

Actuele problemen inzake de schuldsaldoverzekering: de eeuwige spanning tussen segmentatie en discriminatie

Nick Portugaels

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Britt Weyts en Mevr. Daily Wuyts

1. INLEIDING: AFBAKENING EN PROBLEEMSTELLING

Bij het toestaan van een hypothecaire lening stellen banken vaak een schuldsaldoverzekering als noodzakelijke voorwaarde. Een schuldsaldoverzekering is een tijdelijke overlijdensverzekering met afnemend kapitaal. Haar duurtijd is beperkt tot de looptijd van het hypothecair krediet en het verschuldigde saldo vermindert jaarlijks.¹ Ofschoon de schuldsaldoverzekering geenszins een wettelijk verplichte verzekering is, maakt het aangaan ervan *de facto* daarentegen veeleer de regel dan de uitzondering uit, waarbij de kredietverstrekker vaak ook optreedt als verzekeraar.² Concreet houdt dit in dat de bank aan degene die om een hypothecair krediet verzoekt vraagt dat men eerst een schuldsaldoverzekering sluit. Indien degene die het hypothecair krediet verkrijgt vervolgens vroegtijdig (lees: voordat het volledige krediet is terugbetaald) overlijdt, zal de schuldsaldoverzekeraar instaan voor het openstaande krediet saldo.

De achterliggende idee van deze constructie is in vele gevallen tweeledig.³ Enerzijds zullen de erfgenamen van de overledene kunnen beschikken over een vrij en onbelast onroerend goed, de verzekeraar zal immers instaan om het openstaande saldo dat bestond uit hoofde van het krediet te voldoen. Anderzijds hangen hier ook enkele belangrijke voordelen aan vast voor de kredietverstrekker zelf. Wat de gedwongen verkoop uiteindelijk effectief oplevert, is immers in vele gevallen onzeker. Ook de bank heeft met andere woorden baat bij een schuldsaldoverzekering, daar deze dan zeker is dat men

¹ S. FREDERICQ, *Handboek Belgisch handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1944, nr. 1270.

² “Overlijdensverzekeringen”, *De Standaard* 7 mei 2007 en “Lening en verzekering bij dezelfde bank?”, *De Standaard* 24 februari 2010.

³ P. COLLE, *Handboek Bijzonder gereguleerde Verzekeringscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 267 – 268.

voldoende geld zal ontvangen indien de kredietnemer overlijdt voordat het krediet volledig is terugbetaald.⁴

Indien men geen schuldsaldoverzekering kan sluiten, heeft dit mogelijk versprekkende gevolgen, vooral op maatschappelijk vlak. Het niet kunnen sluiten van een schuldsaldoverzekering zal vaak leiden tot het niet krijgen van een hypothecair krediet, of tot ongunstigere voorwaarden. De eventuele afwezigheid van dit krediet brengt dan weer met zich mee dat men zich geen eigendom zal kunnen aanschaffen. Het verkrijgen van een schuldsaldoverzekering is voor sommige individuen geen sinecure.⁵ Meer bepaald zijn het personen die lijden aan een bepaalde, vaak chronische ziekte die dikwijls moeilijkheden ondervinden bij het verkrijgen van dergelijke verzekering en dus niet kunnen genieten van de geneugten van de schuldsaldoverzekering. Dit brengt ons dan ook bij een noodzakelijk onderzoek van de regelgeving inzake het leerstuk van de discriminatie. Het discriminatiebeginsel verplicht om ‘gelijke of vergelijkbare gevallen gelijk te behandelen en ongelijke gevallen ongelijk te behandelen’, maar de techniek van het verzekeren berust juist grotendeels op het onderscheid maken tussen verschillende risico’s.⁶ Het verzekeringsbedrijf werkt immers per definitie op basis van het maken van onderscheid.

Deze vaststelling wordt eveneens door enkele belangrijke institutionele spelers gemaakt. Ook onze wetgever is zich sinds enige tijd bewust van deze concrete problematiek.⁷ In 2008 werden in de Kamer van volksvertegenwoordigers reeds enkele vragen aan de bevoegde minister ter zake gesteld.⁸ Deze stelde dat “mensen met een chronische ziekte of mensen die van een chronische ziekte zoals kanker zijn genezen, het moeilijk hebben om een schuldsaldoverzekering te vinden. Vaak is de premie die wordt gevraagd beduidend hoger dan in een normale situatie. Soms worden zij ook geweigerd.” De Ombudsman voor de verzekering drukte ook zijn zorgen uit.⁹ Op 29 april 2008 drong deze aan op de oprichting van een tarifieringsbureau voor schuldsaldoverzekeringen. Deze stelde dat ‘er tenminste aan een oplossing moeten gewerkt worden die iedereen, onder objectieve voorwaarden, toegang geeft tot dit soort verzekering’.¹⁰

⁴ J. J. COUTURIER, B. PEETERS en N. PLETS, *Belgisch Belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2012, 323.

⁵ D. MUSSCHOOT, “Eens kankerpatiënt, altijd kankerpatiënt”, *De Standaard* 27 mei 2008 en “Test-Aankoop neemt het op voor diabetici met hoge verzekeringspremies”, *De Standaard* 26 augustus 2009.

⁶ H. COUSY, “De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering” in E. DIRIX, P. SENAEVE, W. PINTENS (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, nr. 3.

⁷ Zie: *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-1977/001, 3.

⁸ Integraal Verslag met vertaald beknopt verslag van de toespraken, Commissie voor Financiën & Begroting, 3 juni 2008.

⁹ Zie ook: *Cijfers en Analyse 2010*, Ombudsman van de verzekeringen, te consulteren op http://www.ombudsman.as/nl/documents/Rapport_Ombudsman_2010.pdf, 41.

¹⁰ “Tarifieringsbureau voor schuldsaldoverzekeringen?”, *De Standaard* 30 april 2008.

De beschreven problematiek kan in wezen worden teruggebracht tot een transversale discussie in het verzekeringsrecht, te weten die van het onderscheid tussen discriminatie en differentiatie. De verzekeraar beweegt zich hier steeds op een slappe koord. Mijn betrachting is dan ook om hier wat duidelijkheid over te scheppen op het vlak van de schuldsaldoverzekering. Inzonderheid zal onderzocht worden in hoeverre het geslacht en een slechte gezondheid als onderscheidende elementen kunnen meespelen.

2. SEGMENTERINGSBELEID IN VERZEKERINGEN: GRONDSLAGEN

Het was reeds Aristoteles die uiting gaf aan wat wij vandaag kennen als het juridische gelijkheidsbeginsel.¹¹ Het juridische gelijkheidsbeginsel streeft naar een gelijke behandeling van gelijke of vergelijkbare gevallen en een ongelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen.¹² Dit gelijkheidsbeginsel geeft echter gezinszins aan wat daadwerkelijk als zogenaamde vergelijkbare gevallen moet worden opgevat, noch of deze gevallen even goed of even slecht moeten worden behandeld. Daardoor duiden sommigen het aan als een ‘lege huls’¹³. Het discriminatieverbod is aldus een “open norm”, en moet in die zin worden opgevat als een denkkader.¹⁴ Het wordt ook omschreven als grotendeels een ethisch concept.¹⁵

Het streven naar actuariële *fairness*¹⁶ vertrekt vanuit dezelfde stelling. In dit hoofdstuk zal de techniek van het segmenteren worden onderzocht, als instrument van de actuariële *fairness*. Een belangrijke overweging die in dit opzicht moet worden gemaakt, is de vraag hoe ver de vrijheid van de verzekeraar reikt bij het hanteren van de techniek van segmentering. In dit opzicht verdienen ook de vragen ‘Bestaat er een recht op een schuldsaldoverzekering?’¹⁷ of ‘Moet aan de contract- en ondernemingsvrijheid

¹¹ P. WESTEN, “The empty idea of equality”, *Harvard Law Review* 1982, alf. 95, 543 met verwijzing naar Aristoteles; “Ethica Nicomachea”, V.3.1131a6-1131b2 en Aristoteles, “Metaphysica”, I.5.1055b-1056b.

