus kunnen worden aangevuld met andere bewijsmiddelen zoals bijvoorbeeld praktijktests.

(a) Algemene statistieken

47. Het eerste bewijsmiddel dat de wetgever aangeeft voor de vestiging van het vermoeden van indirecte discriminatie betreft “*algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid*”. De voorbereidende werken spreken hier enerzijds van “*algemene statistieken*” over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer behoort op het macro-economische of regionaal niveau en anderzijds van “*concrete statistieken*” over de groep waartoe het slachtoffer behoort¹¹².

48. Toegepast op verzekering 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 Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (hierna “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

¹⁰⁶. Voor *geslachtsdiscriminatie*, zie H.v.J. 9 februari 1999, C-167/97, *Regina/Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith en Laura Perez*, *Jur.* 1999, I-623, ov. 59; H.v.J. 17 juni 1998, C-243/95, *Hill en Stapleton/The Revenue Commissioners en Department of Finance*, *Jur.* 1998, I-3739, ov. 44; H.v.J. 7 februari 1991, C-184/89, *Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg*, *Jur.* 1991, I-297, ov. 12; C-17/05, *Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados*, *Jur.* 2005, I-000, ov. 69; zie ook B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *I.c.*, 138; C. BAYART, *o.c.*, 159-161; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 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. Vgl. de lichtere bewijslast die het Hof voorziet voor *nationaliteitsdiscriminatie*. Bv. H.v.J. 23 mei 1996, C-237/94, *O’Flynn/Adjudication officer*, *Jur.* 1996, I-2617, ov. 21.

¹⁰⁷. C. BAYART, *o.c.*, 167-169.

¹⁰⁸. C. BAYART, *o.c.*, 152.

¹⁰⁹. Zie telkens overweging 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, C. BAYART, *o.c.*, 166-167.

¹¹⁰. Zie telkens § 3 van art. 28 Algemene Wet, art. 33 Genderwet en art. 30 Racismewet.

¹¹¹. Zie Verslag, *I.c.*, 81 en 86.

¹¹². Zie Verslag, *I.c.*, 80. Er wordt ook gewezen op rechtspraak van het Hof van Justitie, waar algemene statistieken en feiten van algemene bekendheid “impliciet” zouden zijn erkend als bewijsmiddel ter aantoning van indirecte discriminatie. Zie H.v.J. 6 februari 1998, C-457/93, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Johanna Lewark*, *Jur.* 1998, I-243, ov. 29-30.

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*”¹¹³. Deze conclusie werd ook bevestigd met zogenaamde CBS-gegevens¹¹⁴ waaruit bleek dat in slechts 4% van de huishoudens de vrouw meer verdient dan de man.

(b) *Intrinsiek verdacht criterium*

49. Ten tweede wordt gesproken over het gebruik van een *intrinsiek verdacht criterium* dat “*duidelijk meer personen die drager zijn van een beschermd criterium, treft en benadeelt*”¹¹⁵. Het zou gaan om maatregelen die gebruik maken van gemeenschappelijke karakteristieken die eigen zijn aan de personen van de beschermde groep¹¹⁶.

50. Als voorbeeld van een toepassing in het aanbieden van verzekering kan gedacht worden aan de niet-terugbetaling in de aanvullende ziekteverzekering van bepaalde behandelingen die vooral worden voorgeschreven aan personen boven een bepaalde leeftijd. Het is zeer aannemelijk dat in dergelijke gevallen een vermoeden van indirecte discriminatie kan worden gevestigd op basis van leeftijd. Een ander voorbeeld betreft de niet-terugbetaling in de hospitalisatieverzekering van de behandeling voor borstkanker. Los van de vaststelling dat hier een vermoeden van directe discriminatie kan worden gevestigd op grond van gezondheidstoestand, kan

worden ingezien dat vrouwen tegen meer ongunstige voorwaarden van de verzekering kunnen genieten dan mannen, daar borstkanker slechts zelden voorkomt bij mannen¹¹⁷. Een vermoeden van indirecte discriminatie zou op deze basis kunnen worden gevestigd¹¹⁸.

(c) *Elementair statistisch materiaal*

51. Als derde richtingaanwijzer noemt de nieuwe wetgeving “*elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt*”. In de parlementaire voorbereiding wordt hierbij als enige verduidelijking gegeven dat ook “*ruwe gegevens waaruit een bijzondere benadeling blijkt*” kunnen worden aangewend om het vermoeden van indirecte discriminatie te wekken¹¹⁹. Hiermee wordt dan statistisch materiaal bedoeld dat de “*disproportionele impact van een neutrale bepaling [...] niet tot in detail bewijst maar wel voldoende laat vermoeden*”¹²⁰.

52. Opgemerkt kan worden dat de rechter in deze weinig gedetailleerde beschrijving van de bewijsvoering een erg centrale rol krijgt toebedeeld. Volgens de Belgische wetgever gaat het hier om een bewuste keuze, daar de rechter volgens haar “*het best geplaatst [is] om een eerlijke, correcte en evenwichtige toepassing van het principe van de verschuiving van de bewijslast in de rechtspraak te waarborgen*”¹²¹.

§ 7. NIEUW GEFORMULEERDE RECHTVAARDIGINGSTOETS

53. Nadat er een vermoeden van directe of indirecte discriminatie is gevestigd, beschikt de verweerder in de hierboven beschreven gevallen¹²² over de mogelijkheid om het gewekte vermoeden van discriminatie te weerleggen aan de hand van een open geformuleerde rechtvaardiging voor het onderscheid. De Ras-, de Kader- en de Genderrichtlijn vermelden dat de ongelijke behandeling dient te worden gerechtvaardigd door een *legitiem doel* en de middelen voor het bereiken van dat doel *passend en noodzakelijk* zijn. De formulering van deze rechtvaardiging in drie stappen (legitiem

doel, passend, noodzakelijk) is geïnspireerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie in het zogenaamde *Bilka*-arrest, dat het basisarrest vormt voor de kwalificatie van de criteria waaraan de rechtvaardiging van indirecte discriminatie moet worden afgemeten¹²³. De nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving neemt het in de richtlijnen geformuleerde driestappenmodel naadloos over. Voor de Algemene Wet gebeurt dit zowel in het hoofdstuk dat handelt over de rechtvaardiging van direct onderscheid¹²⁴ als in het hoofdstuk dat handelt over de rechtvaardiging van indirect

¹¹³. Oordeel 1996-6 CGB, <http://www.cgb.nl/opinion-full.php?id=97>.

¹¹⁴. CBS staat voor het “Nederlands Centraal Bureau voor Statistiek”.

¹¹⁵. Zie bv. Verslag, *l.c.*, 81.

¹¹⁶. 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.

¹¹⁷. Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?”, *T.B.H.* 2003, p. 652, nr. 25.

¹¹⁸. 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.

¹¹⁹. Zie Verslag, *l.c.*, 81.

¹²⁰. *Ibid.*, 84.

¹²¹. *Ibid.*, 86.

¹²². Zie *supra*, nrs. 12 t.e.m. 17.

¹²³. H.v.J. 13 mei 1986, 170/84, *Bilka/Weber von Hartz*, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36.

¹²⁴. Zie art. 7 onder Titel II, Hoofdstuk II Algemene Wet.

onderscheid¹²⁵. In de Genderwet vinden we deze formulering terug in het artikel dat handelt over de rechtvaardiging van direct geslachtonderscheid in het leveren van goederen en diensten die exclusief of essentieel bestemd zijn voor de leden van één geslacht¹²⁶ en in het hoofdstuk dat handelt over de rechtvaardiging van indirect geslachtonderscheid¹²⁷. In de Racismewet vinden we de nieuwe open rechtvaardigingsformule terug in het artikel met betrekking tot de rechtvaardiging van rechteerks onderscheid op basis van nationaliteit¹²⁸ en in het hoofdstuk met betrekking tot de rechtvaardiging van indirect onderscheid op basis van nationaliteit^{129,130}.

