

Noot

Discriminatie op basis van geslachtsverandering en genderidentiteit: mijlpaalarrest over genderdysforie en beroepsgebonden hospitalisatieverzekeringenCaroline Van Schoubroeck¹

INLEIDING

Het hier besproken arrest van het arbeidshof van Brussel van 16 maart 2018 en het arrest van het Hof van Cassatie van 11 mei 2020² dat werd gewezen in dezelfde zaak illustreren het toenemend belang van de problematiek van genderidentiteit, genderdysforie en geslachtsverandering in verzekeringen. Voor zover bekend, is dit arrest van het arbeidshof te Brussel de eerste uitspraak in hoger beroep in België waarin een discriminatie op grond van geslachtsverandering en genderidentiteit wordt vastgesteld in de context van verzekeringen.³

Na een toelichting van de feiten en procedurevoorgaanden (1), wordt kort ingegaan op drie elementen in deze beslissingen: de vordering ten voordele van niet-geïdentificeerde personen vanwege het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (2), het bestaan van discriminatie op grond van geslacht, geslachtsverandering en genderidentiteit (3), en ten slotte de sancties, in het bijzonder de schadevergoeding gevorderd door het betrokken slachtoffer van discriminatie (4).

1. FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

1. In dit arrest van 16 maart 2018 heeft het arbeidshof te Brussel (hierna arrest arbeidshof) uitspraak gedaan over een geschil inzake de schending van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna genderwet)⁴, in het bijzonder het bestaan van een discriminatie op basis van geslacht, geslachtsverandering en genderidentiteit. De zaak betreft het afsluiten van een hospitalisatieverzekering in het kader van een verloningspakket van de werkgever door mevrouw P.

Mevrouw P. is transgender: zij werd geboren als man maar gaat door het leven als vrouw. Eind 1995 werd bij haar de diagnose van genderidentiteitsstoornis of genderdysforie gesteld, zijnde het niet overeenkomen van het geboortegeslacht met het ervaren geslacht. Op 10 oktober 1997 onder-

ging zij een geslachtsveranderende ingreep. Bij vonnis van 17 maart 1998 werd haar geslacht vervolgens op haar identiteitskaart aangepast.⁵

Mevrouw P. was sinds juni 2013 tewerkgesteld bij een onderneming die haar als onderdeel van haar verloningspakket een hospitalisatieverzekering aanbood. Deze hospitalisatieverzekering is een zgn. collectieve beroepsgebonden verzekering in de zin van artikel 201, § 2 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen (hierna W.Verz.). De werkgever is de verzekeringnemer en betaalt de premie, mevrouw P. is de verzekerde (d.i. degene in wiens persoon het zich voordoen van het verzekerde voorval gelegen is) en is tevens de begunstigde van de verzekeringsprestaties.⁶ Mevrouw P. vulde op 3 juli 2013 een medi-

¹. KU Leuven.

². Gepubliceerd elders in dit nummer.

³. Zie uitgebreid over deze problematiek: M. HAESAERT, "Transgender people and Private insurances. Discrimination based on gender vs distinction based on health condition", *Jura Falc.* 2020-21, 9-112, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/57n1/haesaert.pdf. Zie tevens een later arrest Arhb. Brussel 6 september 2019, AR 2018/CB/1, www.juportal.be/content/ECLI:BE:CTBRL:2019:ARR.20190906.6?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=en Voorz. Arbrb. Brussel (NL.) zetelend zoals in KG 23 april 2018, AR 17/510/A, www.igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-23-arbrb-brussel-trans-verzekering.pdf.

⁴. Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (BS 30 mei 2007).

⁵. Zie betreffende de reglementering inzake geslachtsregistratie en naamsverandering: wet van 10 mei 2007 betreffende de transseksualiteit, tot invoering van artikel 62bis BW, thans art. 135/1 BW ingevolge de wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschiloplossing (BS 2 juli 2018) (inwerkingtreding 31 maart 2019). Ingevolge de wet van 25 juni 2017 is het thans niet langer vereist dat men een medische ingreep ondergaat om de M of V in de geboorteakte te laten wijzigen (wet van 25 juni 2017 tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft (BS 10 juli 2017), in werking getreden op 1 januari 2018). Deze transgenderwet van 25 juni 2017 werd gedeeltelijk vernietigd bij GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, BS 21 januari 2020, *Rev.trim.dr.fam.* 2019 (samenvatting), afl. 4, 765, noot J. RENCHON, *RW* 2019-20, afl. 26, 1016, noot F. FONTEYN, *TBBR* 2020, afl. 6, 354, noot M. PETERS, *T.Fam.* 2020, afl. 1, 14, noot P. CANNOOT en *TJK* 2019, afl. 3, 276, noot A. D'DESPALLIER. Zie hierover o.m. P. CANNOOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af" (noot onder GwH 19 juni 2019), *T.Fam.* 2020, afl. 1, 17-26.