¹² Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 3.

¹³ J.H. ELY, *Democracy and distrust – a theory of judicial review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, 32.

¹⁴ J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 87-88.

¹⁵ C. VAN SCHOURBOECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in Verzekeringen”, in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 151.

¹⁶ Zie *infra*.

¹⁷ W. DEVROE, “‘Universele dienstverlening’ als grens aan risicoselectie” in H. COUSY, C. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen, Maklu, 1998, 311.

van de verzekeraar het meeste gewicht worden gegeven?¹⁸ voldoende aandacht. Dit onderzoek moet binnen de zoektocht naar een evenwicht tussen deze twee belangen worden gekaderd.

De techniek van het verzekeren moet tegemoet komen aan de noden van de maatschappij om zich te beschermen tegen toekomstige, onverwachte gebeurtenissen die schade kunnen veroorzaken aan het vermogen van een bepaald individu. Dit individu kan alternatieve preventieve maatregelen nemen. In het licht van deze thesis zal enkel de techniek van het verzekeren worden onderzocht. Deze techniek berust op een spreiding van risico's gedurende een bepaalde tijdspanne, tussen personen met een gelijkaardig risico. Om deze gelijkaardige risico's te kunnen vaststellen worden personen onderverdeeld in verschillende risicogroepen, op basis van pertinente criteria. Iedereen betaalt dan mee voor eventuele schadegevallen die zich zullen voordoen, maar de bijdragen van de personen in de groep zijn beperkt.¹⁹ Deze laatste overweging maakt de noodzaak van het gebruik van de techniek van segmentering duidelijk.

2.1. CONTRACTSVRIJHEID ALS INSTRUMENT VOOR INFORMATIEVERSCHAFFING

Het beginsel van de contractvrijheid vormt in ons rechtstelsel een van de grondslagen van het contractenrecht²⁰ en wordt het zowel op nationaal als op Europees vlak gezien als een algemeen rechtsbeginsel.²¹ Deze vrijheid van

¹⁸ A. DE BOECK, "Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?" in X. (ed.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 424.

¹⁹ Y. THIERY en C. VAN SCHOUBROECK, "De juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen", in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 169-170.

²⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 437-438; A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 104, E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, 54 en A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, "Contractvrijheid, contractweigerings en antidiscriminatie" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008 – XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 441.

²¹ Dit beginsel is niet *expressis verbis* erkend in de Belgische Grondwet, noch in een door België goedgekeurd internationaal Verdrag of een gewone wet. Zie: Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 539; P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen" in 9^{de} VRG-Alumniidag. *Recht in beweging. 15 maart 2002*, Leuven, KUL, Rechtsfaculteit, 2002, 37; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, nr. 463ter, 448; J. NEUNER, "Protection against discrimination in European Contract Law", *European review of Contract Law 2006*, afl. 1, 38, met verwijzing naar HvJ 5 oktober 1999, Spanje/Commissie, C240/97, *Jur.* 1999, I-6571, ov. 99. Daarenboven kan tevens worden opgemerkt dat art. 1:102 van de *Principles of European Contract Law* wel uitdrukkelijk

contracteren heeft traditioneel betrekking op drie elementen: (i) de vrijheid om al dan niet overeenkomsten aan te gaan, (ii) de vrijheid om overeenkomsten aan te gaan met wie men wil en (iii) na onderling akkoord met de andere contractant de inhoud, werking en vorm van de overeenkomst te bepalen.

Toegepast op het verzekeringsbedrijf houdt deze vrijheid in dat een schuldsaldoverzekeraar autonoom kan beslissen of hij het risico al dan niet zal verzekeren en zo ja, welke premie de verzekeringnemer daarvoor moet betalen.²² Deze vrijheid heeft ook betrekking op de voorwaarden waartegen een eventuele schuldsaldoverzekering wordt toegekend. Het behoort dus tot de grondslagen van de verzekeringsverrichting dat de verzekeraar autonoom beslist voor welke risico's hij bereid is dekking te verlenen.²³ Het voeren van een eigen segmenteringsbeleid is net ingebed in de contractsvrijheid van de verzekeraar. Al dit speelt zich wel af binnen de wettelijke grenzen opgelegd door de WLVO.²⁴

2.1.1. *Het risico als constitutief bestanddeel van de verzekeringsovereenkomst*

Het is van fundamenteel belang voor de verzekeraars om voldoende aandacht aan de risicobeoordeling van kandidaat-verzekeringnemers te besteden.²⁵ Aangezien er in principe een algehele contractvrijheid geldt, staat het de verzekeraar vrij bepaalde gegevens op te vragen vooraleer deze zal overgaan tot het daadwerkelijk verzekeren van bepaalde risico's. De verzekeraar zal dan trachten om, op basis van de verzamelde informatie, de waarschijnlijkheid van de realisatie van het risico te berekenen en in functie hiervan een premie vast te stellen.

Het risico is de onzekere gebeurtenis waaruit het schadegeval ontstaat.²⁶ Bij gebrek aan een wettelijke definitie, heeft de rechtsleer dit omschreven als 'de mogelijkheid dat er zich een onzekere gebeurtenis voordoet die niet exclusief afhankelijk is van de wil van de partijen en waaraan de verplichting is verbonden voor de verzekeraar om de bedongen contractuele prestatie uit te voeren'.²⁷ Deze onzekerheid kan dan betrekking hebben op de gebeurtenis zelf dan wel op het ogenblik waarop de gebeurtenis zich zal voordoen.²⁸

gewag maakt van de contractvrijheid als basisbeginsel Zie: H.N. SCHELHAAS, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 567 p.

²² B. WEYTS, "Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet", *NJW* 2004, afl. 85, 1083.

²³ H. COUSY, "De contractsvrijheid op proef gesteld. Van verplichte verzekering naar een recht op verzekering" in E. DIRIX, P. SENAËVE, W. PINTENS (eds.), *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, nr. 3.

²⁴ Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *BS* 20 augustus 1992.

²⁵ B. WEYTS, "Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet", *NJW* 2004, afl. 85, 1082.

²⁶ P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 5 en V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1996, nrs. 98 e.v.

²⁷ L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2008, 20; F. PONET, P. RUBENS en W. VERHEES, *De landverzekeringsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 14. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in art. 1, A en 97 WLVO.

