

Kopie

Afgeleverd aan: Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Uitgifte

Repertoriumnummer
2018/ 768
Datum van uitspraak
16 maart 2018
Rolnummer
2016/AB/1090

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

eerste kamer

Arrest

COVER 01-00001071262-0001-0029-01-01-1



- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 1 december 2016,
- de conclusies voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerden,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie ontvangen ter griffie op 23 januari 2018;
- de repliekbesluiten van de appellante en geïntimeerden ontvangen ter griffie op 20 februari 2018;
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 20 februari 2018, waarna de debatten werden gesloten, de zaak voor schriftelijk advies werd meegedeeld aan het openbaar ministerie tegen 19 januari 2018, waarop de partijen hebben gerepliceerd, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw P. is transgender; ze werd geboren als man maar ze gaat door het leven als vrouw.
2. Eind 1995 werd de diagnose van genderidentiteitsstoornis of genderdysforie gesteld. Genderdysforie is de officiële medische aanduiding voor het niet overeenkomen van geboortegeslacht met het ervaren geslacht.



3. Op 10 oktober 1997 onderging mevrouw P een geslachtsveranderende ingreep van man naar vrouw. Met vonnis van 17 maart 1998 werd haar geslacht op de identiteitskaart aangepast.

4. Op 3 augustus 2015 bevestigde dr. Reyskens dat mevrouw P niet langer leed aan genderdysforie. Prof. Monserey (UZ Gent) attesteerde dat de geslachtsaanpassende chirurgie geen nadelige gevolgen gehad heeft of zal hebben voor de gezondheidstoestand van mevrouw P, die eerder wellicht dankzij deze ingreep in uitstekende lichamelijk en psychische gezondheid verkeert. Het ligt ook absoluut niet in de verwachtingen dat ze in de toekomst enig nadelig gevolg van deze geslachtsaanpassende chirurgie zal ondervinden.

5. Sinds juni 2013 is mevrouw P tewerkgesteld bij Pentax Ricoh Imaging France. Als deel van het verloningspakket bood haar werkgever aan mevrouw P een hospitalisatieverzekering bij de nv DKV Belgium (hierna aangeduid als DKV) aan. Pentax Ricoh Imaging France is de verzekeringnemer, ze draagt de volledige premielast; mevrouw P is de verzekerde.

6. Mevrouw P vulde op 3 juli 2013 een medische vragenlijst in voor deze hospitalisatieverzekering en ze maakte melding van haar transseksuele achtergrond. Met brief van 31 juli 2013 vroeg DKV nadere informatie en mededeling van de operatieverslagen en een beschrijving van de nog te voorziene ingrepen. Mevrouw P deelde de nodige stukken mee en ze meldde geen te voorziene ingrepen, omdat het transseksualisatieproces reeds meer dan 15 jaar geleden had plaats gevonden.



7. Met brief van 17 september 2013 maakte DKV een verzekeringsvoorstel over met een uitsluiting voor alle kosten m.b.t. de diagnose en de behandeling van genderdysforie inclusief deze m.b.t. de oorzaken en directe gevolgen ervan. Er werd een niet limitatieve opsomming aan toegevoegd i.v.m. kosten binnen en buiten een verzorgingsinstelling, zoals consultaties bij zorgverstrekkers, weefselonderzoeken, medische en paramedische behandelingen, geneesmiddelen, psychiatrisch dag- en nachtverblijf, follow-up onderzoeken en behandelingen, genetische onderzoeken... DKV beschouwt genderdysforie als een chronische ziekte in de zin van art. 138bis-6 van de voormalige wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, thans art. 206 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen (verder aangeduid als *verzekeringswet*).

8. Met brief van 15 november 2013 verzette mevrouw P. : zich tegen dit uitsluitingsvoorstel wegens benadeling op grond van haar geslacht of haar geslachtsverandering.

9. DKV antwoordde met brief van 3 december 2013 door te verwijzen naar de toepassing van bovenvermelde artikelen uit de verzekeringswetgeving en wees erop dat een verzekering enkel betrekking kan hebben op onzekere risico's, wat hier volgens haar niet het geval is.

10. Op 3 oktober 2013 diende mevrouw P. een klacht in bij het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (verder aangeduid als *het instituut*), dat met brief van 3 december 2013 de discriminatie bevestigde en de argumentatie verder uitwerkte. DKV



beantwoordde dit en uit de verdere briefwisseling, zoals geschetst door de eerste rechter, volgt dat partijen niet tot een nader standpunt kwamen.

11. Met tegensprekelijk verzoekschrift, ontvangen op de griffie van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel op 29 oktober 2015, vorderden mevrouw P en het Instituut bij de Voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel, zetelend zoals in kortgeding, dat de betwiste uitsluiting als genderdiscriminatie zou worden erkend en dat de staking van de uitsluiting zou worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000, met aanplakking in de lokalen en inrichtingen van DKV en publicatie in een aantal kranten, telkens onder verbeurte van een dwangsom van € 500/dag vertraging. Mevrouw P vorderde betaling van een forfaitaire schadevergoeding van € 56.276,37, vermeerderd met intresten en kosten, ondergeschikt betaling van een morele schadevergoeding van € 1.300 vermeerderd met intresten en kosten.