⁶. Zie voor deze definities van "verzekerde" en "begunstigde", art. 5, 17° en 18° W.Verz.

sche vragenlijst⁷ in voor deze hospitalisatieverzekering en maakte daarin melding van haar transgender achtergrond. Op vraag van de hospitalisatieverzekeraar om nadere informatie over te maken, met name de operatieverslagen van haar geslachtsveranderende ingreep en een beschrijving van “de nog te voorziene ingrepen”, deelde mevrouw P. de nodige stukken mee en meldde ze dat er geen verdere ingrepen voorzien waren daar haar geslachtsverandering reeds meer dan 15 jaar eerder voltooid werd.

Het voorstel tot verzekering dat mevrouw P. in september 2013 ontving bepaalde een uitsluiting voor “alle kosten met betrekking tot de diagnose en de behandeling van genderdysforie inclusief deze betreffende de oorzaken en indirecte gevolgen ervan”. Aan dit uitsluitingsbeding werd een niet-limitatieve opsomming toegevoegd in verband met “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 (...)” (arrest Arbh., randnr. 7).

2. Mevrouw P. was het niet eens met deze verregaande uitsluiting in het voorstel tot verzekering en de argumentatie van de verzekeraar gesteund op de regeling van chronische ziekten in artikel 206 W.Verz. en de voorafbestaande toestand. Ze diende een klacht in bij het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (hierna het Instituut) wegens discriminatie op grond van haar geslacht en geslachtsverandering. Wanneer er geen vergelijk komt gaan mevrouw P. en het Instituut over tot de dagvaarding van de hospitalisatieverzekeraar bij de voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, zetelend zoals in kort geding.⁸ In een beschikking van 6 september 2016 stelde deze het bestaan vast van een directe discriminatie in het kader van de genderwet. Hij beval de staking van het voorstel tot verzekering onder verbeurte van een dwangsom van 2.000 EUR bij niet-uitvoering binnen de 48u na betekening, de aanplakking van de beschikking en de publicatie in 4 kranten onder verbeurte van een dwangsom van 500 EUR per dag vertraging bij niet-uitvoering binnen 14 dagen na de betekening. Er

werd aan mevrouw P. een schadevergoeding van 56.276,37 EUR toegekend voor morele en materiële schade. De schadevergoeding gevorderd door het Instituut werd afgewezen en er werd niet beschikt over de stakingsvordering van het Instituut ten voordele van niet-geïdentificeerde personen.⁹

3. De hospitalisatieverzekeraar stelde vervolgens in december 2016 hoger beroep in tegen deze beschikking bij het arbeidshof te Brussel minstens tot herleiding van de oorspronkelijke vorderingen. Mevrouw P. aanvaardde de herleiding van het bedrag van de dwangsommen. Het Instituut aanvaardde de afwijzing van de door haar gevorderde schadevergoeding van 1 EUR, maar tekende incidenteel beroep aan omdat niet beschikt werd over de vordering ten voordele van niet-geïdentificeerde personen.

In het hier besproken arrest bevestigt het arbeidshof van Brussel de schending van de genderwet wegens directe discriminatie en het stakingsbevel onder verbeurte van de vastgelegde dwangsom. Het kent aan mevrouw P. een morele schadevergoeding toe van 1.300 provisioneel, te vermeerderen met de vergoedende interest en met voorbehoud voor het vorderen van een materiële schadevergoeding bij de bevoegde rechter ten gronde. De vordering tot tussenkomst van het Instituut wordt onontvankelijk verklaard in zoverre ze betrekking heeft op niet-geïdentificeerde personen. De vordering tot aanplakking en publicatie wordt afgewezen.

4. Mevrouw P. en het Instituut stellen tegen dit arrest van het arbeidshof een voorziening in cassatie in betreffende twee zeer specifieke punten van de beslissing: enerzijds de onontvankelijkheid van de vordering van het Instituut tot staking ten opzichte van niet nader geïdentificeerde personen, en anderzijds de aan mevrouw P. toegekende schadevergoeding op basis van artikel 23 genderwet. Het Hof van Cassatie besluit in het arrest van 11 mei 2020 enerzijds tot de gegrondheid van het middel tegen de beslissing van onontvankelijkheid van de vordering van het Instituut en anderzijds tot afwijzing van het middel tegen de vordering van mevrouw P. tot berekening van de forfaitaire schadevergoeding op basis van artikel 23, § 2, 2° genderwet.

⁷ Overeenkomstig art. 58 W.Verz. rust er een mededelingsplicht op de verzekeringnemer bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst. Hij moet aan de verzekeraar alle hem bekende omstandigheden mee delen die hij redelijkerwijs moet beschouwen als gegevens die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van het risico door de verzekeraar. Zie hierover o.m. met verwijzingen D. WUYTS, “Art. 58 Wet Verzekeringen” in X, *Verzekeringsrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., maart 2017, 38 p.; M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 2017, 235-246; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 379-394; S. DEFLOOR, *Het gebruik van medische informatie in private verzekeringen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 73-129; J.L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres. Principes généraux*, Waterloo, Kluwer, 2011, 136-147. Voor sommige beroepsgebonden ziekteverzekeringen, afhankelijk van het aantal te verzekeren werknemers, is het in de praktijk vrij gebruikelijk om deze werknemers individueel een medische vragenlijst te laten invullen. Het gebeurt evenwel ook vaak dat er in dergelijke beroepsgebonden verzekeringen niet met een individuele vragenlijst gewerkt wordt.