²⁸ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1965, nr. 2413.

a. De schuldsaldoverzekering: begripsbepaling en toepasselijke regelgeving

Een schuldsaldoverzekering is een tijdelijke overlijdensverzekering, met afnemend kapitaal. Een overlijdensverzekering is een van de drie grote types van levensverzekeringen, waarbij het verzekerde risico de dood van de verzekerde is. Deze overlijdensverzekering moet immers onderscheiden worden van de verzekeringen bij leven.²⁹ Hier is de verzekeraar gehouden tot het leveren van een prestatie als de verzekerde op een bepaald ogenblik nog in leven is. Het moge duidelijk zijn dat deze verzekering eigenlijk een vorm van belegging uitmaakt, daar ze dient om de eigen financiële positie te verstevigen. Daarnaast zijn er ook nog de zogenaamde gemengde verzekeringen.³⁰ In dit geval moet de verzekeraar een kapitaal of een rente uitbetalen aan de verzekerde indien deze nog in leven is op een bepaald tijdstip. Indien de verzekerde vroeger overlijdt, zal het kapitaal of de rente moeten worden uitbetaald aan de begunstigde. De verzekeraar zal dus sowieso tot prestatie gehouden zijn, hij weet alleen niet wanneer.

Een overlijdensverzekering wordt veelal gesloten als ‘voorzorgsdaad’ van de verzekeringnemer³¹, die de begunstigde een kapitaal of rente wilt verschaffen ten einde zijn levensonderhoud veilig te stellen na het overlijden van de verzekerde. Reeds van oudsher werd gedacht aan financiële technieken om bescherming te bieden tegen de gevolgen van vroegtijdig overlijden of tegen de gevolgen van lang te leven.³² In het geval van een schuldsaldoverzekering is de verzekeraar slechts gehouden tot prestatie indien de verzekerde overlijdt tijdens een periode die uitdrukkelijk in de polis is voorzien. Deze periode komt bij een schuldsaldoverzekering veelal overeen met (een deel van) de periode van de looptijd van het hypothecair krediet. Wanneer de verzekeringnemer na afloop van deze contractueel bedongen periode overlijdt, is er niets verschuldigd.³³

De levensverzekering wordt beheerst door de WLVO³⁴, meer bepaald door: (i) de bepalingen die toepasselijk zijn op alle soorten overeenkomsten (artt. 1–36 en 139–140 WLVO), (ii) de bepalingen die gemeenschappelijk zijn aan alle persoonsverzekeringen (artt. 94–96 WLVO) en (iii) de bepalingen die eigen zijn aan de levensverzekeringsovereenkomsten (artt. 97–135 WLVO). Tevens vindt ook specifieke regelgeving toepassing, zoals het zogenaamde ‘KB

²⁹ P. COLLE, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 263 – 266.

³⁰ P. COLLE, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen; Intersentia, 2010, 266.

³¹ P. COLLE, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 261.

³² L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 547.

³³ J. ERNAULT, *Droit de l'assurance vie*, Brussel, Bruylant, 1987, nr. 30.

³⁴. Behoudens specifieke afwijkingen: art. 25 WLVO; art. 26 WLVO; art. 30 WLVO; art. 31 WLVO; art. 32 WLVO; art. 33 WLVO; art. 99 WLVO en art. 104 WLVO.

Leven³⁵. Op Europeesrechtelijk gebied wordt deze materie geregeld door vier richtlijnen. De meest recente Richtlijn omvat de drie eerdere richtlijnen^{36, 37}. Het gaat dan om de richtlijn van het Europese Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (2002/83/EG).³⁸

b. Risicofactoren: art. 5 WLVO en vragenlijsten

Aangezien het voor de verzekeraars geen sinecure is om van de kandidaat-verzekeringnemers alle relevante informatie los te weken, is de wetgever hen ter hulp gesprongen. Krachtens art. 5 van de WLVO rust op de kandidaat-verzekeringnemer immers een plicht om alle hem bekende omstandigheden nauwkeurig mee te delen die hij redelijkerwijs moet beschouwen als gegevens die van invloed zijn op de beoordeling van het risico door de verzekeraar. Het gaat hier om een spontane en volledige mededelingsplicht.³⁹ 'Spontaan' houdt in dat het initiatief niet van de verzekeraar moet uitgaan. Daarenboven rust er op de verzekeraar geen verificatieplicht.⁴⁰ De wetgever heeft ook specifieke sancties opgelegd aan de verzekeringnemer indien deze in gebreke blijft.⁴¹ Deze spontane mededelingsplicht belet de verzekeraar echter niet om de kandidaat-verzekeringnemer een vragenlijst voor te leggen, hoewel dit geenszins verplicht is.⁴² In dit geval zal het de verzekeraar zijn die actief peilt naar gegevens die hij belangrijk acht. Hoewel de vragenlijst in beginsel de verzekeringnemer niet bevrijdt van zijn spontane en volledige mededelingsplicht,⁴³ kan wel een verschuiving in de rechtspraak worden opgemerkt. Indien de verzekeraar er zelf voor kiest om te werken met een

³⁵ KB 17 december 1992 betreffende de levensverzekeringsactiviteit, *BS* 31 december 1992.

³⁶ Eerste Richtlijn Levensverzekering (79/267/EEG) van 5 maart tot coördinatie van de wettelijke en de bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf en de uitoefening daarvan, *PB. L.* 13 maart 1979, 63; Tweede Richtlijn van de Raad van 8 november 1990 (90/619/EEG) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf, tot vaststelling van de bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van de richtlijn 79/267/EEG, *PB. L.* 29 november 1990, 330 en Derde Richtlijn van de Raad van 10 november 1992 (92/96/EEG) tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG, *PB. L.* 19 december 2002, 345.

³⁷ L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 525.

³⁸ *PB. L.* 19 december 2002, 345.

³⁹ Brussel 4 oktober 1994, *RGAR* 1995, 12479; Rb. Brugge 22 november 1999, *RW* 2000-01, 916; J.L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres* in C. JASSOGNE (ed.), *Traité pratique de droit commercial*, T3, Diegem, Story-Scientia, 1998, nr. 81.

⁴⁰ Bergen 7 januari 1987, *JLMB* 1987, 730; Luik 9 september 1997, *JLMB* 1998, 554; Gent 13 februari 2003, *TBH* 2005, 864; Rb. Charleroi 6 december 2001, *De Verz.* 2002, 356; Pol. Verviers 24 juni 1999, *A.R.* nr. 118/98.

⁴¹ Art. 6 WLVO behandelt de gevolgen van een opzettelijk onjuiste opgave van het risico en art. 7 WLVO behandelt de gevolgen van een onopzettelijk onjuiste weergave van het risico.

⁴² F. PONET, P. RUBENS en W. VERHEES, *De landverzekeringsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 14.