54. De open rechtvaardigingsformulering uit de antidiscriminatiewet die vooropstelde dat een onderscheid “objectief en redelijkerwijze” kan worden gerechtvaardigd, wordt met de nieuwe antidiscriminatiewetgeving verlaten. We zullen hierna nader ingaan op de vraag hoe de toetsingsformule uit de nieuwe antidiscriminatiewetgeving zich verhoudt tot de formulering uit de antidiscriminatiewet (A). Daarna onderzoeken we hoe de stappen uit de nieuwe toetsingsformule toepassing kunnen vinden in verzekeringrelaties (B).

A. Verhouding met het toetsingsschema uit de antidiscriminatiewet van 2003

55. Het driestappenmodel uit de richtlijnen en de nieuwe antidiscriminatiewetgeving kent een andere formulering dan de rechtvaardigingstoets zoals die tot nu toe werd geformuleerd op basis van de antidiscriminatiewet van 2003 (legitimitéit, objectiviteit, pertinentie, vergelijkende doeltreffendheid, proportionaliteit)¹³¹. De vraag rijst of deze verschillende formulering ook verschillen doet ontstaan op het vlak van de eigenlijke inhoud van de tot nu toe toegepaste rechtvaardigingstoets van de antidiscriminatiewet.

56. Uit de bepalingen in de Ras-, de Kader- en de Genderrichtlijn met betrekking tot de zogenaamde “minimumvereisten”¹³² kunnen we alvast afleiden dat de criteria die gangbaar waren onder het toetsingsschema van de antidiscriminatiewet van 2003, in ieder geval een plaats zullen moeten krijgen binnen de door de nieuwe antidiscriminatiewetgeving voorgestelde criteria, in de mate dat de criteria van 2003 zouden neerkomen op een *hogere* bescherming. De hoger reeds besproken¹³³ tweede paragraaf van de bepalingen inzake minimumvereisten in de richtlijnen bepaalt dat de uitvoering van de richtlijn onder geen beding een reden voor de verlaging van de in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie mag betekenen.

57. Indien nu echter zou blijken dat de criteria van de richtlijn en de Belgische Genderwet een *hogere* bescherming zouden bieden dan de formulering van de antidiscriminatiewet van 2003, moet het nieuwe toetsingsschema omwille van de omzettingverplichtingen die rusten op België toch onverkort worden toegepast¹³⁴.

B. Een rechtvaardiging in drie stappen en toepasseljkheid in verzekering

58. Om een scherper inzicht te krijgen in de nieuw voorgestelde toetsingscriteria, bekijken we het driestappenmodel van dichterbij en gaan we na in welke mate de criteria uit het nieuwe toetsingsmodel overeenstemmen met het toetsingsmodel zoals het werd toegepast onder de antidiscriminatiewet van 2003. 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 iedere stap van het nieuwe model trekken we de lijn door

¹²⁵. Zie art. 9, eerste streepje onder Titel II, Hoofdstuk II Algemene Wet.

¹²⁶. Zie art. 9 § 1 onder Titel II, Hoofdstuk I Genderwet.

¹²⁷. Zie art. 15 onder Titel II, Hoofdstuk II Genderwet.

¹²⁸. Zie art. 7 § 2 onder Titel II, Hoofdstuk I Racismewet.

¹²⁹. Zie art. 9 onder Titel II, Hoofdstuk II Racismewet.

¹³⁰. Zie reeds *supra*, nrs. 12 t.e.m. 17.

¹³¹. Zie voor een uitvoerige beschrijving en een toepassing op verzekeringen, 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-Apeldoorn/Louvain-la-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant, 2007, 89-110; 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-Apeldoorn/Louvain-la-Neuve, Maklu/Academia-Bruylant, 2007, 181-198; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Discriminatie en verzekering”, *I.c.*, 280-286; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, *I.c.*, 89-99; K. BERNAUW, *I.c.*, 295-300; B. WEYTS, “Verzekeeraars en de Antidiscriminatiewet”, *NjW* 2004, afl. 85, 1087-1091; 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.

¹³². Zie art. 6 Rasrichtlijn, art. 8 Kaderrichtlijn en art. 7 Genderrichtlijn.

¹³³. Zie *supra*, nr. 14.

¹³⁴. Gezien de Ras- en de Kaderrichtlijn (2000) op het vlak van de rechtvaardiging dezelfde formulering gebruikten als de richtlijn, diende de antidiscriminatiewet van 2003 op basis van de richtlijnconforme interpretatie trouwens sowieso de minimumbescherming te bieden die door de Ras- en de Kaderrichtlijn werd gevraagd.

naar de toepassingsmogelijkheid van het model in verzekeringsovereenkomsten¹³⁵.

(i) Legitiem doel

59. In de eerste plaats is er sprake van de toetsing van het doel dat wordt nagestreefd met de ongelijke behandeling op basis van het beschermde onderscheidingscriterium. De *Bilka*-rechtspraak die als inspiratiebron heeft gediend voor de formulering van de richtlijnen en de nieuwe antidiscriminatiewetgeving, vereist dat het onderscheid voldoet aan de *werkelijke behoefte van de onderneming*¹³⁶. Analoog met de formulering in de richtlijnen, verwijst de nieuwe antidiscriminatiewetgeving naar een “legitiem doel”. Het is dan ook niet moeilijk in te zien dat deze formulering overeenkomt met het “legitimitetskriterium” waarvan de naleving ook reeds door de antidiscriminatiewet van 2003 werd gevraagd.

60. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden bij de nieuwe antidiscriminatiewetgeving, werd (onbewust) heel wat aandacht besteed aan de invulling van de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd door een differentiërende verzekeraar. Zo werd aan de bevoegde minister gevraagd of de nieuwe antidiscriminatiewetgeving de segmentatiepraktijk in de verzekeringssector die erin bestaat de premies en de verzekeringsvoorwaarden te differentiëren naar gelang het profiel van de verzekeringnemer, niet op “losse schroeven” zou zetten. Het antwoord luidde dat het niet te ontkennen valt dat verzekeraars risico’s in aanmerking moeten nemen en dat het maken van onderscheiden inherent verbonden is aan het beroep van de verzekeraar. Risico’s, zo wordt erkend, moeten zo goed mogelijk worden ingeschat om het niveau van de premies te berekenen maar ook om antiselectie te vermijden. Differentiatie moet er volgens de bevoegde minister verder toe leiden dat verzekeringsondernemingen de mogelijkheid hebben om tegemoet te komen aan de verplichting om de rentabiliteit van hun activiteiten te verzekeren en in die hoedanigheid de controlereglementering en de wet op de landverzekeringsovereenkomst het recht van de

verzekeraar om risico’s te kiezen en te differentiëren¹³⁷.

61. Hetgeen opvalt in de hierboven voorgestelde invulling van het legitimitetskriterium is de expliciete verwijzing naar de controlewetgeving. Deze controlewetgeving legt de Belgische verzekeringsondernemingen de verplichting op tot een gezonde bedrijfsvoering en maakt ook toezicht mogelijk op het financiële evenwicht van de verzekeringsondernemingen¹³⁸. Het is inderdaad zo dat een verzekeraar naar deze wetgeving kan verwijzen ter invulling van het legitimitetskriterium. Meer algemeen rijst in dit verband de vraag of onderscheid dat wordt opgelegd of toegelaten door een wet nog steeds strijdig kan zijn met het wettelijk verbod op discriminatie. Zoals hoger reeds toegelicht, kan het antwoord op deze vraag gelezen worden in de door de nieuwe antidiscriminatiewetgeving voorziene “vrijwaringsclausule” waar wordt gesteld dat onderscheid op grond van geslacht (zowel direct als indirect) nooit aanleiding geeft tot de vaststelling van discriminatie wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet. We wezen er echter op dat de rechter geen wet kan toepassen die een onderscheid in behandeling oplegt dat indruist tegen het internationaal recht inzake mensenrechten of het primaire of afgeleide Gemeenschapsrecht (of hieromtrent een prejudiciële vraag kan stellen aan het Grondwettelijk Hof)¹³⁹. Indien aldus de norm waarop de verzekeraar zich beroept buiten toepassing wordt gelaten, zal zijn rechtvaardiging op basis daarvan niet voldoen aan een legitiem doel. Kan de verzekeraar wel een niet-discriminatoire norm aanwijzen die hem zou toelaten onderscheid te maken, moet nog altijd worden voldaan aan de andere criteria van de driestappentest¹⁴⁰.