⁸ Het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen kan overeenkomstig art. 34 genderwet in rechte optreden in de geschillen waartoe deze wet aanleiding kan geven. Zie eveneens art. 4 wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (BS 31 december 2002).

⁹ Besch. Voorz. Arbbrb. Brussel (NI.), zetelend zoals in KG 6 september 2016, www.igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/beschikking_06092016_-_anoniem.pdf.

2. VORDERING TOT STAKING TEN VOORDELE VAN NIET-GEÏDENTIFICEERDE SLACHTOFFERS

5. Overeenkomstig artikel 34 genderwet kan het Instituut in rechte optreden in geschillen waartoe deze wet aanleiding kan geven. Artikel 36 genderwet bepaalt dat “wanneer het slachtoffer van de discriminatie een geïdentificeerd natuurlijke persoon of rechtspersoon is, de vordering van het Instituut en de belangenverenigingen alleen ontvankelijk is als zij aantonen dat zij de instemming van het slachtoffer hebben gekregen”.

Het Instituut heeft *in casu* ook een vordering tot staking ingesteld ten voordele van niet-geïdentificeerde slachtoffers van discriminatie op grond van geslacht, geslachtsverandering en genderidentiteit. Het Instituut brengt hiervoor brieven bij van de hospitalisatieverzekeraar aan beweerde nieuwe slachtoffers. Het arbeidshof beslist evenwel dat het Instituut niet aantoont dat het de instemming van deze slachtoffers heeft verkregen en acht de vordering van het Instituut daarom onontvankelijk. Het arbeidshof oordeelt: “Men kan artikel 34 genderwet 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 dergelijk eisuitbreiding evenmin zijn reeds verkregen en dadelijk belang in de zin van artikel 18 Ger.W. aantoont; een dergelijk belang is niet aanwezig wanneer men enkel een preventieve consultatie over de wettelijkheid van een toekomstige situatie wenst (...). 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 [verzekeraar] D. werd immers ingenomen op basis van de gegevens van de specifieke vragenlijst ingevuld door mevrouw P.” Bovendien is naar het oordeel van het arbeidshof de beslissing van het Hof van Justitie in de zaak *Feryn in casu* niet van toepassing. De zaak *Feryn* betrof de situatie waarbij de zaakvoerder van een firma publiekelijk verklaard had dat zijn onderneming monteurs wilde aanwerven, “maar geen allochtonen in dienst kon nemen omdat de klanten er bezwaar tegen hadden om deze tijdens de werkzaamheden toegang te geven tot hun woning”.¹⁰ In de procedure ingesteld door het toenmalige Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (thans Unia) oordeelde het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen van het arbeidshof te Brussel: “De omstandigheid dat een werkgever publiekelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, hetgeen uiteraard voor bepaalde kandidaten een ernstige reden kan zijn om niet te solliciteren en dus een beletsel vormt voor hun toegang tot de arbeidsmarkt, vormt directe discriminatie bij aanwerving in de zin van richtlijn

2000/43. Het bestaan van een dergelijke directe discriminatie veronderstelt niet dat een klager kan worden geïdentificeerd die beweert het slachtoffer van zulke discriminatie te zijn geweest.”¹¹

In het hier besproken arrest oordeelt het arbeidshof dat er *in casu* geen reëel gevaar voor herhaling in een identieke situatie aannemelijk werd gemaakt. Specifiek voor de zaak *Feryn* was volgens het arbeidshof dat 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 [verzekeraar] elke situatie beoordeelt op basis van een persoonlijke vragenlijst*” (arrest Arbh., randnr. 20).

6. Het Hof van Cassatie doet in het arrest van 11 mei 2020 geen uitspraak over de interpretatie van voornoemd artikel 34 genderwet. Het Hof oordeelt enkel dat de beslissing van onontvankelijkheid van de vordering van het Instituut tot staking ten opzichte van niet-geïdentificeerde slachtoffers de bepaling van artikel 774, tweede lid Ger.W. schendt, omdat uit de stukken niet blijkt dat een van de partijen de exceptie heeft ingeroepen dat eiser artikel 34 genderwet omzeilt “door gevallen waarvan (hij) kennis heeft, voor te stellen als niet-geïdentificeerd”. Deze exceptie was opgeworpen in het advies van het Openbaar Ministerie en het arbeidshof had hierover geen heropening van het debat bevolen. Krachtens artikel 774, tweede lid Ger.W. moet de rechter de heropening van het debat bevelen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen. De mogelijkheid die de artikelen 766, § 1, vierde lid en 767, § 2 Ger.W. de partijen bieden om conclusies neer te leggen nadat de rechter de sluiting van het debat heeft uitgesproken en het Openbaar Ministerie zijn advies heeft gegeven, heeft naar het oordeel van het Hof van Cassatie uitsluitend betrekking op de inhoud van dat advies en houdt geen enkele afwijking in van de toepassing, door de rechter, van artikel 774, tweede lid Ger.W. Het Hof beslist dat de vernietiging van deze beslissing ook de vernietiging meebrengt van de beslissing over de vordering tot aanplakking en publicatie van het arrest.