Het Instituut vorderde eveneens de erkenning van de discriminatie en de staking ervan met aanplakking en publicatie, zoals gevraagd door mevrouw P. ze vroeg tevens dat deze staking zou worden opgelegd ten aanzien van tot op heden nog niet geïdentificeerde personen onder verbeurte van een dwangsom. Het vroeg € 1 morele schadevergoeding.

12. Met beschikking van 6 september 2016 stelde de Voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel de directe discriminatie op basis van de genderwet vast en beval de staking van het gewraakte uitsluitingsvoorstel van DKV onder verbeurte van een dwangsom van € 2.000 per inbreuk bij niet uitvoering binnen de 48 uur na betekening. De aanplakking van de beschikking werd bevolen en de publicatie in 4 kranten onder



verbeurte van een dwangsom van € 500 per dag vertraging bij niet uitvoering binnen de 14 dagen na betekening.

De schadevergoeding van € 56.276,37 wegens materiële en morele schade werd toegekend aan mevrouw P . De schadevergoeding wegens € 1 morele schade aan het Instituut werd afgewezen als ongegrond.

DKV werd veroordeeld tot de kosten.

13. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 1 december 2016, tekende DKV hoger beroep aan en vroeg dat de oorspronkelijke vorderingen zouden worden afgewezen als ongegrond, minstens zouden worden herleid.

Mevrouw P aanvaardde de herleiding van de dwangsommen; het Instituut aanvaardde de afwijzing van de schadevergoeding van € 1, maar tekende incidenteel beroep aan omdat de eerste rechter niet had beschikt over zijn stakingsvordering ten opzichte van niet geïdentificeerde personen. Ten overvloede hernam mevrouw P haar oorspronkelijke vorderingen in ondergeschikte orde.

II. BEOORDELING

14. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.



De toelaatbaarheid

15. Niet betwist wordt dat de vorderingen van mevrouw P ontvankelijk zijn en dat ze het nodige belang heeft om een vordering op grond van geslachtsdiscriminatie te stellen, gelet op haar geslachtsverandering en het uitsluitingsvoorstel van DKV.

16. Het arbeidshof sluit zich aan bij het advies van het Openbaar Ministerie in zoverre het de oorspronkelijke vordering van het Instituut tot staking ten opzichte van niet nader geïdentificeerde personen als onontvankelijk bevond.

17. Art. 34 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (*BS* 30 mei 2007 – hierna aangeduid als *genderwet*) bepaalt dat het Instituut kan optreden in de geschillen waartoe deze wet aanleiding kan geven.

Art. 36 voegt daaraan toe: *Wanneer het slachtoffer van de discriminatie een geïdentificeerd natuurlijk persoon of rechtspersoon is, is de vordering van het Instituut en de belangenverenigingen alleen ontvankelijk als zij aantonen dat zij de instemming van het slachtoffer hebben gekregen.*

18. Op 17 mei 2015 gaf mevrouw P aan het Instituut toestemming om in rechte op te treden m.b.t. haar klacht. In zoverre is de vordering van het Instituut ontvankelijk.

19. Maar het Instituut gaat verder en stelt ook vorderingen voor niet-geïdentificeerde personen. Het houdt voor dat er nieuwe gelijkaardige discriminatieslachtoffers zouden zijn. Hoewel het onder zijn stukken 25 en 26 brieven voorlegt van DKV aan beweerde nieuwe slachtoffers, brengt het Instituut geen instemming van deze personen bij om namens hen op te treden. In dit opzicht is de vordering van het Instituut onontvankelijk.



20. Men kan art. 34 niet omzeilen door gevallen waarvan men kennis heeft, voor te stellen als '*niet geïdentificeerd*'. Maar bovendien wijst het Openbaar Ministerie er terecht op dat het Instituut bij dergelijke eisuitbreiding evenmin zijn reeds verkregen en dadelijk belang in de zin van art. 18 Ger. W. aantoot; een dergelijk belang is niet aanwezig wanneer men enkel een preventieve consultatie over de wettelijkheid van een toekomstige situatie wenst (F. BOUQUELLE en A. FRY, « Les actions en cessation en droit social », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, ed. I. FICHER, e.a., Anthemis, Limal, 2012, 34 en de rechtsleer aldaar geciteerd in voetnoot 92). Het belang moet rechtstreeks en persoonlijk zijn en dit is niet het geval bij extrapolatie van de concrete situatie van mevrouw P naar niet geïdentificeerde personen, die in een andere feitelijke toestand kunnen verkeren, wat afzonderlijk en in concreto moet kunnen worden onderzocht en geëvalueerd. Het standpunt van DKV werd immers ingenomen op basis van de gegevens van een specifieke vragenlijst, ingevuld door mevrouw P. Er wordt geen reëel gevaar voor herhaling in een identieke situatie aannemelijk gemaakt. Het Instituut verwijst naar de beoordeling in de zaak Feryn (HvJ 10 juli 2008, C57-07; Arbh. Brussel 28 augustus 2009, *Soc.Kron*, 2010/5, 260); in deze zaak werd de discriminatie t.a.v. niet geïdentificeerde personen aangenomen, omdat de dader zijn discriminerende praktijk had bevestigd in publieke verklaringen, waardoor een veralgemeende herhaling van zijn houding in identieke omstandigheden mocht worden verwacht en helemaal niet was uitgesloten. Dit doet zich hier niet voor, daar DKV elke situatie beoordeelt op basis van een persoonlijke vragenlijst.