⁴³ P. COLLE, *Handboek bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 305.

vragenlijst, dan legt de rechtspraak een deel van de verantwoordelijkheid bij die verzekeraar zelf.⁴⁴ In dit opzicht kan tevens worden opgemerkt dat de verzekeraar zelf het initiatief moet nemen om kennis te krijgen van gegevens waaraan hij belang acht.⁴⁵ Deze verschuiving kan ook niet te ver worden doorgetrokken. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat het niet behoorde tot de plicht van de verzekeraar om de dagbladen na te gaan om op die manier op de hoogte te zijn van een eerder hartfalen van een verzekeringnemer, daar die als antwoord op de vragenlijst had verklaard niet langer dan 4 weken arbeidsongeschikt te zijn geweest.⁴⁶ Veel hangt natuurlijk af van hoe specifiek die vragenlijst al dan niet is. Daarenboven is er, op het einde van de vragenlijsten, vaak een open vraag. De bewijslast verschuift dan ‘terug’ naar de verzekeringnemer, zoals art. 5 WLVO oorspronkelijk ook beoogde. Art. 5 WLVO bepaalt daarnaast tevens uitdrukkelijk dat de verzekeraar niet mag peilen naar genetische informatie.

Vragen zoals ‘Hebt u tabak of andere nicotine gebruikt onder welke vorm dan ook?’, ‘Beoefent de verzekerde een of meer sporten?’ of ‘Gebruikt u alcoholische dranken?’ zijn manieren voor de verzekeraar om te peilen naar de levensstijl van de kandidaat-verzekeringnemer. Alle gegevens die worden verstrekt door de kandidaat-verzekeringnemer of die worden gevraagd door de verzekeraar, worden vervolgens verzameld. Op basis van die informatie zal de verzekeraar de kans van het intreden van het risico berekenen. Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen de verschillende risicoprofielen. Alle informatie wordt verwerkt door zogenaamde actuarissen. Deze gaan volgens de wetten van de statistiek de kans van de verwezenlijking van het risico berekenen.⁴⁷

2.1.2. Beperkingen opgelegd aan het beginsel van de contractvrijheid

Op het vlak van de inhoud van de verzekeringsovereenkomsten kan er gewag worden gemaakt van dwingende wetgeving en van dwingende minimumgaranties. Dit is een belangrijke beperking die aan de verzekeraars wordt opgelegd; de wetgever zal in bepaalde gevallen bepalen wat wel of juist niet moet/mag worden opgenomen in de verzekeringsovereenkomst. In het verzekeringsrecht zijn reeds verschillende voorbeelden waar te nemen van dergelijk dwingende wetgeving.⁴⁸ Zo zijn er de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 en de Wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (hierna:

⁴⁴ Cass. 18 januari 2002, *www.cass.be*; Gent 22 januari 1999, *RGAR* 2000, nr. 13210; Pol. Brugge 19 september 2000, *RW* 2000-01, 1317.

⁴⁵ B. WEYTS, “Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet”, *NJW* 2004, afl. 85, 1084.

⁴⁶ Gent 12 februari 2009.

⁴⁷ M. DENUIT, “Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?”, *de verzekeringswereld*, 2005, nr. 2, 1.

⁴⁸ A. VAN OEVELEN, “De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van verzekering?”, *RW* 2003-04, afl. 28, 1091.

WAM)⁴⁹. Het aspect van de inhoudelijke beperkingen op de contractvrijheid is echter niet de enige grens die aan de verzekeraars wordt opgelegd. Het beginsel van de contractvrijheid impliceert dat verzekeraars in beginsel ook vrij kunnen kiezen om *überhaupt* een verzekeringsovereenkomst te sluiten en zo ja, met wie. Later zal echter duidelijk worden dat er ook aan deze vrijheid bepaalde beperkingen worden opgelegd.

2.2. ACTUARIËLE GELIJKHEID

Het concept actuariële *fairness*, of actuariële gelijkheid, is een wijd verspreid begrip. Het adjectief ‘actuariel’ heeft betrekking “op de toepassing van de statistiek die er in combinatie met andere verzekeringstechnische instrumenten moet voor zorgen dat de verzekeraar de waarschijnlijke kost van de dekking en de premie op voorhand kan berekenen”.⁵⁰ Dit gebruik van de statistiek moet binnen het verwerken van informatie die beschikbaar is omtrent de aard, de frequentie of de mogelijke omvang van deze risico’s worden gekaderd, om op die manier de gelijke behandeling door de verzekeraar van vergelijkbare of homogene groepen te bewerkstelligen.⁵¹ Zo zijn bijvoorbeeld schadegevallen met een te lage frequentie moeilijk verzekeraar⁵², vandaar dat er zich binnen een bepaalde periode een voldoende aantal schadegevallen moet voordoen. Daarnaast mag het risico, om verzekeraar te kunnen zijn, slechts bij een klein aantal van de verzekerden voorkomen.⁵³ Zo niet zou de realisatie van het risico enorme (lees: te grote) financiële implicaties hebben voor de verzekeraar. Anders dan in, bijvoorbeeld, het Ierse recht, stelt de Belgische anti-discriminatiewetgeving niet uitdrukkelijk dat het gebruik van de statistiek een reden kan zijn voor verschillende tariefbepalingen.⁵⁴ Toch hecht onze wetgever hier belang aan.⁵⁵

Vandaar dan ook de benaming ‘actuariële gelijkheid’; er wordt gestreefd naar gelijke verzekeringsvoorwaarden voor vergelijkbare risico’s op basis van het gebruik van de statistiek. De verzekeraar gaat een aantal waarnemingen uitvoeren, om zo de waarschijnlijkheid van de kans van de realisatie van het

⁴⁹ Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, BS 8 december 1989.

⁵⁰ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 201.

⁵¹ C. DEVOET, “Assurance, différenciation et discrimination” in P. WAUTHELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, 108, Luik, Anthemis – Commission Université Palais, 65 en C. VAN SCHOU BROECK, *De aanvullende sociale voorzieningen in de Europese unie: Pensioenen en gezondheidszorg*, Antwerpen, Maklu, 2003, 167-170.

⁵² B. VAN BUGGENHOUT, *Liber memorialis Béatrice van Buggenhout*, Universitaire Pers Leuven, Leuven, 2003, 339-345.

⁵³ M. DE GRAEVE en M. GYSELAERS, *Praktisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, De Boeck, 2006, 22.

⁵⁴ J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, in H. COUSY en C. VAN SCHOU BROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 100.

⁵⁵ *Parl. St. Kamer*, Doc. 50-1578/008, 113-114 en *Parl. St. Kamer*, Doc. 1407-005, 16.

risico te kunnen berekenen.⁵⁶ Op die manier wordt de causaliteit tussen een bepaalde eigenschap en de kans op de realisatie van het schadegeval aangetoond. De verzekeraar zal aldus rekening houden met deze zogenaamde groepering van dragers van een gelijk of minstens vergelijkbaar risico in de samenstelling van zijn verzekeringsportefeuille.⁵⁷ Het individu zal dan niet als een individu worden behandeld, maar als een lid van een bepaalde groep waarbij het individu wordt geacht te horen door een gelijkaardig risicoprofiel.⁵⁸

De groepering van deze risico's zal echter nooit volledig accuraat zijn.⁵⁹ Het gaat immers steeds om het berekenen van een louter waarschijnlijke kost. De toekomst blijft altijd een onzeker element. Vanuit een economisch oogpunt dient de verzekeraar daarenboven een voldoende aantal gelijkwaardige risico's op te nemen, zodat zij in beginsel compenseerbaar zijn overeenkomstig de wetten van de statistiek.⁶⁰ Krachtens art. 11bis van het Controlebesluit⁶¹ zijn de verzekeringsondernemingen eveneens verplicht om statistieken op te stellen en over te maken aan de FSMA. Deze FSMA zal dan, krachtens art. 12 van het Controlebesluit, kunnen uitmaken of het evenwicht en de veiligheid van de verzekeringsverrichtingen niet in gevaar komen.