7. Het arbeidshof te Gent, waarnaar de (beperkte) zaak werd verwezen, dient opnieuw uitspraak te doen over deze vordering van het Instituut ten voordele van niet-geïdentificeerde personen. Voor dit punt kan gewezen worden naar het arrest van het Hof van Cassatie van 11 juni 2018 (gewezen kort na het hier besproken arrest van het arbeidshof) over de ontvankelijkheidsvereiste in het kader van de algemene anti-

¹⁰. HvJ 10 juli 2008, C-54/07, *Feryn*, overw. 16, ECLI:EU:C:2008:397. Zie hierover ook L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 13.

¹¹. HvJ 10 juli 2008, C-54/07, *Feryn*, overw. 25.

discriminatiewet van 10 mei 2007.¹² Het Hof oordeelde in die zaak dat “uit de wetsgeschiedenis volgt dat de ontvanke-
lijkheidsvereiste van voormeld artikel 31, namelijk de
instemming van het slachtoffer, niet vereist is wanneer de
discriminatie een onbepaald aantal personen treft”.¹³

Voorts deed het arbeidshof te Brussel in een arrest van
6 september 2019 hierover uitspraak in een andere zaak
waarin een werknemer leed aan genderdysforie en de verze-
keraar weigerde een geslachtsveranderende ingreep te dek-
ken op basis van een collectieve beroepsgebonden hospitali-
satieverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering
waarin deze werknemer reeds verzekerde was. Opnieuw
oordeelde het arbeidshof te Brussel dat men artikel 34 gen-
derwet niet kan omzeilen door gevallen waarvan men kennis
heeft, voor te stellen als niet-geïdentificeerd en wijst het erop
dat in de zaak van het arrest van het Hof van Cassatie van
11 juni 2018 de anonimisering had plaatsgevonden alvorens

het dossier aan Unia werd overgemaakt. In deze zaak besloot
het arbeidshof dat het Instituut *in casu* het herhalingsgevaar
en de vermeende groepsdiscriminatie wel aannemelijk had
gemaakt doordat de briefwisseling van de verzekeraar dui-
delijk maakte dat de verzekeraar op geen enkele wijze gen-
derdysforie als ziekte wilde aanvaarden en hij op basis daar-
van geen dekking wou erkennen. Naar het oordeel van het
arbeidshof is deze vordering evenwel slechts gegrond nadat
andere niet-geïdentificeerde personen aan wie dekking is
geweigerd gediagnosticeerd zijn met genderdysforie, de
geslachtverandering voor hen een geschikte therapeutische
behandeling is en voor zover deze diagnose niet is tegenge-
sproken door een tegengestelde klinische diagnose van een
andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelde
arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke min-
nelijke expertise.¹⁴

3. BESTAAN VAN DISCRIMINATIE OP GROND VAN GESLACHT, GESLACHTSVERANDERING EN GENDERIDENTITEIT

8. De meest baanbrekende beslissing in het hier bespro-
ken arrest van het arbeidshof te Brussel is de beoordeling
van de vraag of de uitsluitingen die geformuleerd worden
door de hospitalisatieverzekeraar neerkomen op een discrimi-
natie op grond van geslacht, geslachtsverandering en gen-
deridentiteit.

De heftige discussie omtrent het verbod op het gebruik van
het criterium “geslacht” bij de bepaling van de premie in
levensverzekeringscontracten in het kader van de zaak *Test-
Aankoop* voor het Hof van Justitie zal weinigen ontgaan
zijn.¹⁵ In gevolge dit arrest is directe discriminatie op grond
van geslacht in alle verzekeringen verboden. In België gold
dit verbod voor onder meer hospitalisatieverzekeringen
reeds sinds de inwerkingtreding van de genderwet op 9 juni
2007.¹⁶

Het arbeidshof onderzoekt in het hier besproken arrest staps-
gewijze de toepassing van de genderwet.

9. Vooreerst stelt het arbeidshof vast dat de genderwet
van toepassing is omdat het een hospitalisatieverzekering
betreft die op grond van artikel 6, § 1, 4° en 5° *jo.* artikel 5,
16° genderwet een aanvullende regeling voor sociale zeker-
heid en arbeidsbetrekkingen is, daar mevrouw P. als extra-le-
gaal loonvoordeel aanspraak kon maken op deze hospitalisa-
tieverzekering die haar werd toegekend omwille van de
arbeidsbetrekking.¹⁷

10. Vervolgens stelt het hof dat krachtens artikel 4 gender-
wet zoals van toepassing in 2018 (omdat het verzekerings-
aanbod van 2013 aan mevrouw P. ongewijzigd bleef gelden)
een direct onderscheid op grond van geslachtsverandering,
genderidentiteit en genderexpressie gelijkgesteld wordt met

¹² Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS 30 mei 2007).