21. De oorspronkelijke vordering van het Instituut is dus onontvankelijk in zoverre ze verder gaat dan het ondersteunen van de eisen van mevrouw P en een uitbreiding beoogt naar niet geïdentificeerde personen.

De toepasselijke beginselen

22. Art. 6 §1, 4° en 5° van de genderwet maakt deze wet toepasselijk inzake goederen en diensten en in geval van aanvullende regelingen voor sociale zekerheid en arbeidsbetrekkingen. Mevrouw P kon als extralegaal loonvoordeel aanspraak maken op een hospitalisatieverzekering.

Dergelijk voordeel komt in aanmerking als aanvullende regeling voor sociale zekerheid, dat in art. 5, 16° van de genderwet omschreven wordt als: *regelingen die tot doel hebben aan de werknemers ... uit een onderneming, ...prestaties te verstrekken in aanvulling op de prestaties uit hoofde van de wettelijke regelingen op het gebied van de sociale zekerheid of in de plaats daarvan, ongeacht of aansluiting bij deze regelingen verplicht is of niet.*

Bovendien is het voordeel toegekend omwille van de arbeidsbetrekking, meer bepaald omwille van de arbeidsvoorwaarden (art. 5, 1° van de wet).

23. Op grond van art. 3 van de genderwet heeft deze wet tot doel om een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht.

Art. 4 §2 en 3 preciseert daarbij:

§2. Voor de toepassing van deze wet wordt een direct onderscheid op grond van geslachtsverandering gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.



§ 3. Voor de toepassing van deze wet wordt een direct onderscheid op grond van genderidentiteit of genderexpressie gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.

Deze laatste § werd toegevoegd bij art. 2 van de wet van 22 mei 2014, BS 24 juli 2014. Het Openbaar Ministerie merkt pertinent op dat op grond van art. 2 BW deze bepaling van toepassing is, omdat het verzekeringsaanbod van 17 september 2013 tot op heden ongewijzigd geldt.

24. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat leidde tot de wet van 22 mei 2014, die de uitbreiding van de genderwet naar genderidentiteit en genderexpressie beoogde, wordt genderidentiteit omschreven als *“de diepe innerlijke overtuiging en individuele beleving van eenieder van het eigen gender, dat al dan niet overeenkomt met het geslacht dat bij geboorte werd toegewezen, met inbegrip van de eigen lichaamsbeweging.”* (Parl. St. Kamer 53-3483/001, p. 3-4).

Deze definitie werd voorgelegd aan het maatschappelijk middenveld en aan de Gemeenschappen en Gewesten, die ook hun antidiscriminatie-regelgevingen in dezelfde zin zouden aanpassen. Bovendien worden deze definities ook op internationaal vlak gedragen, enerzijds via de Yogyakarta-principes en anderzijds door de Europese Commissie. Het wetsvoorstel wilde daardoor alle transgenders beschermen tegen discriminatie op basis van de genderwet (Parl. St. Senaat 5-2831/2) (zie ook over de internationale ontwikkelingen in het kader van de mensenrechten op het vlak van genderidentiteit de oplistings in Parl. St. Kamer 54 2403/001, p. 4-8).



25. Op grond van art. 12 van de genderwet vormt een direct onderscheid op grond van het geslacht, en dus bij uitbreiding op grond van geslachtsverandering of genderidentiteit, inzake aanvullende regelingen voor sociale zekerheid een directe discriminatie, onverminderd de toepassing van de art. 16, 17 en 18.

Met direct onderscheid wordt daarbij bedoeld: *de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld (1) dan een ander in een vergelijkbare situatie (2) wordt, is of zou worden behandeld op basis van het geslacht* (art. 5, 5° van de genderwet) – en dus bij uitbreiding op basis van geslachtsverandering, genderidentiteit (3) en genderexpressie (art. 4 §§ 2 en 3).

In het bijvoegsel aan de verzekeringsovereenkomst met het uitsluitingsvoorstel wordt een uitsluiting bepaald op basis van genderdysforie. Er moet dus onderzocht worden of dit een rechtstreekse discriminatie uitmaakt op basis van de geslachtsverandering en genderidentiteit. De genderwet voorziet in een gesloten rechtvaardigingssysteem, zodat enkel de redenen die de genderwet vermeldt ter rechtvaardiging kunnen gelden.