(ii) Passend

62. In de tweede plaats moet in het nieuwe toetsingschema worden nagegaan of de gebruikte bepaling, maatstaf of handelwijze kan worden beschouwd als “*passend*” om het doel te bereiken dat door de maatregel wordt nagestreefd. Deze formulering komt in feite overeen met de door de Anti-

¹³⁵ Voor een meer uitgewerkte toepassing van de rechtvaardiging van vermoed discriminatoir onderscheid in verzekeringen, alsook een economische verantwoording ervan, zie o.m. C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 181-198; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Discriminatie en verzekering”, *l.c.*, 280-286; Y. THIERY, “De antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?”, *l.c.*, 654-659; Y. THIERY, “Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005), *T.B.H.* 2005, afl. 6, 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, afl. 31, 190-211.

¹³⁶ H.v.J. 13 mei 1986, 170/84, *Bilka/Weber von Hartz*, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36. Ook geformuleerd als “*behoefte en doelen van de onderneming*”, zie H.v.J. 27 oktober 1993, C-127/92, *Enderby/Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*, *Jur.* 1993, I-5535, ov. 25.

¹³⁷ Verslag, *l.c.*, 110-111; het debat was gefocust op discriminatie op basis van gezondheidstoestand, leeftijd, handicap en burgerlijke staat, maar heeft bv. ook relevantie voor indirecte geslachtsdiscriminatie.

¹³⁸ Zie bv. art. 21octies § 2 van de controlewet en art. 12 van het K.B. 22 februari 1991 houdende het algemeen controlereglement.

¹³⁹ Zie Memorie van Toelichting, *l.c.*, 24.

¹⁴⁰ Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat een onderscheid in behandeling ook in verzekering slechts is toegelaten wanneer dit én objectief gerechtvaardigd is door een legitieme doelstelling én wanneer de middelen om dit doel te bereiken gepast en noodzakelijk zijn. Zie Verslag, *l.c.*, 110-111.

discriminatiewet van 2003 gevraagde naleving van het “*pertinentie criterium*”.

63. Om de pertinentie (passend, geschiktheid) van het onderscheid te bepalen zal een verzekeraar moeten aantonen dat het door hem gebruikte ogenschijnlijk neutraal criterium een impact heeft op de aard van het te dekken risico. Concreet 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.

64. 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). 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 eisen die de wetenschap intussen heeft gemaakt, of op gegevens die in het geheel geen betrekking hebben op de populatie waartoe de persoon behoort¹⁴¹. Omdat dergelijke statistische informatie niet in staat zal blijken te zijn om de pertinentie van het onderscheid te staven zal deze informatie wellicht geweerd worden als bewijs dat wordt gebruikt voor de rechtvaardiging van het onderscheid.

(iii) Noodzakelijk

65. In de derde plaats wordt nagegaan of het aangewende middel ook *noodzakelijk* is om het legitieme doel te bereiken. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden bij de nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving werd de vraag gesteld of de term “*noodzakelijk*” een bijkomende voorwaarde toevoegt in vergelijking met hetgeen door de antidiscriminatiewet van 2003 werd vereist¹⁴². Men had de bezorgdheid geuit dat het onder de nieuwe antidiscriminatiewetgeving moeilijker zou zijn om onderscheid te rechtvaar-

digen. Volgens de bevoegde minister kan er van een toevoeging aan het rechtvaardigingsschema van de antidiscriminatiewet van 2003 echter geen sprake zijn. De noodzakelijkheidsvoorwaarde uit de richtlijnen en de nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving was volgens hem reeds impliciet terug te vinden onder de voorwaarden inzake “proportionaliteit” en “doeltreffendheid” van de antidiscriminatiewet van 2003¹⁴³.

66. Het is inderdaad waar dat onder de antidiscriminatiewet van 2003 een criterium werd toegepast waarnaar in de rechtsleer soms werd verwezen als het criterium van “vergelijkende doeltreffendheid”¹⁴⁴. Dit criterium houdt in dat de rechter *in concreto* kan 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. Waar dit criterium in verticale relaties (de relatie tussen overheid en burger) op enige terughoudendheid stootte van het Grondwettelijk Hof¹⁴⁵ en de Raad van State¹⁴⁶, wijst Velaers erop dat de wetgever er bij het uitvaardigen van de antidiscriminatiewet van 2003 reeds van uitging dat in horizontale relaties het criterium van vergelijkende doeltreffendheid wél voluit kon spelen¹⁴⁷. Dit werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden bij de Belgische Genderwet opnieuw bevestigd door de bevoegde minister die stelde dat een maatregel voldoet aan het criterium van noodzakelijkheid “*wanneer er geen andere maatregelen zijn die even doeltreffend zijn met betrekking tot het beoogde legitieme doel en minder discriminerende gevolgen hebben voor de personen die worden getroffen door de maatregel. Als dergelijke maatregelen niet bestaan, is de noodzakelijkheidsvoorwaarde vervuld*”¹⁴⁸.

Uit deze formulering blijkt duidelijk dat men de inhoud van het noodzakelijkheidscriterium heeft willen doen overeenstemmen met de inhoud van het traditionele criterium van vergelijkende doeltreffendheid.

67. Toegepast op verzekeringsrelaties zal het gebruik van het noodzakelijkheidscriterium leiden tot de bevestiging dat het loutere gebruik van statistiek niet altijd zal kunnen volstaan 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*”¹⁴⁹.

^{141.} Cf. C. PARIS, “Les dérives de la segmentation en assurance”, *Dossiers J.T.*, 49, Brussel, De Boeck & Larquier, 2005, p. 30, nr. 14.

^{142.} Verslag, *l.c.*, 110.

^{143.} Verslag, *l.c.*, 111.

^{144.} J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, *l.c.*, 109; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 41.

^{145.} Zie bv. Grondwettelijk Hof 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.* 8 november 1989, ov. B.2.7.

^{146.} Zie advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel voor de antidiscriminatiewet van 2003, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/5, 7.

^{147.} J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als de ultieme toetssteen van de ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, *l.c.*, 110.

^{148.} Verslag, *l.c.*, 111.

^{149.} L. WORTHAM, “Insurance classification: too important to be left to the actuaries”, *Michigan Journal of Law Reform* 1985-86, 418; L. WORTHAM, “The economics of insurance classification: the sound of one invisible hand clapping”, *Ohio State Law Journal* 1986, afl. 47, 883.

68. Deze attitude wordt nog eens extra in de verf gezet door verschillende voorbeelden uit de binnen- en buitenlandse rechtspraak in het domein van discriminatie in verzekering¹⁵⁰. Uit deze voorbeelden leren we dat bij de beoordeling van de accurateheid van de indeling van een bepaalde (kandidaat-)verzekerde in een bepaalde risicoklasse, kan worden onderzocht (bv. 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 doen besluiten dat het gebruikte onderscheid discriminatoir 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 door de antidiscriminatiewetgeving geïmposeerd onderscheid 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 buitenlandse rechtspraak (en ook Europese rechtspraak) gewezen in gelijkaardige zaken dat financiële of budgettaire overwegingen niet altijd worden aanvaard ter rechtvaardiging van vermeend discriminatoir onderscheid, onder meer uit vrees voor het creëren van verschillende mensenrechtenstandaarden voor verschillende soorten ondernemingen¹⁵¹. Of dit soort overwegingen van financiële of budgettaire aard thuishoren in het noodzakelijkheidsoordeel wordt nochtans niet rechtstreeks beantwoord door de Belgische wetgever, zodat op dit vlak zeker nog verdere rechtsontwikkeling valt te verwachten¹⁵².