2.2.1. Segmentering: instrument van de actuariële gelijkheid

Wanneer de verschillende verzekeringscategorieën ook worden onderworpen aan verschillende verzekeringsvoorwaarden, zoals een aangepaste premie, aangepaste dekkingsvoorwaarden of zelfs een weigering om een bepaald risico te willen verzekeren, spreekt men van verzekeringssegmentatie.⁶² In het geval er sprake is van een aangepaste premie spreekt men verzekerings technisch van tariefdifferentiatie.⁶³ Palmer huldigt “*the idea that persons who pose different risks ought to be charged different rates*”.⁶⁴

⁵⁶ M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, De Boeck – Larcier, 1999, 8-11.

⁵⁷ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006, 17 en C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en Assurance*, Les dossiers du Journal des Tribunaux – 49, Brussel, De Boeck & Larcier, 2005, 20.

⁵⁸ D. SCHRIEK, “Implementing EU Non-Discrimination Directives”, in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 79.

⁵⁹ O.H. JR. GANDY, “Engaging rational discrimination: exploring reasons for placing regulatory constraints on decision support systems”, *Ethics and Information Technology*, juni 2009, 7.

⁶⁰ M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 1999, nrs. 13 – 16.

⁶¹ KB 22 februari 1991 houdende het algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen, BS 11 april 1991.

⁶² C. DEVOET, “Assurance, différenciation et discrimination” in P. WAUTHÉLET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, 108, Luik, Anthemis – Commission Université Palais, 67.

⁶³ L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 29 e.v.

⁶⁴ D.E. PALMER, “Insurance, risk assessment and fairness: an ethical analysis” in P. FLANAGAN, P. PRIMAUX en W. FERGUSON (eds.), *Insurance ethics for a more ethical world*, Research in ethical issues in organizations, Vol. 7, Oxford, Elsevier, 2007, 117.

Indien de verzekeraar tracht om zoveel mogelijk personen met een gelijkaardig risicoprofiel binnen eenzelfde risicogroep te verenigen om homogene groepen te creëren, zullen personen met een verschillend risicoprofiel in verschillende groepen worden ondergebracht.⁶⁵ De criteria gebruikt om deze verschillende groepen vast te stellen moeten in alle gevallen gebaseerd zijn op een pertinent criterium.⁶⁶ De verschillen in behandeling moeten dus berusten op een objectieve en redelijke rechtvaardiging.

Het staat in het verzekeringsrecht als een paal boven water dat de premie wordt bepaald in functie van het risico. Hoe hoger de kans op de verwezenlijking van een in de dekking begrepen schadegeval, hoe hoger de premie.⁶⁷ Men spreekt ter zake ook van risicoselectie, het is de verzekeraar die selecteert welke risico's hij wenst te verzekeren. De Werkgroep segmentering binnen de Belgische Commissie voor Verzekeringen verwoordde het concept verzekeringssegmentatie als: “*een techniek die de verzekeraar aanwendt om de premie en eventueel ook de dekking te differentiëren op basis van een aantal specifieke karakteristieken van het te verzekeren risico, met de bedoeling tot een betere overeenstemming te komen tussen de verwachtingswaarde van de schade en de kosten die een bepaalde persoon ten laste legt van de collectiviteit van de verzekeringnemers en de premie die hij voor de geboden dekking moet betalen.*”⁶⁸

De band met de hierboven besproken *actuariële fairness* moge duidelijk zijn. THIERY huldigt, terecht mijns inziens, de opvatting dat segmentering een instrument is van actuariële fairness. Verzekeringssegmentering is dan een veruitwendiging van het principe dat ongelijke risico's niet tegen dezelfde voorwaarden moeten worden verzekerd. Het betreft dan de tegenhanger van de noodzaak van het gelijk behandelen van gelijke risico's.⁶⁹ Indien er geen techniek van segmentering bestaat voor de verzekeraars, dan zou de hypothetische groep van goede risico's teveel worden aangerekend voor te weinig verzekeringsdekking.⁷⁰ “Minder goede risico's zouden te weinig worden aangerekend voor te veel verzekeringsdekking, waardoor zij zouden

⁶⁵ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 210.

⁶⁶ B. WEYTS, “Gelijkheid onder verzekerden” in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereid*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 256.

⁶⁷ P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 14.

⁶⁸ N. DE PRIL en J. DHAENE, “Commissie voor verzekeringen – Rapport van de werkgroep segmentering” in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen, Maklu, 1998, 144 en H. COUSY, “Concurrence et solidarité – paradoxe du temps moderne illustré à partir du droit des assurances” in X (ed.), *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il Diritto Civile Tra Principe E Regole*, Milaan, Giuffrè Editore, 2008, nr. 2.

⁶⁹ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 212.

⁷⁰ R. THYS, “Segmentatie in de verzekering B.A. Motorrijtuigen” in J. Rogge (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIème siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 99.

genieten van een solidariteitspremie betaald door de goede risico's.”⁷¹ Dit laatste komt overeen met wat wordt gekenmerkt als ‘subsidiërende solidariteit’. *Infra* zal het verschil worden besproken tussen enerzijds de kans- en anderzijds de subsidiërende solidariteit.

2.2.2. De voordelen van de techniek van segmentering: moral hazard en anti-selectie

Het segmenteringsbeleid van verzekeraars maakt een essentieel kenmerk uit van de verzekeringstechniek. Het vormt de kern van het gezond en efficiënt beleid dat verzekeringsmaatschappijen nastreven.⁷² Het gebruik van de techniek van verzekeringssegmentatie, aan de hand van differentiatie, moet er enerzijds toe leiden dat het fenomeen van de *moral hazard* wordt tegengegaan en plaatst anderzijds een rem op de zogenaamde anti-selectie. *Moral hazard* wordt gedefinieerd als de vrees dat door het voorhanden zijn van een verzekering, de zorg bij de verzekerde dat het risico zich niet zal voordoen, verkleint.⁷³ De verzekeraar die een voldoende aantal risicocategorieën hanteert, vermijdt dat goede risico's hun gedrag in te hoge mate zouden aanpassen aan het gemiddelde risico van de categorie waarbinnen zij werden geplaatst.⁷⁴ De verzekeraar zal er dan voor zorgen dat de verzekerde in alle gevallen een deel van het risico zelf blijft dragen, om op die manier de verzekerde aan te manen zelf steeds een redelijke mate van voorzichtigheid aan de dag te leggen.⁷⁵ Dit kan deels worden bewerkstelligd door het inlassen van maximale uitkeringen of schadevrijstellingen.⁷⁶

Wanneer een bepaalde verzekeraar aan alle verzekeringnemers dezelfde premie zou opleggen, bestaat het risico dat de goede risico's gaan ophouden met een verzekeringsovereenkomst te sluiten of dat deze goede risico's een

⁷¹ R. THYS, “Segmentatie in de verzekering B.A. Motorrijtuigen” in J. Rogge (ed.), *Les paramètres de sélection des risques à l'aube du XXIème siècle*, Bulletin des assurances, Dossier 10, Mechelen, Editions Kluwer, 2004, 99.