26. Mevrouw P en het Instituut bespreken art. 8, dat een rechtvaardiging voorziet bij toepassing van de art. 9, 10, 16, 17 en 18 van de genderwet. Deze gelden in de materies bedoeld in art. 6 §1, 1°, met name de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn.

- Art. 9 betreft de exclusieve leveringen aan de leden van één geslacht, wat bij KB moet worden vastgelegd en wat bij KB 8 februari 1979 (BS 16 februari 1979) gebeurde voor de artistieke sector. Er wordt niet voorgehouden dat er een KB zou bestaan dat van



toepassing zou zijn op de tewerkstelling van mevrouw P Tot 21 december 2007 kon de rechter nog geval per geval beoordelen op basis van de open rechtvaardigingsgronden bij ontbreken van een KB. Deze bepaling is hier dus niet (meer) van toepassing.

- Art. 10 is evenmin van toepassing, daar dit betrekking heeft op de levensverzekeringen. Hier gaat het om een collectieve hospitalisatieverzekering.
- Art. 16 betreft de uitzondering van positieve acties: hier niet van toepassing.
- Art. 17 betreft de bescherming bij zwangerschap en moederschap: evenmin van toepassing.
- Art. 18 §1: *Een direct of indirect onderscheid op grond van geslacht geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet. (4)*

Voor de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid verwijst art. 12 naar de uitzonderingen bedoeld in de hierboven besproken art. 16, 17 en 18.

Voor de arbeidsbetrekkingen verwijst art. 13 §1 eveneens naar deze uitzonderingen; een rechtvaardiging is mogelijk op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Een dergelijke vereiste wordt door DKV niet ingeroepen en is evenmin aanwezig.

Toepassing

Ad (randnummer 25) -1: Ongunstige behandeling

27. Men kan moeilijk betwisten dat de uitsluiting, voorgesteld door DKV, een voor mevrouw P ongunstige behandeling is.



Ad 2: Vergelijkbaarheid

28. Deze ongunstige behandeling moet afgezet worden tegenover een vergelijkbaar persoon.

29. DKV zoekt deze vergelijking in een ander persoon met een chronische ziekte. Deze vergelijking loopt mank. Een geslachtsverandering en/of genderidentiteit leidt niet tot een chronische ziekte. Een geslachtsverandering en/of genderidentiteit moeten gelijkgesteld worden met een verschil in geslacht. Men kan bezwaarlijk beweren dat de verschillen tussen man en vrouw een chronische ziekte zouden genereren.

30. De Wereldgezondheidsorganisatie definieert chronische ziekten als 'langdurige ziekten met een meestal langzame progressie'. Onder deze brede definitie vallen niet alleen hart- en vaatziekten, diabetes, kanker, sommige auto-immuunziekten en longziekten, maar ook neurodegeneratieve aandoeningen als dementie en parkinson, en diverse geestelijke ziektebeelden (Gemeenschappelijk plan voor chronische ziekten, p.3 https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/20151019_imc_plan_geintegreerde_zorg_chronisch_zieken.pdf). Ten onrechte wil DKV een geslachtsaanpassing, genderidentiteit of dysforie in verband brengen met een chronische ziekte; de RIZIV-omschrijving staat daaraan niet in de weg, overigens verwees mevrouw P niet naar een continue of repetitieve behandeling, die omwille van enige ziekte zou noodzakelijk zijn.

31. Door de geslachtsaanpassende behandeling in de periode 1994-1997 werd aan de genderdysforie een einde gemaakt. Dit wordt uitdrukkelijk geattesteerd door de



behandelend arts van mevrouw P . *“Een dergelijke geslachtsaanpassende behandeling heeft voor gevolg dat er geen sprake meer is van genderdysforie”*. Bij de aanvraag tot toelating tot de hospitalisatiepolis was er dus geen voorafbestaande toestand van genderdysforie, laat staan van een chronische ziekte, waarmee een nuttige vergelijking kon worden gemaakt.

32. Terecht vergelijkt mevrouw P zich met iemand die geen transgender is (cisgender) en die niet onderworpen werd aan de uitsluitingsclausule. Ook het Hof van Justitie vergeleek bij een ontslag van een transgender de werknemers die een geslachtsoperatie ondergingen met diegenen die behoren tot het geslacht waartoe hij/zij vóór die operatie werd geacht te behoren (HvJ. 30 april 1996, C-13/94 (P t. S. en Cornwall, ro 21.) of m.a.w. met zij die géén geslachtsoperatie ondergingen.

33. Advocaat-generaal TESAURO onderzocht in zijn conclusie bij deze zaak een aantal foute vergelijkingscriteria en adviseerde *dat wanneer de ongunstige behandeling van een transseksueel in verband staat met (of, juister, veroorzaakt is door) een geslachtsverandering, er sprake is van discriminatie wegens het geslacht of, zo men dat verkiest, op grond van geslacht* (Conclusie p. I-2154, nr. 18; zie in dezelfde zin conclusie advocaat-generaal JACOBS in zaak Richards C-423/04, nr. 36).