¹³ Cass. 11 juni 2018, *Soc.Kron.* 2018, 249, noot J. JACQMAIN, *RW* 2018-19, 1377. Zie over dit arrest ook L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrela-
ties 2.0*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 13, 60.

¹⁴ Arbh. Brussel 6 september 2019, AR 2018/CB/1, www.juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CTBRL:2019:ARR.20190906.6_NL.pdf en de Besch.
Voorz. Arbrb. Brussel (NL.) zetelend zoals in KG 23 april 2018, AR 17/510/A, [www.igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-23-
arbrb-brussel-trans-verzekering.pdf](http://www.igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-23-arbrb-brussel-trans-verzekering.pdf). Zie tevens L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 80, 66 en
76.

¹⁵ HvJ 1 maart 2011, C-236/09, *Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop VZW / Ministerraad*, *CML Rev.* 2011, afl. 6, 2041, noot C. TOBLER, *For.ass.*
2011, afl. 112, 69, noot P. DOYEN, *JT* 2011, afl. 6435, 342, noot Y. THIERY, *RGAR* 2011, afl. 4, nr. 14.739, noot P. MOUREAU, *RW* 2012-13 (weergave
C. VAN DE HEYNING), afl. 2, 76, *TBH* 2011 (weergave J.M. BINON), afl. 5, 503, *T.Verz.* 2011, afl. 2, 176, noot J. ANDRE-DUMONT; K. BYTTEBIER en T.
WERA, “Discriminatie in verzekeringen, m.i.v. discriminatie op basis van handicap en leeftijd”, *TPR* 2013, afl. 4, 2649-2704; C. VAN SCHOUWBROECK,
“Le droit des discriminations et les assurances: le monde après l’arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne du 1^{er} mars 2011” in S. V AN
DROOGHENBROECK et P. WAUTELET (eds.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d’actualité*, Commission Université-Palais Univer-
sité de Liège, vol. 137, Luik, Anthemis, 2012, 29-72.

¹⁶ Zie over de toepassing van de genderwet op alle private verzekeringen o.m. met verwijzingen Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen,
Intersentia, 2011, 134-135.

¹⁷ Cf. Arbh. Brussel 6 september 2019, AR 2018/CB/1, www.juportal.be/content/ECLI:BE:CTBRL:2019:ARR.20190906.6?HiLi=eNpLtkDKwqq4FAAZPAf4=.

een direct onderscheid op grond van geslacht.¹⁸ Gelet op het feit dat geslachtsverandering, genderidentiteit, genderexpressie beschermde discriminatiegronden zijn, biedt de genderwet dus een ruime wettelijke bescherming voor transgender personen.

11. Hierna volgt de toetsing aan het discriminatieverbod in artikel 19 *jo.* artikel 12 genderwet, waarin voorzien is dat elke vorm van discriminatie op grond van de beschermde criteria inzake aanvullende regeling voor sociale zekerheid verboden is. Onder “discriminatie” wordt overeenkomstig artikel 19 genderwet verstaan: directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie en seksuele intimidatie.

De genderwet hanteert een systeem van definities die naar elkaar doorverwijzen: overeenkomstig artikel 5, 6° verstaat men onder directe discriminatie een “direct onderscheid” op grond van het geslacht dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van Titel II van de genderwet. Artikel 5, 5° definieert een “direct onderscheid” als de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van het geslacht.¹⁹

12. Uit deze laatste definitie van “direct onderscheid” worden algemeen drie toepassingsvoorwaarden afgeleid, die ook helder door het arbeidshof worden weergegeven: er moet met name sprake zijn van een situatie waarin iemand *ongunstiger wordt behandeld* of zou worden behandeld (1) dan een ander in een *vergelijkbare situatie* (2) *op basis van* een beschermd criterium, *in casu* geslacht en dus bij uitbreiding op basis van geslachtsverandering of genderidentiteit

(3) (arrest Arbh., randnr. 25).²⁰ Het arbeidshof beoordeelt elk van deze toepassingsvoorwaarden afzonderlijk:

(1) *ongunstigere behandeling*: het arbeidshof stelt op zeer beknopte maar duidelijke wijze dat men “*moeilijk kan betwisten dat de uitsluiting voorgesteld door de hospitalisatieverzekeraar een voor mevrouw P. ongunstige behandeling is*” (arrest Arbh., randnr. 27). Het hof wijst erop dat de uitsluiting wegens genderdysforie “op een zeer ruime wijze wordt ingeroepen en tot een disproportionele toepassing leidt”, en verder gaat dan enkel de oorzaken en directe gevolgen van genderdysforie (arrest Arbh., randnr. 50).