⁷² B. WEYTS, “Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandhuwelijk?” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 730; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan het classificatie in verzekeringen”, in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2007, 169 e.v.

⁷³ K.J. ARROW, “Uncertainty and the welfare economics of medical care”, *American Economic Review* 1963, 961; S. SHAVELL, “On the Moral Hazard and insurance”, *The quarterly Journal of Economics* november 1979, 541 en B. HOLMSTRÖM, “Moral hazard and observability”, *The Bell Journal of Economics* 1979, afl. Spring, 74.

⁷⁴ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 213.

⁷⁵ H. COUSY, “Over aansprakelijkheidsrecht en verzekeringen: Living together apart?” in H. COUSY (ED.), *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 203-211.

⁷⁶ B. WEYTS, “Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandhuwelijk?” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 731; C. PARIS, *Les derives de la segmentation en Assurance*, Brussel, Larcier, 2005, 29.

andere verzekeraar gaan zoeken, een die wel differentieert.⁷⁷ Dit wordt anti-selectie genoemd.⁷⁸

2.3. KANSSOLIDARITEIT VERSUS SUBSIDIËRENDE SOLIDARITEIT

Indien de verzekeraars geen homogene groepen zouden samenstellen, wordt er als vanzelf een subsidiërende solidariteit gecreëerd. In dit geval zullen alle verzekeringnemers immers eenzelfde premie betalen, hoewel ze per definitie niet allemaal eenzelfde risicoprofiel hebben.

K.S. ABRAHAM geeft het onderscheid tussen respectievelijk kanssolidariteit en subsidiërende solidariteit zeer treffend weer: *‘On the one hand, if two purchasers of insurance coverage have different predicted losses or actual loss experience, it is easy to conclude that the prices that each pay should reflect those differences. On the other hand, insurance may also be viewed as a method of risk sharing in which a group of insureds collectively bears the risk that a group member will suffer a loss.’*⁷⁹

Kanssolidariteit houdt in dat verzekerden met eenzelfde risicoprofiel, een vergelijkbare schadekans, instaan voor de financiering van de schade die het toeval aan één onder hen toebrengt.⁸⁰ Wanneer goede en slechte risico's in dezelfde categorie worden geplaatst, ontstaat echter subsidiërende solidariteit.⁸¹ Subsidiërende solidariteit houdt in dat een bepaalde groep systematisch een andere groep subsidieert. Deze vorm van solidariteit ligt aan de grondslag van onze sociale zekerheid, waar de premie of de bijdrage in de verzekering wordt losgekoppeld van het risico.⁸² Bijgevolg betaalt iedereen vaak evenveel, ook al lopen sommige personen eigenlijk een groter risico op de verwezenlijking van schade dan anderen. Hier kan reeds worden besloten dat er een “economische verantwoordelijkheid” en plicht bestaat voor de verzekeraar om gelijke verzekeringsvoorwaarden voor vergelijkbare risico's en ongelijke verzekeringsvoorwaarden voor ongelijke risico's na te streven.⁸³

⁷⁷ G. SCHOORENS, “Segmentering en discriminatie” in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekeringen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1998, 219 e.v.

⁷⁸ H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekeringen*, Antwerpen, Maklu, 2007, 171-172.

⁷⁹ K.S. ABRAHAM, “Efficiency and fairness in Insurance risk classification”, *Virginal Law Review* 1985, afl. 71, 404.

⁸⁰ K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekering” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 293.

⁸¹ K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekering” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 293.

⁸² J. DHAENE en S. VANDUFFEL, “Verzekerden discrimineren betekent niet noodzakelijk hen benadelen”, *De Tijd* 3 mei 2005.

⁸³ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 201.

De verzekeraar zal dus een politiek van segmenteren voeren als mechanisme om de subsidiërende solidariteit tegen te gaan.⁸⁴ Deze politiek is niet alleen voordelig voor de verzekeraar, maar vaak ook een wens van de verzekeringnemer. Immers, de verzekerden willen ‘de juiste prijs’⁸⁵ betalen voor hun eigen, concrete risico. Doelstelling van het segmenteren is de groepen te organiseren zodat de totale premie voldoende is om de schadelast binnen die groep te dragen.⁸⁶ De verzekeraar streeft dan in principe naar solidariteit tussen personen met gelijk ingeschatte risico’s, die de pech of het geluk hebben om wel of niet met een schadegeval te worden geconfronteerd.⁸⁷ Het spreekt dan ook voor zich dat de verzekeraars steeds verder gaan in het verfijnen van de beoordelings technieken. Zo kunnen zij, in de competitieve markt van het aanbieden van verzekeringen, trachten de competitie een stap voor te zijn. Echter, een efficiënte segmentering moet steeds tot gevolg hebben dat er binnen een homogene groep van risicoprofielen nog steeds een marge bestaat, om altijd compenseerbaar te zijn overeenkomstig de wetten van de statistiek. Als de verzekeraar het opgegeven risico juist inschat, zal de verzekeringnemer vervolgens een premie betalen die proportioneel gelijk is aan de gemiddelde schade die hij mogelijkwerijs ten laste zal leggen van de gemeenschap van de verzekerden.⁸⁸ Het principe om aan elke verzekeringsnemer een premie te vragen die overeenstemt met het individuele risico dat hij vertegenwoordigt kan in de praktijk niet rechtstreeks gerealiseerd worden.⁸⁹ Zo zijn niet alle risicofactoren gekend, deze risicofactoren zijn dan ook nog eens onderhevig aan veranderingen die zich voordoen na het ogenblik van contractsluiting, er is de afhankelijkheid tussen de verschillende risicofactoren...⁹⁰ Deze punten staan daarenboven los van het feit of een segmentering op basis van bepaalde factoren maatschappelijk gezien wel wenselijk is.

⁸⁴ Echter, in bepaalde gevallen legt de wetgever zelf een subsidiërende solidariteit op, namelijk tussen de genetisch ‘gelukkigen’ en anderen. Zie hierover: H. COUSY, « La segmentation dans l’assurance de la responsabilité civile », in B. DEFFAINS (ed.), *L’analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque Nancy, 28 et 29 juin 2000*, Parijs, Editions Cujas, 2002, nr. 9.

⁸⁵ J.L. FAGNART, “Le Bureau de Tarification automobile et les autres mesures de lutte contre la non-assurance », *DCCR* 2004, 5.

⁸⁶ C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Juridische Grenzen aan classificatie in verzekeringen”, in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie in Verzekeringen – Discrimination et assurances*, Antwerpen, Maklu, 2007, 170.

⁸⁷ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 9.

⁸⁸ B. WEYTS, “Verzekeraars en de Antidiscriminatie wet”, *NJW* 2004, afl. 85, 1086 en N. DE PRIL en J. DHAENE, *Onderzoeksrapport 9648: Segmentering in verzekering*, KUL, 12. Raadpleegbaar op: https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/118594/1/OR_9648.pdf.

⁸⁹ N. DE PRIL en J. DHAENE, *Onderzoeksrapport 9648: Segmentering in verzekering*, KUL, 7. Raadpleegbaar op: https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/118594/1/OR_9648.pdf.

; K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekering” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 293.