34. In een recente conclusie wees advocaat-generaal BOBEK erop dat bij geslachtsverandering de vergelijking ook dynamisch kan zijn en men ook kan vergelijken op basis van het nieuw geslacht (Conclusie 5 december 2017 in de zaak C-451/16, nr. 39 en 40)



35. Indien mevrouw P van bij haar geboorte vrouw was geweest, dan zou er geen uitsluitingsvoorstel zijn geweest, zodat dit voorstel enkel teruggaat naar de geslachtsverandering en de genderidentiteit.

Ad 3: Omwille van geslachtsverandering en genderidentiteit

36. Door de verwijzing naar de geslachtsveranderende operatie en de daaraan voorafgaande genderdysforie heeft DKV de ongunstige behandeling op een verboden criterium gesteund. Ze wil zich onterecht beroepen op objectieve factoren die niets van doen zouden hebben met discriminatie op basis van het geslacht, omdat er zogenaamd geen oorzakelijk verband zou zijn tussen het geslacht en het verschil in behandeling. Ten onrechte verwijst ze hiervoor naar een medisch objectiveerbare aandoening die een levenslange behandeling en nazorg zou noodzaken en naar een voorafbestaande toestand van chronische ziekte.

37. De medische bevindingen, die besproken werden in de randnummers 4 en 31 duiden er precies op dat die voorafbestaande toestand niet meer bestond en dat er juist geen nazorg voor genderdysforie van doen was, en dit omwille van de geslachtsoperatie van meer dan 20 jaar geleden. *(“ik kan u hierbij verzekeren dat de geslachtsaanpassende chirurgie verder absoluut geen nadelige gevolgen gehad heeft of zal hebben voor de gezondheidstoestand van mevrouw P ; die eerder wellicht dankzij deze ingreep momenteel in uitstekende lichamelijke en psychische gezondheid verkeert. Er hebben zich geen complicaties voorgedaan onmiddellijk na de ingreep en het ligt ook absoluut niet in de verwachtingen” (attest dd. 13.08.2015 van behandelend Endocrinoloog Corman). Doordat*



38. Het arbeidshof sluit zich aan bij het advies van het Openbaar Ministerie: *Gezien mevrouw niet lijdt aan voormelde aandoening (van genderdysforie), doch, integendeel, haar algemene gezondheidstoestand volgens haar behandelende artsen goed is, is de uitsluiting op basis van genderdysforie niet legitiem. Het weze opgemerkt dat voormelde bevindingen door appellant niet worden weerlegd (p. 11).*

Ad (randnummer 26) -4: Onderscheid door of krachtens een wet?

39. DKV beroept zich op art 18 van de genderwet, voorhoudende dat ze de verzekeringswet toepaste, doordat de uitsluiting steunt op een zekere gebeurtenis, die het bestaan van een risico teniet doet en dat ze handelde op grond van art. 206 van de verzekeringswet (het voormalige art. 138bls-6 Wet Landverzekeringsovereenkomst).

40. Aldus gaat DKV voorbij aan de wetsgeschiedenis van de verzekeringswet. Deze wordt voortreffelijk uiteengezet in het advies van het Openbaar Ministerie met aanhaling van duidelijke toelichtingen in de parlementaire voorbereiding van de verzekeringswet.

Het Openbaar Ministerie legt eerst terecht uit dat art. 206 geldt voor de niet beroepsgebonden verzekeringen, wat hier dus niet aan de orde is en dat voor de





tarifiering en dekking 'objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en moeten de middelen voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn' " (eigen onderlijning. *Parl.St. Kamer 53-3361/001, 31-32).*

42. Bij de toelichting bij het art. 7 van de wet, vermeldt de Memorie uitdrukkelijk dat de verwijzing naar andere toepasselijke wetten niet inhoudt dat de bepalingen van *de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, niet van toepassing zouden zijn. Deze bepalingen blijven onverkort van toepassing inzake verzekeringen, tenzij de verzekeringswetgeving voorziet in een specifieke, meer verregaande bescherming (Parl. St. Kamer 53-3361/001, 15).*

Nadat de gemachtigde van de regering t.a.v. de Raad van State deze toepasselijkheid had benadrukt, adviseerde de Raad overigens dergelijke verduidelijking in de Memorie van Toelichting op te nemen (*Parl. St. Kamer 53-3361/001, 244-247).*

Anderzijds werd de toepasselijkheid van de antidiscriminatie-wetgeving ook reeds onderlijnd in de memorie van Toelichting bij een wetsontwerp tot aanpassing van de eerdere Landverzekeringsovereenkomstenwet (*Parl. St. Kamer, 51-2689/1, 7; zie ook de bevestiging hiervan in de rechtsleer K. BYTTEBIER en T. WERNA, "Discriminatie in verzekeringen", TPR 2013, 2662, nr. 19).*

43. Maar ook bij de parlementaire voorbereiding van de genderwet werd erop gewezen dat de omzetting van de Richtlijn 2004/113/EG van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen belangrijke gevolgen zou hebben in het domein van het verzekeringsrecht (*Parl. St. Kamer 51 2721/001, 6).*



44. Sinds de arresten Test Aankoop/Ministerraad kan er geen twijfel meer zijn dat wat betreft de segregatie in de verzekeringssector de gendergelijkheid geen differentiatie op basis van geslacht toelaat. (HvJ. 1 maart 2011, Test Aankoop/Ministerraad C-236/09; GrH 30 juni 2011, nr. 116/2011).