69. Een concrete formule die kan leiden tot een onder de Belgische Genderwet verantwoord differentiatiebeleid in de motorrijtuigenverzekering zou er bijvoorbeeld in kunnen

bestaan om in de plaats van geslachts- of leeftijdsgerelateerde risicofactoren, rekening te houden met aangetoonde rijervaring of rijgedrag. Verzekeraars zouden er voor kunnen zorgen dat de risicogroep die ze samenstellen homogener is op basis van zulk rijgedrag en minder op basis van leeftijd en geslacht. Hierdoor zouden bijvoorbeeld mannen die doorgaans niet zo weinig ongevallen veroorzaken als de gemiddelde vrouw een premielast opgelegd krijgen die meer beantwoordt aan het risico dat ze vertegenwoordigen¹⁵³. 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 zoals we reeds opmerkten, kunnen de kosten van het verzamelen ervan bijna nooit worden gedragen door een enkel individu¹⁵⁴.

C. Rechtvaardiging aan de hand van het concept “redelijke aanpassingen”

70. Hierboven wezen we reeds op het in artikel 14 van de Algemene Wet geformuleerde verbod op het weigeren van “redelijke aanpassingen” voor personen met een handicap¹⁵⁵. Ook wezen we erop dat er specifiek met betrekking tot de rechtvaardigingsmogelijkheid aan de hand van het concept redelijke aanpassingen, zoals die is voorzien in artikel 9, tweede streepje van de Algemene Wet, enkele conceptuele problemen ontstaan. In de definitie van het concept redelijke aanpassingen in artikel 4, 12° van de Algemene Wet, is immers reeds een beperking opgenomen die erop neerkomt dat redelijke maatregelen niet dienen genomen te worden indien zij “onevenredig” zijn.

¹⁵⁰ Supreme Court of Canada, *Zurich Insurance Co./Ontario* (Human Rights Commission) (1992), 16, *Canadian Human Rights Reporter*, D/255; British Columbia Human Rights Tribunal, *J./London Life Insurance Co.* (1999), 36, *Canadian Human Rights Reporter*, D/43; Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, afl. 6, 574 (voorwerp van hoger beroep).

¹⁵¹ 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, nrs. 77-78.

¹⁵² Voorlopig lijkt de Belgische wetgeving evenwel te suggereren dat dit soort overwegingen enkel is weggelegd voor de beoordeling van de onevenredige belasting van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap (zie art. 4, 12° Algemene Wet; zie ook *infra*, nr. 72). Het is echter niet onmogelijk dat uit deze bepaling inspiratie zal worden geput voor de nadere invulling van het noodzakelijkheidsvereiste in de rechtvaardiging van (o.m.) geslachtsdiscriminatie.

¹⁵³ Zie in dit verband 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 WAM-verzekering 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 privacybescherming. Om deze te garanderen is het evenwel mogelijk om te werken met “gegevensfiltering”, zie M. DENUIT, “Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?”, *De verzekeringswereld* september 2005, afl. Document nr. 2, 5.

¹⁵⁴ C. BAYART, *o.c.*, 152; zie ook *supra*, nr. 44.

¹⁵⁵ Zie *supra*, nrs. 19 en 29-31.

71. Een eerste probleem dat hierbij rijst betreft de vraag of de rechtvaardigingsformule van de “redelijke aanpassingen” (met zijn beperking in de zgn. “onevenredige belasting”) geldt voor zowel directe als indirecte discriminatie op basis van handicap of enkel en alleen voor indirecte discriminatie op basis van handicap. De tekst van de wet lijkt zichzelf op dit vlak tegen te spreken. Aan de ene kant wordt in artikel 9 van de Algemene Wet bepaald dat enkel indirect onderscheid op basis van handicap kan worden gerechtvaardigd aan de hand van de formulering van de “redelijke aanpassingen”. Aan de andere kant wordt het weigeren van redelijke aanpassingen aan personen met een handicap in artikel 14 *in zijn algemeenheid verboden*. In beide gevallen dient men echter terug te vallen op de begripsverklaring van “redelijke aanpassingen” in artikel 4, 12° van de Algemene Wet, die precies de beperking aanbrengt dat de maatregelen nooit “onevenredig” mogen zijn. De tekst van de wet biedt dus zowel de interpretatie dat het verbod van indirecte én directe discriminatie wordt beperkt door het concept van de “redelijke aanpassing”, als de interpretatie dat enkel het verbod van indirecte handicapdiscriminatie erdoor wordt beperkt. Deze dubbelzinnigheid had kunnen worden vermeden door in de definiëring van het begrip “redelijke aanpassingen” nog niet te verwijzen naar de “onevenredigheid” van deze maatregelen. Op die manier zou beter tegemoet gekomen zijn aan de uit de voorbereidende werken blijkende bedoeling van de wetgever om enkel voor indirecte discriminatie op basis van handicap een rechtvaardiging toe te staan¹⁵⁶.

Nochtans heeft de wetgever niet meer gedaan als te proberen een zo precies mogelijke omzetting van de al even dubbelzinnige bepalingen van de Kaderrichtlijn te verwezenlijken. Dat de bepalingen uit deze Kaderrichtlijn op zichzelf al dubbelzinnig zijn mocht reeds blijken uit de interpretatie die het Hof van Justitie en haar advocaat-generaal aan het begrip “redelijke aanpassingen” gaven. In de zaak *Chacón-Navas* werd het begrip precies gebruikt ter rechtvaardiging van een *direct* onderscheid op basis van handicap¹⁵⁷, hetgeen echter scherpe kritiek heeft teweeggebracht in de rechtsleer. Zo creëert de Kaderrichtlijn volgens De Vos wel degelijk twee

naast elkaar bestaande principes (een verbod op discriminatie en een gebod op redelijke aanpassingen) en is de best mogelijke manier om deze principes te laten samengaan ervoor te zorgen dat het begrip redelijke aanpassingen enkel wordt gebruikt ter rechtvaardiging van indirecte discriminatie op basis van handicap¹⁵⁸.

72. Aangenomen dat enkel indirecte discriminatie op basis van handicap kan worden gerechtvaardigd aan de hand van het begrip redelijke aanpassingen, rijst toch nog altijd een tweede belangrijk probleem. Door de toevoeging van de bijkomende rechtvaardigingsgrond van de redelijke aanpassingen in artikel 9, tweede streepje lijkt het er op het vlak van het leveren van goederen en diensten namelijk op dat onrechtstreekse discriminatie gebaseerd op handicap minder goed beschermd lijkt dan onrechtstreekse discriminatie op basis van andere gronden. In tegenstelling tot de open rechtvaardigingsformule van artikel 9, eerste streepje van de Algemene Wet vinden we in de definitie van redelijke aanpassingen de expliciete begrenzing van de “onevenredige belasting” terug. Men kan de vrees uiten dat deze “onevenredigheid” zou kunnen worden geïnterpreteerd in die zin dat wat betreft de bescherming tegen discriminatie op basis van handicap, expliciete overwegingen van “financiële of organisatorische aard” zouden kunnen meespelen¹⁵⁹. Hier ontstaat dan een belangrijk verschil ten opzichte van de open rechtvaardigingsformule voor onderscheid op basis van de andere beschermde criteria. Voorlopig is het nog geen uitgemaakte zaak of maatregelen van budgettaire aard überhaupt een rol kunnen spelen in de rechtvaardiging die een verweerder zal bieden voor het door hem gevoerde onderscheid¹⁶⁰. Terecht merkt De Vos echter op dat (volgens de tekst van de Kaderrichtlijn en de vroegere antidiscriminatiewet) het verbod van onrechtstreeks discriminatie op basis van handicap in feite kan (kon) dwingen tot aanpassingen die de “plicht” tot redelijke aanpassingen overstijgen. Dit komt erop neer dat indien redelijke aanpassingen onmogelijk zijn, het verbod op indirecte discriminatie kan blijven spelen¹⁶¹. De nieuwe antidiscriminatiewetgeving lijkt deze laatste conclusie echter onmogelijk te maken, daar artikel 9 de rechtvaar-

¹⁵⁶. Zie Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp voor de Algemene Wet, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 51.

¹⁵⁷. H.v.J. 11 juli 2006, C-13/05, *Chacón Navas/Eurest Colectividades*, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 50-51; zie ook advocaat-generaal Geelhoed, concl. van 16 maart 2005 voor H.v.J. 11 juli 2006, C-13/05, *Chacón Navas/Eurest Colectividades*, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 82-83.