(2) *vergelijkbaarheid*: ten tweede kan er maar sprake zijn van een direct onderscheid wanneer het slachtoffer van discriminatie benadeeld wordt ten opzichte van een andere persoon in een vergelijkbare situatie die echter geen drager is van de beschermde discriminatiegrond in kwestie. Het arbeidshof beslist dat mevrouw P. zich terecht vergelijkt met een niet-transgender persoon (zgn. cisgender persoon) die niet onderworpen werd aan een algemene en ruim geformuleerde uitsluitingsclausule. Het wijst er namelijk op dat door de geslachtsaanpassende behandeling in de periode 1994-1997 een einde gemaakt werd aan de genderdysforie. Bij de aanvraag tot aansluiting tot de hospitalisatieverzekering was er dus volgens het arbeidshof “*geen voorafbestaande toestand van genderdysforie, laat staan van een chronische ziekte, waarmee nuttige vergelijking kon worden gemaakt*” (arrest Arbh., randnr. 31).²¹ Met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie besluit het arbeidshof dat “*indien mevrouw P. van bij haar geboorte vrouw was geweest, er dan geen uitsluitingsvoorstel zou zijn geweest, zodat dit voorstel enkel teruggaat naar de geslachtsverandering en de genderidentiteit*” (arrest Arbh., randnr. 35).

^{18.} Het huidige art. 4 genderwet bepaalt (inwerkingtreding 9 maart 2020): “Art. 4. § 1. Voor de toepassing van deze wet wordt een direct onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling, het geven van borstvoeding, moederschap, adoptie of medisch begeleide voortplanting gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.

§ 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, genderexpressie of sekse-kenmerken gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.

§ 4. Voor de toepassing van deze wet wordt een direct onderscheid op grond van vader- of meemoederschap gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.”

Art. 4, § 3 genderwet, dat bepaalt dat een direct onderscheid op basis van genderidentiteit, genderexpressie en sekse-expressie gelijkgesteld wordt met een direct onderscheid op basis van geslacht, werd ingevoegd bij de wet van 22 mei 2014 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie (BS 24 juli 2014).

Bij wet van 4 februari 2020 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat het discriminatieverbod op vaderschap of meemoederschap betreft (BS 28 februari 2020) zijn de woorden “genderidentiteit of genderexpressie” vervangen door de woorden “genderidentiteit, genderexpressie of sekse-kenmerken”.

“Geslachtsverandering” (art. 4, § 2 genderwet) was van bij aanvang een beschermd criterium in het kader van de genderwet.

^{19.} Vgl. met een “indirect onderscheid” gedefinieerd in art. 5, 7° genderwet: “de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen”. Indirecte discriminatie is dan een indirect onderscheid op grond van het geslacht dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van Titel II van de genderwet (art. 5, 8°).

^{20.} Zie over deze drie vereisten o.m. C. BAYART en C. DEITEREN, “Direct en indirect onderscheid” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 184-216; Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 281-306, 316-318.

^{21.} De hospitalisatieverzekeraar had geargumenteed dat vergelijking gemaakt moest worden met een andere persoon met een “chronische ziekte”. Het arbeidshof stelt evenwel dat een geslachtsverandering niet leidt tot een chronische ziekte, maar daarentegen “gelijkgesteld moet worden met een verschil in geslacht”. Men kan volgens het hof “bezawaarlijk beweren dat de verschillen tussen man en vrouw een chronische ziekte zouden generen” (arrest Arbh., randnr. 29).

(3) *causaliteit*: ten derde is vereist dat er sprake is van een ongunstigere behandeling *op grond* van een beschermde discriminatiegrond. Er moet dus een oorzakelijk verband zijn tussen het beschermde criterium en de benadeling, of met andere woorden de oorzaak of de reden voor de ongunstigere benadeling moet liggen in het beschermde criterium. Wanneer daarentegen kan worden aangetoond dat de ongunstigere behandeling gebaseerd is op een andere reden dan de beschermde criteria, wordt het vereiste oorzakelijk verband weerlegd en is er geen sprake van een direct onderscheid.²² Het arbeidshof oordeelt dat “*door de verwijzing naar de geslachtsveranderende operatie en de daaraan voorafgaande genderdysforie*”, de verzekeraar de ongunstigere behandeling op een verboden criterium gesteund heeft. In antwoord op de verzekeraar stelt het hof bovendien dat de medische bevindingen van de artsen van mevrouw P. er precies op duiden dat er geen voorafbestaande toestand meer bestond op het moment van het voorstel tot verzekering en er geen nazorg voor genderdysforie nodig was, en dit omwille van de geslachtsoperatie van mevrouw P. (arrest Arbh., randnr. 36-37).²³

13. Eens vaststaat dat er sprake is van een direct onderscheid, dient te worden nagegaan of dit onderscheid gerechtvaardigd kan worden. Kan dat niet, dan is er sprake van een verboden directe discriminatie op grond van geslacht. Het arbeidshof bespreekt de mogelijke rechtvaardigingsgronden die van toepassing zouden kunnen zijn in dit geschil²⁴, en komt tot de conclusie dat *in casu* enkel artikel 18 genderwet onderzocht moet worden, nl. dat een direct of indirect onderscheid op grond van geslacht nooit aanleiding geeft tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door de wet wanneer dit onderscheid “wordt opgelegd door of krachtens een wet”.²⁵ De hospitalisatieverzekeraar argumenteerde op basis van artikel 18 genderwet dat de uitsluiting in het voorstel tot verzekering steunde op een “zekere gebeurtenis”, die het bestaan van het risico teniet zou doen, en dit terwijl het bestaan van een “onzekere gebeurtenis” een essentieel onderdeel is van elke verzekeringsovereenkomst²⁶ en dat hij handelde op basis van artikel 206 W.Verz. (arrest Arbh., randnr. 39).