45. Uit dit alles vloeit voort dat men bij de toepassing van de verzekeringswet de bepalingen van de antidiscriminatie-wetgeving, waaronder de genderwet, in acht moet nemen. Dit ligt ook besloten in art. 44 van de verzekeringswet, waardoor elke segmentatie op het vlak van acceptatie van de dekking objectief moet worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk moeten zijn. Wanneer men een uitsluiting enkel steunt op een onderscheid wegens geslachtsverandering of genderidentiteit, dan maakt men toepassing van een verboden criterium en is er dus geen legitiem doel.

46. Maar de toepasselijkheid van de antidiscriminatie-wetgeving doet er uiteraard niets aan af dat men ook binnen de contouren van de verzekeringswet moet blijven; uit de in randnummer 41 geciteerde parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat beide wetgevingen elkaar aanvullen. DKV benadrukt dat de genderwet maar kan toegepast worden in zoverre een 'onzekere gebeurtenis' verzekerd wordt (art. 5, 14° van de verzekeringswet); indien er geen risico is, is de verzekeringsovereenkomst overigens nietig bij toepassing van art. 79 van de verzekeringswet. Maar te snel besluit DKV tot een 'zekere gebeurtenis' wat betreft de voorgehouden genderdysforie van mevrouw I. Ongeacht het verbod om op grond van geslachtsverandering te discrimineren, kan er hierbij teruggegrepen worden naar wat gezegd werd in de randnummers 4, 31, 37 en 38. Door de



operatie bestond er geen genderdysforie meer, zodat men onmogelijk het bestaan ervan als zekere gebeurtenis kon voorstellen. Hierdoor steunde de wel zeer ruime uitsluiting wel degelijk op een onzekere gebeurtenis en had ze betrekking op een aleatoire of onzekere toestand.

47. Verkeerdelijk wil DKV uit de bijdrage van Y. THIERRY "Het Europees Verbod van geslachtsdiscriminatie in verzekeringen" (haar stuk 17) een parallel afleiden met een volgens haar toegelaten uitsluiting op basis van een lopende zwangerschap. Ongeacht het feit dat ook zwangerschap een verboden discriminatiegrond is (art. 4 §1 van de genderwet), verwijst de auteur naar een niet bindend oordeel van het Nederlandse CGB naar Nederlands recht, waarbij de auteur in voetnoot 106 de indruk geeft als zou deze uitspraak zijn bijgetreden door WANSINK. In werkelijkheid spreekt WANSINK de beslissing tegen met het argument dat bij een zwangerschap de komende arbeidsongeschiktheid nog steeds onzeker blijft, omdat *op dat moment... immers niet zeker [is] dat ook daadwerkelijk een bevalling zal plaatsvinden.* (J.H. WANSINK "Ongelijke behandeling m/v bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen - Advies in opdracht van de CGB", http://www.cgb.nl/_media/downloadables/Advies_Wansink.pdf 2007, 5). Dit is interessant, omdat deze auteur juist zoals advocaat-generaal BOBEK in de zaak C-451/16 (zie hierboven randnummer 34) een vergelijking maakt met de nieuwe situatie. Ten onrechte wil DKV zich beroepen op zekere gevolgen, die zouden voortvloeien uit de genderdysforie.

48. Maar alleszins schrijft WANSINK terecht dat *aan de eis van onzekerheid... in ieder geval [wordt] voldaan indien de verzekeringsneemster ten tijde van het sluiten van de verzekering niet zwanger is.* Op eenzelfde wijze is er geen onzekerheid wanneer de genderdysforie niet



bestaat op het ogenblik van het aangaan van de verzekering. Zoals men vrouwen ex absurdo niet kan uitsluiten voor toekomstige zwangerschappen omwille van het feit dat ze al eens zwanger zijn geweest, zo kan men evenmin omwille van een gebrek aan onzekerheid genderidentiteit-gerelateerde risico's als zeker voorstellen in de situatie van mevrouw P

49. Hoewel het open rechtvaardigingssysteem in het kader van de genderwet niet geldt (zie randnummer 25), verwijst DKV in ondergeschikte orde toch naar de rechtvaardiging wegens proportionaliteit van de uitsluiting. De open rechtvaardiging geldt in beginsel wel voor de beoordeling van de segmentatie (art. 44 verzekeringswet – zie randnummer 45), maar op grond van de aanvullende gelding van de genderwet, is er in casu geen legitiem doel.