¹⁵⁸. M. DE VOS, “De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?”, *R.W.* 2006-07, afl. 7, 335.

¹⁵⁹. Dat deze mogelijkheid niet uitgesloten is, bleek reeds uit de voorbereidende werken bij de antidiscriminatiewet van 2003. Het voorbeeld werd gegeven van een grote bankinstelling waaraan zou kunnen worden gevraagd dat zij alle contracten in braille beschikbaar hebben, terwijl aan een “kleine zelfstandige restauranthouder” niet dezelfde eis kan worden gesteld. Zie K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in UFSIA (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 287-326, met verwijzing naar *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1578/8, 30. Zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 495. Deze indruk wordt nog versterkt door de toevoeging in art. 4, 12° dat de maatregel niet als onevenredig kan worden beschouwd indien zij reeds in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap. Uit de commentaren bij de analoge formulering uit de antidiscriminatiewet, blijkt duidelijk dat met dit beleid ook overheids subsidies worden bedoeld die de “nettokost” van aanpassingen kan reduceren. Zie D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 496; E. BREMS, *l.c.*, 48.

¹⁶⁰. Zie met betrekking tot deze problematiek, nr. 68 en voetnoot 152. Zie ook M. VAN PUTTEN, “Arbeidsdiscriminatie recht 2001-2003”, in O. VANACHTER (ed.), *Arbeidsrecht*, 21, Brugge, die Keure, 2003-04, 45; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 497.

¹⁶¹. M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 81. Zie ook D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 497.

diging aan de hand van de (onevenredigheid) van de redelijke aanpassingen voorstelt als een volwaardig alternatief voor de open rechtvaardigingsformule van indirecte discriminatie. In de voorbereidende werken wordt trouwens nog eens benadrukt dat indien vaststaat dat geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn in een concrete situatie (omdat de

aanpassingen onredelijk zouden zijn), géén indirecte discriminerend effect kan worden vastgesteld¹⁶². De vrees dat gehandicapten onder de nieuwe antidiscriminatiewetgeving effectief een verminderde bescherming genieten, blijkt hierdoor dan ook gegrond.

§ 8. HANDHAVING

73. De tekst van de Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Genderrichtlijn¹⁶³ bepaalt dat de lidstaten “doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties” moeten vastleggen voor het geval er inbreuk wordt gemaakt op de bepalingen die de omzetting van de richtlijn vormen. Deze uitdrukking, gebaseerd op de klassieke terminologie van het Gemeenschapsrecht¹⁶⁴, geeft de lidstaten een relatief grote vrijheid met betrekking tot de keuze van de sancties. De Belgische wetgever heeft dan ook een vrij divers kader gecreëerd dat, in lijn met de antidiscriminatiewet, aan de ene kant een relatieve matiging inzake strafrechtelijke sancties aanhoudt (A) en aan de andere kant vooral de nadruk legt op burgerrechtelijke sancties (B)¹⁶⁵.

A. Strafrechtelijke sancties

74. Wat betreft de strafrechtelijke sanctionering stelt de nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving, net zoals de antidiscriminatiewet van 2003¹⁶⁶, het aanzetten tot discriminatie en het discriminerende gedrag van openbare ambtenaren strafbaar en bestaat de mogelijkheid om voor bepaalde inbreuken de minimumstraf op te trekken wanneer het motief van de inbreuk discriminerend is (zgn. “verwerpelijke motieven”)¹⁶⁷. Toegevoegd is wel het zogenaamde *contempt of court*-misdrijf in verband met het niet naleven van het stakingsbevel¹⁶⁸. Verder wordt in de Racismewet discriminatie op basis van de in die wet beschermde discriminatiegronden zelf, strafbaar gesteld op het terrein van de arbeidsvertakkingen en de goederen en diensten¹⁶⁹.

B. Burgerrechtelijke sancties

75. Wat betreft de burgerrechtelijke sanctionering worden enkele rechtsmiddelen geëxpliciteerd die reeds bestonden onder de antidiscriminatiewet van 2003. Het betreft meer bepaald de nietigheid van bedingen (1) en de vordering tot staking (2). Van groot belang is ook de invoering van twee nieuwe burgerrechtelijke sancties, de zgn. forfaitaire schadevergoeding (3) en een beschermingsvoorziening tegen represailles (4).

1. Nietigheid van bedingen

76. Allereerst kennen de nieuwe antidiscriminatiewetten een bepaling die de nietigheid inricht van met deze wetgeving strijdige bepalingen en ook van clausules waarin wordt afgezien van de bescherming van de betrokken wetten¹⁷⁰. Volgens de voorbereidende werken gaat het om een “*expliciete gedeeltelijke imperatieve nietigheid*”¹⁷¹. Dit houdt in dat wanneer via een bepaald beding een voordeel wordt toegekend aan een bepaalde groep, ten nadele van een achtergestelde groep en in de mate dat dit gemaakte onderscheid discriminatoir is, de achtergestelde groep aanspraak kan maken op het voordeel van de bevoordeelde groep¹⁷². Net zoals dat bij de antidiscriminatiewet van 2003 het geval was, kan worden aangenomen dat de nietigheid retroactief werkt (*ex tunc*)¹⁷³. Hierbij is het wel zo dat aan de verworven rechten van de bevoordeelde partij in beginsel niet meer zou kunnen worden geraakt¹⁷⁴. In geval van nietigverklaring van een contractuele bepaling op grond waarvan leden van een

¹⁶² Zie Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp voor de Algemene Wet, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 51.

¹⁶³ Zie art. 15 Rasrichtlijn, art. 17 Kaderrichtlijn en art. 14 Genderrichtlijn.

¹⁶⁴ Zie bv. H.v.J. 21 september 1989, 68/88, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 1989, 2965, ov. 24; H.v.J. 8 juli 1999, C-186/98, *Strafzaken tegen Maria Amélia Nunes en Evangelina de Matos*, *Jur.* 1999, I-4883, ov. 10.

¹⁶⁵ Memorie van Toelichting, *l.c.*, 25 en 32.

¹⁶⁶ Zie voor een commentaar: T. VANDERBEKEN, “Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003”, in M. DE VOS en E. BRAEMS, *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 261-276.

¹⁶⁷ Zie Titel IV van de Algemene Wet, de Genderwet en de Racismewet.

¹⁶⁸ Zie *infra*, nrs. 79 en 82.

¹⁶⁹ Zie art. 24 en 25 Racismewet.

¹⁷⁰ Zie art. 15 Algemene Wet, art. 20 Genderwet en art. 13 Racismewet.

¹⁷¹ Memorie van Toelichting, *l.c.*, 54.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 537.

¹⁷⁴ C. BAYART, *o.c.*, 357; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 537.

bepaald geslacht of personen van een bepaalde leeftijd bijvoorbeeld een hogere uitkering zouden hebben gekregen dan leden van het andere geslacht of personen met een andere leeftijd, is het dan ook moeilijk denkbaar dat de bevoordeelde personen als gevolg van de nietigheid plots een lagere uitkering zouden ontvangen of een terugbetaling zouden moeten doen.

77. Net zoals in de antidiscriminatiewet van 2003, gaat het om een *partiële* (gedeeltelijke) nietigheid waarbij de nietigheid zich beperkt tot het betrokken contractsbeding, op voorwaarde dat het nietige beding of gedeelte van het beding geen onverbreekbaar geheel vormt met de rest van de overeenkomst en de economie van de overeenkomst niet aantast¹⁷⁵. Deze nietigheid van het discriminatoire beding zal er voor de klagende partij in verzekeringsovereenkomsten toe leiden dat hem/haar bepaalde voordelen kunnen worden toegekend (zoals een lagere premie of een hogere uitkering), die door middel van de geldende polisvoorwaarden (overwegend) aan de leden van bijvoorbeeld het andere geslacht worden toegekend. Omdat de (nieuwe) antidiscriminatie-wetgeving de vertaling is van een grondrecht, spreken de voorbereidende werken bovendien van een *absolute* nietigheid¹⁷⁶.