14. Het arbeidshof wijst er allereerst op dat de regeling van artikel 206 W.Verz. betreffende de uitsluiting van kosten die verband houden met een chronische ziekte of handicap niet van toepassing is op de *in casu* betrokken *beroepsgebonden* ziekteverzekering (arrest Arbh., randnr. 40). Vervolgens merkt het op dat de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen zelf uitdrukkelijk het belang van de naleving van de antidiscriminatiewetgeving benadrukt, bijvoorbeeld bij de bepalingen inzake segmentatie in de artikelen 42 *et seq.* W.Verz. Het hof verwijst hiervoor uitgebreid naar de parlementaire voorbereiding van deze bepalingen, alsook die van de wet landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 (arrest Arbh., randnr. 41-45). Het arbeidshof besluit dat bij de toepassing van de verzekeringwetgeving de bepalingen van de genderwet in acht moeten worden genomen.

15. Het hof geeft daarbij evenwel ook aan dat de toepasselbaarheid van de antidiscriminatiewetgeving er niets aan afdoet dat men ook “binnen de contouren van de verzekeringwet moet blijven”, en dat beide wetgevingen elkaar aanvullen. Het arbeidshof gaat in dit verband nader in op de argumentatie van de verzekeraar dat de genderwet maar zou kunnen worden toegepast in zoverre een “onzekere gebeurtenis” verzekerd wordt, zoals vereist door artikel 5, 14° W.Verz. Het arbeidshof wijst deze echter af: “*Ongeacht het verbod om op geslachtsverandering te discrimineren kan hierbij teruggerepen worden naar wat gezegd werd in (...). Door de operatie bestond er geen genderdysforie, zodat men onmogelijk het bestaan ervan als zekere gebeurtenis kan voorstellen. Hierdoor steunde de wel zeer ruime uitsluiting wel degelijk op een onzekere gebeurtenis en had ze betrekking op een aleatoire of onzekere toestand.*” (arrest Arbh., randnr. 46 en 48).

16. Gelet op het feit dat voldaan is aan de voorwaarden van een direct onderscheid in de zin van de genderwet, dat *in casu* niet gerechtvaardigd kan worden, is er sprake van een verboden directe discriminatie op grond van geslacht. Derhalve beslist het arbeidshof dat de eerste rechter de vordering van mevrouw P. en het Instituut terecht gegrond verklaard

²² Zie o.m. Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 301 *et seq.*

²³ Arbh. Brussel 6 september 2019, AR 2018/CB/1, www.juportal.be/content/ECLI:BE:CTBRL:2019:ARR.20190906.6?HiLi=eNpLdKwqq4FAAZPAf4=: discriminatie op basis van geslacht wegens de dekkingsweigering op basis van een hospitalisatie- en arbeidsongeschiktheidsverzekering van de ondergane geslachtsveranderende medische ingreep wegens genderdysforie.

²⁴ De toepasselijke rechtvaardigingsgronden voor een direct onderscheid zijn afhankelijk van de materie waarbinnen de discriminatie kadert, namelijk bv. “goederen en diensten”, “aanvullende regelingen voor sociale zekerheid” en “arbeidsbetrekkingen”. Voor deze materies gelden verschillende rechtvaardigingsgronden, zie hierover o.m. S. SOTTIAUX, “De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 227-256; Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 337 *et seq.*

²⁵ Zie hierover specifiek in de context van verzekeringen o.m. L. SOMMERIJNS, “Discriminatie in aanvullende WAP-pensioenstelsels”, *TSR* 2009, 165-166 en Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 153-154, die beiden de vrij beperkte draagwijdte van art. 18 genderwet benadrukken: hiermee wordt alleen verwezen naar een onderscheid dat “opgelegd” wordt door of krachtens een wet. “*Onderscheiden die men kan ‘verdedigen op grond van een wet’ of onderscheiden die niet verboden zijn door een wet of zelfs toegelaten zijn door een wet zonder ‘opgelegd’ te zijn, vallen m.i. niet onder de bescherming van de vrijwaringsclausule.*” L. SOMMERIJNS, “Discriminatie in aanvullende WAP-pensioenstelsels”, *TSR* 2009, 165.

²⁶ Krachtens art. 79 W.Verz. is de verzekering nietig wanneer bij het sluiten van de overeenkomst het risico niet bestaat of reeds verwezenlijk is.

heeft 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 (arrest Arbh., randnr. 52).