50. Tevens kan ten overvloede met het Openbaar Ministerie worden vastgesteld dat de uitsluiting wegens genderdysforie op een zeer ruime wijze wordt ingeroepen en tot een disproportionele toepassing leidt. DKV verwijst immers naar: *consultaties bij zorgverstrekkers, psychomotorische ontwikkelingsonderzoeken, labo-analyses, weefselonderzoeken, medische beeldvorming, medisch-technische onderzoeken, genetische onderzoeken, medische en paramedische behandelingen, inclusief het gebruik van toestellen en materiaal (wegwerp materiaal, viscerosynthese- en endoscopisch materiaal, prothesen en implantaten), geneesmiddelen, vitamines, mineralen en voedingssupplementen, ontwenningsskuren, psychiatrisch dag- en nachtverblijf, psychiatrisch verzorgingstehuis (PVT), beschut wonen, follow up onderzoeken en behandelingen*. Ten onrechte wil DKV de draagwijdte van deze omvattende opsomming wat inperken door voor te houden dat men



daarbij enkel doelt op de oorzaken en directe gevolgen van genderdysforie. De woorden 'Zo zijn...uitgesloten' duiden erop dat gans deze opsomming als oorzaak en direct gevolg van genderdysforie beschouwd wordt. De disproportionaliteit volgt overduidelijk uit het feit dat bv consultaties bij zorgverstrekkers en geneesmiddelen zijn uitgesloten.

51. Het arbeidshof kan niet anders dan het advies van het Openbaar Ministerie bijtreden, waar het vaststelt *dat de uitsluitingsclausule zeer algemeen en ruim geformuleerd is. In de hypothese dat er sprake zou zijn van een voorafbestaande toestand van genderdysforie, voldoet de uitsluitingsclausule niet aan de vereiste dat het gemaakte onderscheid passend en noodzakelijk dient te zijn ter verwezenlijking van een legitiem doel. Op basis van de uitsluitingsclausule kan niet worden uitgemaakt welke onderzoeken, geneesmiddelen en behandelingen hieronder zouden kunnen worden begrepen en dus voor uitsluiting in aanmerking komen. Ofschoon DKV betwist dat de draagwijdte van de uitsluiting ruim is en het volgens appellant allerm minst zo is dat nagenoeg alle aandoeningen gelieerd aan de vrouwelijke geslachtsdelen van verzekeringsdekking uitgesloten zouden zijn, blijkt dit niet uit voormelde clausule zelf. De opsomming dekt een uiteenlopende reeks van medische en andere kosten zonder nadere invulling in functie van het verband met de uitgesloten aandoening.*

52. De eerste rechter heeft dan ook de vordering terecht gegrond verklaard wat betreft de vaststelling van de overtreding van de genderwet wegens directe discriminatie en de toekenning van de gevraagde vordering tot staking onder verbeurte van een dwangsom.

Op die onderdelen is het hoger beroep ongegrond.



De overige middelen en beschouwingen van DKV kunnen daaraan geen afbreuk doen.

De aanplakking en publicatie

53. Art. 25 §3 van de genderwet bepaalt: *De voorzitter van de rechtbank kan bevelen dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt, wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder of de lokalen die hem toebehoren, en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder.*

Deze maatregelen van openbaarmaking mogen evenwel slechts opgelegd worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden.

In de Memorie van Toelichting bij deze wet wordt uitgelegd dat de maatregelen van openbaarmaking slechts mogen opgelegd worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophoudt. Deze bepaling geeft aan dat de bekendmaking als sanctiemechanisme eerder een remediërend dan een repressief karakter heeft (*Parl. St., Kamer, 2006-2007, 51-2722/001, p. 62*).

54. De staking van het opleggen van de uitsluiting zal de overtreding volledig doen ophouden, zodat een bijkomende publicatie en aanplakking geen remediërende meerwaarde biedt. Terecht stelt het Openbaar Ministerie dat ook het Instituut geen bijkomende remediëring kan geloofwaardig maken, daar elke casus afzonderlijk moet worden beoordeeld en het Instituut krachtens artikel 4, 8° van de wet van 16.12.2002 de rechterlijke beslissingen die nuttig zijn voor de evaluatie van de wetten en reglementeringen betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen geanonimiseerd kan publiceren ter



sensibilisering van de doelgroep. Ten onrechte wordt voorgehouden dat DKV zich op hardnekkige wijze discriminerend positioneert op de markt, terwijl haar specifieke beslissing inzake mevrouw P uitgegaan is van een individuele vragenlijst en geenszins vanuit een publieke formulering of positionering.

55. De oorspronkelijke vordering is op dit onderdeel ongegrond, zodat het hoger beroep op dit punt gegrond is.

De schadevergoeding

56. Art. 25 §2 van de genderwet bepaalt: *Op vraag van het slachtoffer kan, de voorzitter van de rechtbank de in artikel 23, § 2, bedoelde forfaitaire schadevergoeding aan het slachtoffer toekennen.*

57. Art. 23 §2, 2° van de genderwet bepaalt: *indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, ... wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie voorzien in artikel 20, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1°.*

Het Openbaar Ministerie adviseert om op basis van dit laatste de schadevergoeding te beperken tot € 1.300 morele schade.