78. Overeenkomstig het gemeen recht, dient de nietigheid te worden uitgesproken door de rechter. Deze bevoegdheid komt echter niet toe aan de stakingsrechter maar wel aan de rechter ten gronde, zoals dat ook reeds bij de antidiscriminatiewet van 2003 het geval was¹⁷⁷.

2. Vordering tot staking

79. Net zoals de antidiscriminatiewet van 2003, voorziet ook de nieuwe antidiscriminatiewetgeving in een vordering tot staking waarbij de procedure wordt gevoerd *zoals* in kort geding¹⁷⁸. Op enkele punten valt er echter een vernieuwing te noteren. Zo is de stakingsrechter (de voorzitter van de bevoegde rechtbank¹⁷⁹) reeds in de mogelijkheid om een schadeloosstelling te voorzien voor het slachtoffer van de vastgestelde discriminatie¹⁸⁰. Bovendien kan onder de nieuwe wetgeving ook het Openbaar Ministerie (of afhankelijk van het geval, het arbeidsauditoraat) een stakingsvordering instellen¹⁸¹. Ten slotte wordt er het zogenaamde "*contempt of court*"-misdrijf ingevoerd, waarbij een strafbaarstelling wordt voorzien voor de partij die het stakingsbevel niet naleeft¹⁸².

80. De bevoegdheid tot het instellen van de stakingsvordering komt toe aan het slachtoffer van de discriminatie, aan het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding (in geval van toepassing van de Algemene Wet en de Racismewet), aan het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen¹⁸³ (in geval van toepassing van de Genderwet), aan het Openbaar Ministerie of aan één van de in de nieuwe antidiscriminatiewetgeving beschreven belangenverenigingen^{184,185}. Naast de representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties betreft het iedere instelling van openbaar nut of iedere vereniging die op het ogenblik van de gewraakte feiten sedert ten minste *drie* jaar¹⁸⁶ rechtspersoonlijkheid geniet en die zich statutair tot doel stellen de rechten van de mens te verdedigen of discriminatie te bestrijden. Met deze formulering blijkt duidelijk dat het niet nodig is dat de verdediging van de mensenrechten of de bestrijding van discriminatie reeds voor een bepaalde periode in de statuten

¹⁷⁵. A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 1093; A. DE BOECK, "Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?", in UFSIA (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 436; F. VAN REMOORTEL, "De discriminatiewet: een wet met een potentieel grote impact", *RAGB* 2003, 510-513.

¹⁷⁶. Memorie van Toelichting, *l.c.*, 54; tot die conclusie kwam men ook reeds met betrekking tot de nietigheidssanctie van de antidiscriminatiewet van 2003; zie hiervoor P. Taelman, "Het handhavingsrecht van de Wet bestrijding discriminatie", in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 204.

¹⁷⁷. P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?", *NjW* 2004, 508; Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot die zich onbevoegd verklaarde om de gewraakte bedingen nietig te verklaren.

¹⁷⁸. Zie telkens § 4 van art. 20 Algemene Wet, art. 25 Genderwet en art. 18 Racismewet; hierna "de bepalingen inzake de vordering tot staking".

¹⁷⁹. Dit kan naar gelang de aard van de daad de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank of de rechtbank van koophandel zijn (zie telkens § 1 van de bepalingen inzake de vordering tot staking).

¹⁸⁰. Zie telkens § 2 van de bepalingen inzake de vordering tot staking. Het gaat hier om de nieuw ingevoerde forfaitaire schadeloosstelling en niet om de schadevergoeding conform het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht die net zoals onder de antidiscriminatiewet van 2003 voorbehouden blijven aan de rechtsmacht van de rechter ten gronde.

¹⁸¹. Zie telkens § 1 van de bepalingen inzake de vordering tot staking. De toekenning van een dergelijk vorderingsrecht staat volgens de wetgever symbool voor het idee (en zet bovendien dit idee om in de praktijk) dat de maatschappij, vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie, belang hecht aan de strijd tegen discriminatie. Zie Memorie van Toelichting, *l.c.*, 35.

¹⁸². Zie art. 24, Algemene wet, art. 29 Belgische Genderwet en art. 26 Racismewet.

¹⁸³. Zoals dat is opgericht door de wet van 16 december 2002, *B.S.* 31 december 2002, 59.083.

¹⁸⁴. Zie art. 30 Algemene Wet, art. 35 Genderwet en art. 32 Racismewet.

¹⁸⁵. Zie telkens § 1 van de bepalingen inzake de vordering tot staking.

¹⁸⁶. Deze termijn van drie jaar is een wijziging ten opzichte van de termijn van vijf jaar die werd vooropgesteld in de antidiscriminatiewet van 2003. Deze verkorting van de termijn spruit voort uit de ingebrekestelling van de Europese Commissie aan België in verband met de niet-naleving van de Rasrichtlijn. De Commissie was van oordeel dat de termijn van vijf jaar die door de antidiscriminatiewet werd geëist, te lang was en ten onrechte het recht beperkte voor de betrokken verenigingen om een rechtszaak in te spannen. Zie Memorie van Toelichting, *l.c.*, 35.

staan omschreven. Het zal dan wellicht kunnen volstaan dat dit doel (ten laatste) op het ogenblik van de vordering statutair omschreven is¹⁸⁷.

81. De stakingsvordering kan bij wijze van verzoekschrift (alsook bij wijze van dagvaarding¹⁸⁸) worden ingeleid¹⁸⁹. In vergelijking met de antidiscriminatiewet van 2003 is het volgens de parlementaire voorbereiding niet langer zo dat de ontvankelijkheid van de stakingsvordering steeds kan worden betwist op grond van de vaststelling dat de gewraakte handeling reeds een einde zou hebben genomen¹⁹⁰, of dat er geen risico op herhaling bestaat¹⁹¹ en de eiser dus niet het vereiste belang voor het instellen van de vordering tot staking zou kunnen aantonen. In het kader van de gewijzigde procedure die inhoudt dat ook de voorzitter van de rechtbank schadevergoeding kan toekennen, zal het belang van de eiser immers kunnen bestaan in het verkrijgen van de forfaitaire schadevergoeding¹⁹².

82. In geval van contractswegering of beëindiging met miskening van de Belgische Genderwet lijkt het evenwel niet aannemelijk dat een verzekeraar zou kunnen verplicht worden tot sluiting of uitvoering van de overeenkomst¹⁹³. Nochtans zou deze verplichting onrechtstreeks kunnen worden bereikt door het opleggen van een dwangsom, mocht het discriminerend gedrag niet ophouden¹⁹⁴. Net zoals de antidiscriminatiewet van 2003, bepaalt de nieuwe antidiscriminatiewetgeving dat een persoon die zich schuldig maakte aan discriminatie, kan worden veroordeeld tot de betaling van

een dwangsom wanneer aan de discriminatie geen einde is gemaakt¹⁹⁵. De rechter zal daarbij uitspraak doen overeenkomstig de algemene regels inzake de dwangsom van het Gerechtelijk Wetboek¹⁹⁶. Het in de nieuwe antidiscriminatiewetgeving bepaalde contempt of court-misdrijf dat het niet naleven van het stakingsbevel bestraft met gevangenisstraf (van een maand tot een jaar) en/of een geldboete¹⁹⁷, zal de afdwingbaarheid van het stakingsbevel nog versterken¹⁹⁸.