4. SANCTIES VAN AANPLAKKING EN SCHADEVERGOEDING VOOR HET SLACHTOFFER VAN DISCRIMINATIE

17. Een derde belangrijk element betreft de door het arbeidshof opgelegde sancties. In de bestreden beschikking van 6 september 2016 werd de aanplakking van de beschikking, evenals de publicatie in 4 kranten bevolen onder verbeurte van een dwangsom van 500 EUR per dag vertraging bij niet-uitvoering binnen 14 dagen na de betekening.

Wat betreft de aanplakking en publicatie, zoals voorzien in artikel 25, § 3 genderwet, wijst het arbeidshof erop dat in de *memorie van toelichting* wordt toegelicht dat deze maatregelen van openbaarmaking slechts mogen worden opgelegd indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophoudt en de bekendmaking als sanctiemechanisme eerder een remediërend dan een repressief karakter heeft. Het arbeidshof oordeelt dat de staking van de uitsluiting van mevrouw P. de overtreding volledig zal doen ophouden. Een bijkomende publicatie en aanplakking biedt dan, volgens het hof, geen remediërende meerwaarde omdat de verzekeraar bij het nemen van de beslissing inzake mevrouw P. uitgegaan is van een individuele vragenlijst en geenszins van een publieke formulering of positionering (arrest Arbh., randnr. 54).

18. Tot slot doet het Arbeidshof uitspraak over de in eerste aanleg aan mevrouw P. toegekende forfaitaire schadevergoeding ten bedrage van 56.276,37 EUR voor morele en materiële schade, die overeenstemt met 6 maanden bruto beloning. Artikel 25, § 2 genderwet bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank, op vraag van het slachtoffer, de in artikel 23, § 2 genderwet bedoelde forfaitaire schadevergoeding aan het slachtoffer kan toekennen.²⁷ Bedoeld artikel 23, § 2 genderwet bepaalt echter dat deze forfaitaire schadevergoeding op twee wijzen kan worden bepaald:

“1° met uitzondering van het hierna bedoelde geval, wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, bepaald op 650 EUR; dat bedrag wordt verhoogd tot 1.300 EUR indien de dader niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade;

2° 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, tenzij de werkgever aantoonst dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning; 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.”

Mevrouw P. vorderde schadevergoeding op basis van artikel 23, § 2, 2° genderwet doch het arbeidshof kent haar provisioneel de forfaitaire schadevergoeding van 1.300 EUR voor morele schade toe (te vermeerderen met de vergoedende interest) en maakt voorbehoud voor materiële schade te vorderen bij de rechter ten gronde, wegens de beperkte bevoegdheid van de voorzitter zetelend zoals in kort geding om uitspraak te doen over de nietigheidssanctie (arrest Arbh., randnrs. 57-60).²⁸

19. Tegen deze beslissing stelt mevrouw P. een voorziening in bij het Hof van Cassatie. In het reeds vermelde en elders in dit nummer gepubliceerde arrest van 11 mei 2020 oordeelt dit Hof, in tegenstelling tot wat door mevrouw P. en het Instituut werd ingeroepen, dat uit de artikelen 23 en 25 genderwet volgt dat de forfaitaire vergoeding bepaald in artikel 23, § 2, 2° (ten bedrage van 6 maanden brutoloon) *“slechts van toepassing is in geval van vorderingen tegen de werkgever. In alle andere gevallen is de forfaitaire vergoeding zoals bepaald in artikel 23, § 2, 1° genderwet van toepassing”*. Nu de vordering van mevrouw P. niet tegen haar werkgever maar tegen de hospitalisatieverzekeraar gericht was, kan naar het oordeel van het Hof van Cassatie het middel dat aanvoert dat het arrest van het arbeidshof artikel 23, § 2, 2° genderwet schendt, niet worden aangenomen. Deze

²⁷. Art. 23, § 1 genderwet bepaalt: *“In geval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig, het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.”*

²⁸. Arbh. Brussel 6 september 2019, AR 2018/CB/1, www.juportal.be/content/ECLI:BE:CTBRL:2019:ARR.20190906.6?HiLi=eNpLtiDKwqq4FAAZPAf4 oordeelde in de zaak betreffende de weigering van dekking op basis van een collectieve hospitalisatie- en arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten door de werkgever dat art. 23, § 2, 2° genderwet wel van toepassing is op een derde, andere dan de werkgever.

beslissing kan toch opmerkelijk genoemd worden, gelet op het feit dat artikel 23, § 2, 2° genderwet betrekking heeft op de forfaitaire vergoeding wegens “discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid”, zonder daarbij te voorzien dat de bepaling beperkt is tot vorderingen tegen de werkgever. *In casu* werd immers de hospitalisatieverzekering waarop

mevrouw P. aanspraak maakte als een “extralegaal loonvoordeel” beoordeeld door het arbeidshof, en bijgevolg als een aanvullende regeling voor sociale zekerheid en werd dit loonvoordeel haar toegekend om reden van haar arbeidsbetrekkingen in de zin van de genderwet (arrest Arbh., randnr. 22).