58. Mevrouw P en het Instituut hebben in ondergeschikte orde naar een dergelijke schadebegroting verwezen, zij het dat ze in dat geval een voorbehoud voor materiële schade vragen. DKV vraagt in ondergeschikte orde de schadevergoeding te beperken tot € 1.300. Partijen hebben daarover dus reeds standpunt ingenomen, zodat geen heropening van de debatten zich opdringt.

59. Hierbij rijst wel de moeilijkheid dat art. 23 §2, 2° maar een dergelijke herleiding mogelijk maakt wanneer de materiële schade kan hersteld worden via de toepassing van de nietigheidssanctie. De voorzitter, zetelend zoals in kortgeding, heeft echter op grond van art. 25 maar een beperkte bevoegdheid en kan de nietigverklaring van het strijdig (aanbod)beding niet uitspreken (Vz. Arbrb. Brussel 29 augustus 2008, *Soc. Kron.* 2009/2, 115, nr. 1.3.2. en de aldaar aangehaalde rechtsleer; I. DEMUYNCK, "Rechtshandhaving door de stakingsrechter", *RW* 2001-02, 1245, nr. 37). Enkel de gewone rechter is bevoegd voor de nietigverklaring.

60. In de huidige stand kan de schadevergoeding provisioneel worden beperkt tot € 1.300 mits toekenning aan mevrouw F van het door haar gevraagde voorbehoud m.b.t. de materiële schade.

61. In die mate is het hoger beroep deels gegrond.

De gerechtskosten

62. Aangezien DKV voor het merendeel in het ongelijk is gesteld, vallen de gerechtskosten ten haren laste. Gelet op de herleiding van de schadevergoeding dient de rechtsplegingsvergoeding te worden beperkt tot € 1.440.





Verklaart de vorderingen van mevrouw P. en van het Instituut ontvankelijk, doch ongegrond wat betreft de gevraagde aanplakking en publicatie, waardoor ook de vraag om dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom ongegrond is;

Veroordeelt DKV tot betaling aan mevrouw P. van een morele schadevergoeding van € 1.300 provisioneel, te vermeerderen met de vergoedende intrest, gelijk aan de wettelijke intrestvoet vanaf 15 november 2013 en de gerechtelijke intrest; kent aan mevrouw P. het gevraagde voorbehoud toe voor het vorderen van een materiële schadevergoeding bij de bevoegde rechter ten gronde.

Wijst het overige af.

Veroordeelt DKV tot betaling van de gerechtskosten van mevrouw P., deze aan haar zijde begroot op:

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg € 2.200, doch herleid tot € 1.440

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep € 2.200, doch herleid tot € 1.440

Totaal € 2.880

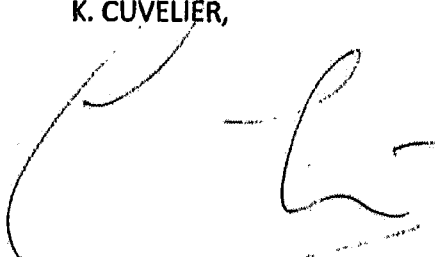
Legt de gerechtskosten van het Instituut ten zijnen laste.



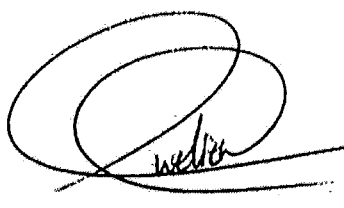
Aldus gewezen en ondertekend door de eerste kamer van het Arbeidshof te Brussel,
samengesteld uit:

L. LENAERTS,
J. DELFOSSE,
J. DIRIX,
bijgestaan door :
K. CUVELIER,

kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



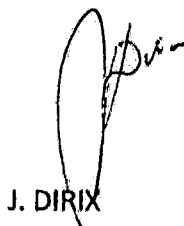
L. LENAERTS,



K. CUVELIER,



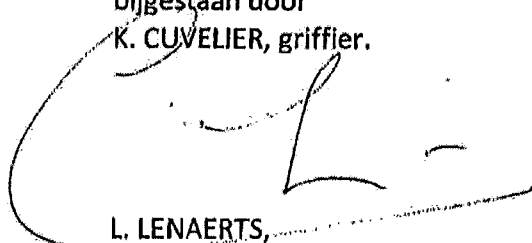
J. DELFOSSE,



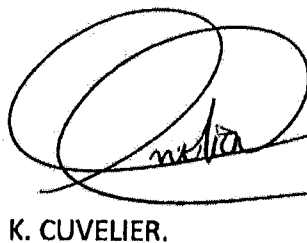
J. DIRIX

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 16 maart 2018 door:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
K. CUVELIER, griffier.



L. LENAERTS,



K. CUVELIER.