3. (Forfaitaire) schadevergoeding

(a) Algemeen

83. De grote nieuwigheid die de nieuwe antidiscriminatiewetgeving invoert ten opzichte van de antidiscriminatiewet van 2003, is de mogelijkheid om een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen¹⁹⁹. Hierbij wil men een oplossing formuleren voor het probleem dat de schadevergoeding niet kan worden toevertrouwd aan de rechtsmacht van de voorzitter van de rechtbank, omdat het aangaan van debatten over de beoordeling van de schade niet verenigbaar is met de snelheid van de procedure “zoals in kort geding”²⁰⁰. Bovendien wil men verhelpen aan het probleem dat het tijdens een aparte procedure ten gronde zeer moeilijk zal zijn om de werkelijke schade aan te tonen. Voor het bepalen van een morele schadevergoeding zou in de rechtspraak de neiging bestaan om de schade te begroten op een “symbolische euro”

¹⁸⁷ Zie reeds de interpretatie van de antidiscriminatiewet van 2003 in die zin, Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

¹⁸⁸ In de parlementaire voorbereiding wordt er de nadruk op gelegd dat de vordering tot staking ook kan worden ingesteld op basis van een dagvaarding, ook al heeft men de bedoeling om daarmee tijd te winnen. De vordering zal niet op die basis kunnen worden onontvankelijk of nietig verklaard. De enige sanctie zou erin kunnen bestaan dat de gebruiker van de dagvaarding de uiteindelijke kosten ervan moet dragen. Zie Verslag, *l.c.*, 45. Merk het verschil op met de formulering onder de antidiscriminatiewet (art. 22), waar gedinginleiding enkel bij verzoekschrift mogelijk leek. Zie P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 514. De wetgever volgt nu de oorspronkelijke opmerkingen op die de Raad van State reeds formuleerde n.a.v. het wetsvoorstel voor de antidiscriminatiewet van 2003, maar waar destijds geen gevolg aan werd gegeven. Zie *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-1215, 19.

¹⁸⁹ Zie telkens § 4 van de bepalingen inzake de vordering tot staking en de daar voorziene vormvoorschriften.

¹⁹⁰ Deze vereiste werd in de rechtspraak omtrent discriminatie in verzekering reeds ruim geïnterpreteerd in de zin dat de vordering tot staking gerechtvaardigd was in zoverre de discriminerende handeling tot gevolg had dat de verzekeringsovereenkomst bleef bestaan, de dekking werd verminderd of de verzekerde werd uitgesloten van dekking. In deze omstandigheden bleven de gevolgen van de overeenkomst immers voortduren. Zie Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot. Zie ook I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, p. 12, nr. 19.

¹⁹¹ In de rechtspraak leed de ontvankelijkheid van de stakingsvordering weinig twijfel indien er een kans bestond dat de discriminerende handeling zich opnieuw zou voordoen. Zie Voorz. Nijvel 19 april 2005, *J.L.M.B.* 2005, 934, *J.T.* 2005, noot en *Juristenkrant* 2005, 12. Zie ook Voorz. Rb. Gent 31 december 2003, *Juristenkrant* 2004 (weergave D. DE PRINS), afl. 84, 1 en *NjW* 2004, 205, noot E. BREMS.

¹⁹² Zie Verslag, *l.c.*, 44.

¹⁹³ Zie hierover Y. THIERY, *l.c.*, 2003, 659; A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 1093; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *o.c.*, 540-541 met verwijzing naar Cass. 20 juni 1989; J.-F. VAN DROOGHENBROECK en S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 243; K. VANDERSCHOT, “De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 1, Brugge, die Keure, 2006, p. 56-58, nrs. 23-25; A. DE BOECK, *l.c.*, 440.

¹⁹⁴ P. BUELENS, “Nieuwe antidiscriminatiewet: juist meer in plaats van minder segmenteren”, *Verz. W.* 2003, afl. weken 33 en 34, 15-18.

¹⁹⁵ Zie art. 19 Algemene Wet, art. 24 Genderwet en art. 17 Racismewet.

¹⁹⁶ Zie ook Memorie van Toelichting, *l.c.*, 59.

¹⁹⁷ Zie art. 24 Algemene Wet, art. 29 Genderwet en art. 26 Racismewet.

¹⁹⁸ De wetgever haalde voor dit zgn. *contempt of court*-misdrijf inspiratie uit art. 104 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en art. 9, 2° van de wet van 24 maart 2003 tot instelling van een basis-bankdienst. Zie Memorie van Toelichting, *l.c.*, 62. Zie met betrekking tot het art. 9, 2° wet van 24 maart 2003, Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *D.C.C.R.* 2004, afl. 62, nr. 52.

¹⁹⁹ Zie art. 18 Algemene Wet, art. 23 Genderwet en art. 16 Racismewet.

²⁰⁰ Memorie van Toelichting, *l.c.*, 26.

en ook de materiële schade zou moeilijk te bewijzen zijn en veelal neerkomen op een vergoeding voor het “verlies van een kans”²⁰¹.

84. Met de forfaitarisering van de schadevergoeding wil de wetgever in één klap tegemoet komen aan deze dubbele problematiek. Een forfaitarisering kort volgens de wetgever per definitie de debatten in omdat er geen tijd verloren gaat aan de begroting van de werkelijke schade. Daarnaast biedt een forfaitarisering het slachtoffer uitzicht op een daadwerkelijke vergoeding in plaats van een vergoeding die is begroot op een symbolische euro²⁰². De forfaitarisering is volgens de wetgever ook noodzakelijk om een doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie te blijven aanbieden, zoals dit door de Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Genderrichtlijn wordt gevraagd, zeker nu het strafrechtelijk luik van de sanctionering beperkt blijft²⁰³.

85. Uit de bepalingen van de nieuwe anti-discriminatie-wetgeving mag blijken dat de forfaitaire schadevergoeding zowel door de rechter ten gronde, als door de stakingsrechter kan worden uitgesproken²⁰⁴. De wetgever maakt verder een belangrijk onderscheid naargelang de schadevergoeding wordt gevorderd wegens discriminatie in aangelegenheden *binnen* of *buiten* het kader van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen van sociale zekerheid.

86. Wordt er schadevergoeding gevorderd voor discriminatie *binnen* het kader van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende sociale zekerheid, kan zowel materiële als morele forfaitaire schadevergoeding worden gevraagd. Wordt de schadevergoeding gevorderd voor discriminatie *buiten* de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende sociale zekerheid, dan kan enkel worden gekozen voor de forfaitarisering van de *morele* schade. De vergoeding van de *materiële* schade zal dan nog altijd gebeuren via het gemeen recht²⁰⁵. Binnen het bestek van deze bijdrage gaan we hierna kort in op de manier waarop de schade wordt vastgesteld voor discriminatie *buiten* de arbeidsbetrekkingen²⁰⁶.

(b) Het bepalen van de morele schade

87. Volgens de nieuwe antidiscriminatiewetgeving²⁰⁷ heeft het slachtoffer voor het bepalen van de morele schade, de *keuze* tussen enerzijds het geforfaitariseerde bedrag en anderzijds de werkelijk geleden schade, waarbij de omvang van de schade dient te worden bewezen. Het morele forfait wordt door de wetgever vastgesteld op 650 euro. Dit bedrag kan onder bepaalde omstandigheden worden verhoogd tot een maximum van 1.300 euro. De rechter kan tot deze verhoging besluiten *indien* de geleden morele schade “bijzonder ernstig” is. Indien de dader niet kan aantonen dat de nadelige behandeling ook op “niet-discriminerende gronden” zou getroffen zijn, wordt het bedrag *in ieder geval* naar 1.300 euro gebracht.

88. In dit laatste geval kan de schadevergoeding van 1.300 euro dus enkel worden ontlopen indien de dader aantoont dat er ook niet-discriminerende gronden aan de basis lagen van de door hem ingerichte ongelijke behandeling. Deze regeling kan op zijn minst als zeer opmerkelijk worden aangemerkt. Ze doet namelijk terugdenken aan de hoger gesignaleerde problematiek van de “*mixed motive decisions*” waarbij het Hof van Justitie de leidraad meegaf dat als het geslacht *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 discriminatie²⁰⁸.

Toch legt de nieuwe antidiscriminatiewetgeving op dat voor schade waarvan de dader aantoont dat zij ook op niet-discriminerende gronden wordt getroffen, nog altijd een vergoeding van 650 euro verschuldigd is. Tijdens de parlementaire besprekingen haastte één van de door de bevoegde minister aangeduide deskundigen zich dan ook te zeggen dat er nooit schadevergoeding kan worden toegekend als er geen discriminatie is vastgesteld en dat iemand die handelt op grond van objectieve criteria die geen aanleiding geven tot schending van de bepalingen van de Belgische antidiscriminatie-wetgeving ook niet op basis van deze wet kan worden aansprakelijk gesteld²⁰⁹. Toch lijkt het op het vlak van legistische helderheid en rechtszekerheid geen aangewezen oplossing om voor het bepalen van de hoogte van de forfaitaire schadevergoeding een criterium te laten meespelen dat in de kwalificatie van geslachtsonderscheid zélf wordt gebruikt om te bepalen of er überhaupt sprake is van discriminatie.