⁹⁰ B. WEYTS, “Gelijkheid onder verzekerden” in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 246.

2.3.1. Nadelen van de segmentering

Een ver doorgedreven segmentering leidt echter tot steeds kleiner wordende homogene risicogroepen. Hoe meer de verzekeraars segmenteren, hoe kleiner de risicogroepen worden. COLLE besluit dat dit kan leiden tot moeilijk betaalbare verzekeringen en zelfs tot de uitstoot van bepaalde groepen van individuen.⁹¹

2.4. TUSSENBSLUIT

Het gebruik van de techniek van de segmentering is een fundamenteel onderdeel van het verzekeringsbedrijf. Indien een verzekeraar niet genoeg segmenteert, tast dit zijn verzekeringsportefeuille in die mate aan dat hij uiteindelijk ook uit de competitieve markt zal worden verdreven. Dit is natuurlijk nefast voor alle verzekeringnemers. De andere kant van de medaille is evenwel dat een ver doorgedreven segmentering bepaalde risicoprofielen in een lastig parket zet. Deze ‘slechte’ risico’s zullen immers ofwel een hele hoge premie moeten betalen om nog tot de collectiviteit der verzekerden te kunnen behoren, ofwel vinden ze gewoonweg geen verzekeraar bereid het risico te dekken.

Het is deze laatste overweging waar het schoentje knelt. Een verzekeraar moet zich houden aan de imperatief vervat in de gelijkebehandelingsnorm, elk gehanteerd onderscheid moet daarbij berusten op een pertinent en objectief controleerbaar criterium. De slappe koord tussen een aanvaardbare differentiatie en een onaanvaardbare discriminatie is een moeilijk te bewandelen pad voor de verzekeraar. Echter, het motief van de solvabiliteit en financiële stabiliteit voor de verzekeraar dat vaak wordt gebruikt om een doorgedreven segmentering te rechtvaardigen, kan niet altijd even goed worden gehandhaafd. Gepleit wordt dan ook alvast voor een correcte houding van de verzekeraars, waarbij men niet te snel teruggrijpt naar het hierboven aangehaalde argument, zodat deze problematiek zich herleidt tot de ‘echte’ slechte risico’s.⁹² Elke weigering, hogere franchise, bijpremie... zal aldus steeds objectief en redelijk moeten kunnen worden gerechtvaardigd.

⁹¹ P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 15.

⁹² Bernard Clerfayt verwijst naar cijfers van Assuralia, waarin wordt gesteld dat er in de specifieke groep van kankerpatiënten het gaat om 5 % van de patiënten die “echt onverzekerbaar zijn”. Dit als antwoord op een vraag van Freya Van den Bossche. Een mijns inziens schrijnende vaststelling is het feit dat maar liefst een kwart van de kankerpatiënten wordt onderworpen aan een uitstel van verzekering tot 3 à 5 jaar na diagnose. Zie: Integraal Verslag met vertaald beknopt verslag van de toespraken, Comm. Voor Financiën & Begroting 3 juni 2008.

3. HET DISCRIMINATIEBEGINSEL ALS EEN GRENS VOOR DE SCHULDSALDOVERZEKERING

Aangezien er, *in principe*, algehele contractvrijheid speelt, is de segmentering als instrument van de actuariële gelijkheid steeds toegelaten. Het discriminatiebeginsel is echter een belangrijke grens die aan dit principe wordt gesteld. Segmentering is toegelaten, maar als en slechts als er geen sprake is van discriminatie. Een aanvaardbare segmentatie veronderstelt immers steeds dat men onderscheiden maakt op grond van pertinente en objectief controleerbare factoren.

3.1. REGELGEVEND KADER

3.1.1. Een algemeen rechtsbeginsel inzake gelijkheid en non-discriminatie

Krachtens art. 6, lid 3 van het Unie-verdrag zijn de grondrechten, die gewaarborgd worden door het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en ook voortkomen uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, algemene beginselen die deel uitmaken van het recht van de Europese Unie. Wanneer men daarenboven art. 19, lid 1 van het Unieverdrag leest, kan men niet anders dan besluiten dat het Hof van Justitie zich ook kan beroepen op deze beginselen wanneer het Hof 'het recht' moet eerbiedigen bij de toepassing van de Verdragen.⁹³ Het Hof van Justitie heeft daarenboven reeds meermaals bevestigd dat ook het gelijkheidsbeginsel deel uitmaakt van deze algemene beginselen.⁹⁴ Daarnaast wordt het gelijkheidsbeginsel beschermd in tal van verdragen gesloten in de schoot van de Verenigde Naties.⁹⁵

⁹³ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 19-20; W. DEVROE, "Impact van door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde algemene beginselen op privaatrechtelijke verhoudingen" in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEBURGH en L.A.D. KLAUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming & Recht, Deel 42-I, Algemeen Deel, Deventer, Kluwer, 2007, 134.

⁹⁴ HvJ 19 oktober 1977, Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen (117/76) en Diamalt/Hauptzollamt Itzehoe (16/76), gevoegde zaken 117/76 en 16/76, *Jur.* 1977, 1753, ov. 7; HvJ 8 oktober 1980, Uberschär/Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, 810/79, *Jur.* 1980, 2747, ov. 16; HvJ 11 juli 2006, Sonia Chacón Navas/Eurest Collectividades, C-13/05, *Jur.* 2006, I-6467, ov. 56.

⁹⁵ Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, Internationaal verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten, Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, Internationaal verdrag inzake de uitbanning van discriminatie tegen vrouwen.

3.1.2. *Het Handvest van de Grondrechten van de EU*⁹⁶

Dit Handvest werd door het Europees parlement, de Raad en de Commissie plechtig afgekondigd bij het Verdrag van Nice. Het document *an sich* dateert van 2000, toch verwierf het slechts een juridisch bindende werking op het moment van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, meer bepaald vanaf 1 december 2009. Het Handvest is echter niet geïmplementeerd in het Verdrag, omwille van politieke moeilijkheden, maar heeft wel een gelijke juridische waarde⁹⁷. Het gaat hier dus om een in rechte bindend document. In dit Handvest zit het gelijkheidsbeginsel vevat in art. 21. Dit art. 21 verbiedt discriminatie op alle gebieden van het dagelijkse leven en op basis van een uitgebreidere set discriminatiegronden.⁹⁸ Het moge duidelijk zijn dat de afkondiging van dit Handvest een impact heeft gehad op de invulling van het discriminatiebegrip als een mensenrecht. Aan deze benadering van het gelijkheidsbeginsel - als mensenrecht - moet men voldoende aandacht schenken, aangezien het ook verregaande implicaties heeft op het vlak van de schuldsaldoverzekering. Deze benadering staat immers traditioneel haaks op de verzekeringstraditie, die het individu beschouwt als een lid van een groep en die (slechts) gelijkheid tussen groepen ambieert. De mensenrechtenbenadering streeft naar sociale rechtvaardigheid die resulteert in een adequate en betaalbare verzekering, als een gelijkheid tussen individuen.⁹⁹ Het *infra* besproken arrest van het Hof van Justitie *de dato* 1 maart 2011 is tevens een van de eerste zaken waar het Handvest wordt gebruikt als dwingend referentiepunt.¹⁰⁰

3.1.3. *De Europese regelgeving: richtlijnen*

Sinds het Verdrag van Amsterdam is er een nieuwe rechtsgrond opgenomen voor discriminatiebestrijding in het EG-Verdrag.¹⁰¹ Meer bepaald gaat het dan om art. 19 VWEU. Op basis van deze rechtsgrond zijn tot op heden reeds drie richtlijnen aangenomen; de Rasrichtlijn van 29 juni 2000 (Richtlijn 2000/43/EG), de Kaderrichtlijn arbeid van 27 november 2000 (Richtlijn

⁹⁶ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, Pb. C. 364/1, 18 december 2000.