^{201.} *Ibid.*

^{202.} Memorie van Toelichting, l.c., 27.

^{203.} *Ibid.*

^{204.} Zie art. 18 en art. 20 § 2 Algemene Wet, art. 23 en 25 § 2 Genderwet en art. 16 en 18 § 2 Racismewet.

^{205.} Memorie van Toelichting, l.c., 27.

^{206.} Zie art. 18 § 2, 1° Algemene Wet, art. 23 § 2, 1° Genderwet en art. 16 § 2, 1° Racismewet.

^{207.} *Ibid.*

^{208.} H.v.J. 8 november 1990, C-177/88, *Dekker/Stichting vormingscentrum voor jong volwassenen plus*, *Jur.* 1990, I-3941, ov. 10-12; zie ook C. BAYART, o.c., 111 en *supra*, nr. 42.

^{209.} Verslag, l.c., 119.

(c) Het bepalen van de materiële schade

89. Voor het verkrijgen van een schadevergoeding voor de door de discriminatie veroorzaakte materiële schade (buiten arbeidsbetrekkingen) kan de gediscrimineerde partij voor de rechter ten gronde steeds een vordering tot schadeloosstelling instellen tegen de discriminerende verzekeraar wegens onrechtmatige contractsweigerings-, -beëindiging of -uitoefening (art. 1382 B.W.).

90. De vraag rijst of deze vergoeding een herstel in natura kan betekenen waarbij de verzekeraar zou verplicht worden alsnog de verzekeringsovereenkomst te sluiten of retroactief de overeenkomst te wijzigen. Zoals hoger opgemerkt, neemt men aan dat bij contractsweigerings- de rechter de contractspartij niet kan dwingen de overeenkomst toch te sluiten²¹⁰. Anderzijds wordt gewezen op een tendens in de rechtspraak om in het kader van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid meer ruimte te laten voor vergoeding van het *positief contractbelang*²¹¹. Hierdoor wordt aan de benadeelde via een omweg de patrimoniale voordelen toegekend als ware het contract wel tot stand gekomen²¹². In geval van contractsweigerings- en indien er zich ondertussen een schadegeval heeft voorgedaan, zal de schade dan kunnen bestaan in een gedeelde verzekeringsvergoeding. Daarbij is het niet ondenkbaar dat er rekening wordt gehouden met het feit dat de verzekeringnemer in de toekomst moeilijker een verzekeringsdekking zal kunnen bekomen. Eveneens bestaat de mogelijkheid om in de beoordeling van deze aansprakelijkheid, de eigen fout van de (kandidaat-)verzekerde mee in aanmerking te nemen, dewelke zou kunnen weerhouden worden ingeval de verzekeraar kan aantonen dat deze zelf tekort gekomen is aan de algemene zorgvuldigheidsplicht om elders een verzekeringsdekking te bekomen²¹³. Nochtans zou bij de beoordeling van deze algemene zorgvuldigheidsplicht de moeilijkheid die men als persoon van een

bepaalde leeftijd, geslacht, of als drager van een bepaald ziektepatroon of handicap zou kunnen ondervinden in de toegang tot verzekering, mee in rekening moeten worden gebracht²¹⁴.

4. Bescherming tegen represailles

91. In de nieuwe antidiscriminatiewetgeving wordt voorzien in een bescherming tegen represailles (nadelige maatregelen) die zouden worden genomen als gevolg van het feit dat er een vordering werd ingesteld door of ten voordele van het slachtoffer van de vermeend gediscrimineerde partij²¹⁵. Voor nadelige maatregelen die worden genomen als gevolg van een klacht die wordt ingediend *buiten* het terrein van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende sociale zekerheid²¹⁶ geldt een ander regime dan voor represailles die zich situeren *binnen* het domein van de arbeidsbetrekkingen²¹⁷.

92. De beschermingsbepaling tegen represailles *buiten* de arbeidsverhoudingen is zonder voorgaande in het Belgisch recht, maar is wel een gevolg van de omzettingsverplichting voortvloeiend uit artikel 9 van de Rasrichtlijn en artikel 10 van de Genderrichtlijn²¹⁸. Het voorgestelde systeem is gebaseerd op een “*weerlegbaar vermoeden* van represailles”. Dat wil zeggen dat degene tegen wie een klacht werd ingediend en die binnen een door de wet bepaalde tijdsperiode een nadelige maatregel heeft getroffen ten aanzien van de betrokkene partij, dient te bewijzen dat de nadelige maatregel werd getroffen om redenen die vreemd zijn aan de klacht²¹⁹. Kan degene tegen wie de klacht werd ingediend dit bewijs niet voorleggen, zal hij worden verplicht tot het betalen van een – eventueel forfaitaire – vergoeding²²⁰. De geboden bescherming is ook van toepassing op personen die optreden als getuigen van de aangegeven feiten²²¹.

§ 9. BESLUIT

93. De nieuwe antidiscriminatiewetgeving heeft belangrijke wijzigingen aangebracht in het bestaande federale wetgevingskader voor de bestrijding van discriminatie. Net zoals de antidiscriminatiewet van 2003 een belangrijk effect

had op de beteugeling van discriminaties op het vlak van het leveren van goederen en diensten in het algemeen en op het vlak van verzekering in het bijzonder, hebben ook de huidige wijzigingen hun impact op deze domeinen. De scherpst in

²¹⁰ Zie *supra*, nr. 82.

²¹¹ I. SAMOY en Y. THIERY, *l.c.*, p. 14, nr. 22 met referenties; K. VANDERSCHOT, *l.c.*, p. 57, nr. 24.

²¹² *Ibid.*

²¹³ A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 1093; K. BERNAUW, *l.c.*, 301-302; Y. THIERY, *l.c.*, 659.

²¹⁴ C. VAN SCHOUWBROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen”, *l.c.*, 202-203.

²¹⁵ Zie art. 16 en 17 Algemene Wet, art. 21 en 22 Genderwet en art. 14 en 15 Racismewet.

²¹⁶ Zie art. 16 Algemene Wet, art. 21 Genderwet en art. 14 Racismewet; hierna “de bepalingen inzake represaillemaatregelen”.

²¹⁷ Zie art. 17 Algemene Wet, art. 22 Genderwet en art. 15 Racismewet.

²¹⁸ Verslag, *l.c.*, 20.

²¹⁹ Zie telkens § 3 van de bepalingen inzake represaillemaatregelen.

²²⁰ Zie telkens § 4 van de bepalingen inzake represaillemaatregelen.

²²¹ Zie telkens § 5 van de bepalingen inzake represaillemaatregelen.

het oog springende veranderingen hieromtrent zijn aan de ene kant de nieuw gedefinieerde en sterk door het Europese antidiscriminatie-discours geïnspireerde discriminatieverboden. Deze nieuwe formulering laat zich vooral kennen op het vlak van de bewijslast en zal ook met betrekking tot de rechtvaardiging van discriminatie (in zoverre de nieuwe antidiscriminatie-wetgeving die nog toelaat) kunnen leiden tot nieuwe rechtsontwikkeling in de rechtspraak. De andere opvallende wijziging is het in efficiëntie toegenomen hand-

havingskader. De oorspronkelijke vordering tot staking is behouden maar bevat enkele belangrijke en efficiënte vernieuwingen. Belangrijker is misschien de forfaitarisering van de schadevergoeding, die erop neerkomt dat de stakingsrechter en de rechter ten gronde de mogelijkheid hebben om een door de wet vastgelegd bedrag aan schadevergoeding toe te kennen, hetgeen zou moeten leiden tot een aanzienlijke verhoging van de afdwingbaarheid van het antidiscriminatie-recht.