⁹⁷ Zie art. 6, lid 1 VEU.

⁹⁸ Het gaat om de criteria: geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid (art.21,1^o lid) en nationaliteit (art. 21,2^o lid). Tevens zijn er bepalingen opgenomen die de gelijkheid tussen mannen en vrouwen (art. 23), de rechten van ouderen en de integratie van personen met een handicap betreffen.

⁹⁹ “42^{ste} Congres van de Vlaamse Juristenvereniging te Gent (Ugent) op 20 oktober 2006. Verslagen van de sectievergaderingen”, RW 2006-07, 782.

¹⁰⁰ C. TOBLER, “Case C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2011”, *Common Market Law Review* 2011, vol. 48, n^o 6, 2042.

¹⁰¹ L. FLYNN, “The implications of Article 13 EC Treaty – After Amsterdam, will some forms of Discriminations be more equal than others?”, *Common Market Law Review* 1999, 1127-1152.

2000/78/EG) en de Genderrichtlijn van 13 december 2004 (Richtlijn 2004/113/EG).

a. De Genderrichtlijn¹⁰² bekeken in het licht van levensverzekeringen

Het uitgangspunt van deze richtlijn heeft verregaande gevolgen voor het verzekeringsbedrijf.¹⁰³ Art. 4, lid 1 legt immers een algemeen verbod op inzake directe en indirecte discriminatie op grond van het geslacht.¹⁰⁴ De Europese wetgever grijpt dan ook drastisch in de verzekeringssector in, daar deze een grotere bescherming poogt te bieden aan het gelijkheidsbeginsel als mensenrecht.¹⁰⁵ De Genderrichtlijn verbiedt alle discriminatie op grond van geslacht bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.¹⁰⁶ Het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van de verzekeringspremies en –uitkeringen in alle verzekeringscontracten is verboden. Dit verbod gold vanaf 21 december 2007. Alle verzekeringscontracten in de Europese Unie gesloten na deze datum moesten dan, in beginsel, geslachtsneutraal zijn. Overeenkomsten gesloten vóór deze datum waren niet onderworpen aan dit regime.

De Genderrichtlijn beteugelt zowel directe als indirecte discriminatie. Directe discriminatie wordt gedefinieerd als de situatie waarbij iemand ongunstiger wordt behandeld op grond van geslacht dan een ander in een vergelijkbare situatie.¹⁰⁷ Indirecte discriminatie is de situatie waarbij door het gebruik van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het ander geslacht bijzonder worden benadeeld tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.¹⁰⁸

¹⁰² 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 en diensten. *Pb. EU L*, 373. Zie algemeen: J.M. BINON, “L’égali té de traitements et droit européen et ses applications en Assurance: obligation morale ou croisade idéologique”, *JTDE* 2005, 231; C. VAN SCHOUBROECK en Y. THIERY, “Proposal for a Directive on Sex Discrimination: civil rights, “individualistic” tradition versus insurance “group tradition””, *REDBF* 2003/4.

¹⁰³ Zie art. 1: “Deze richtlijn heeft tot doel een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen toegepast kan worden.”

¹⁰⁴ Overweging 15 maakt daarenboven duidelijk dat verzekeringen diensten zijn en daardoor onder het toepassingsgebied vallen, voor zover de verzekering berust op een particuliere, vrijwillige en los van de arbeidsbetrekking staande grondslag.

¹⁰⁵ J.M. BINON, “L’ galit  de traitement et droit européen et ses applications   l’assurance. Obligation morale ou croisade idéologique?” in C. VAN SCHOUBROECK en H. COUSY (eds.), *Discrimination en verzekering – Discrimination et assurance*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2006, 22, nr. 4; P. WIELS, “Europees parlement schokt verzekeraars”, *De Verz.* april 2004, 22-26.

¹⁰⁶ HvJ 1 maart 2011, Perscommuniqué nr. 12/11, curia-europa.eu, niet-officieel stuk.

¹⁰⁷ Art. 2, lid a) van de Genderrichtlijn.

¹⁰⁸ Art. 2, sub b) *juncto* artikel 4, lid 1, sub b) van de Genderrichtlijn.

In het licht van de schuldsaldoverzekeringen was het een gangbare praktijk om het geslacht van de kandidaat-verzekeringnemer mee in ogenschouw te nemen.¹⁰⁹ Met andere woorden, de in het Barber-arrest¹¹⁰ reeds gevestigde gelijkheidsregel tussen mannen en vrouwen voor de pensioenleeftijd belette niet dat verschillende actuariële berekeningsfactoren werden gehanteerd aangezien een objectieve differentiatie tussen de levensverwachtingen van mannen en vrouwen bestaat.¹¹¹

Art. 5, lid 1 van de Richtlijn daarentegen stelt dat het in aanmerking nemen van het geslacht in beginsel niet mag resulteren in verschillen in de premies en in de verzekeringsuitkeringen tussen mannen en vrouwen. Overweging 18 van de Richtlijn bepaalt: “Om de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te waarborgen mag het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren niet resulteren in verschillen tussen de premies en uitkeringen van individuele personen.”

Zoals het een goede rechtsregel echter betaamt, moet men zich ook hier bewust zijn van een uitzonderingsregime. Krachtens art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn konden de lidstaten van de Europese Unie gebruik maken van een zogenaamde ‘opting-outclausule’. Dit houdt in dat de lidstaten ervoor konden opteren om afwijkingen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het te verzekeren risico en hiervoor relevante en nauwkeurige actuariële en statistische stavingsgegevens bestaan.¹¹² Krachtens overweging 19 van de Genderrichtlijn gaat het dan om verzekeringen waarin het geslacht een, maar niet noodzakelijk de enige, bepalende factor is. Deze optie stond enkel open voor de lidstaten voor zover de regel van de seksneutraliteit nog niet in de nationale wetgeving werd toegepast. De meningen over de opportuniteit van dit optierecht waren verdeeld. Sommige rechtsgeleerden vreesden immers dat dit problemen kon veroorzaken inzake de concurrentiële positie van de verschillende verzekeraars uit de Europese Unie.¹¹³

¹⁰⁹ Zie ook overweging 18 van de Genderrichtlijn: “Het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren is wijdverspreid bij het verlenen van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten”.

¹¹⁰ HvJ 17 mei 1990, Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group, nr. C 262/88, *Jur.* 1990, 1889.

¹¹¹ HvJ 22 december 1993, Neath, nr. C 152/91, *Jur.* 1993, I, 6935; HvJ 28 september 1994, Coloroll, nr. C 200/91, *Jur.* 1994, I, 4389; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 565; J. WOUTERS, “Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen”, *RW* 1994-95, 1424; H. COUSY, “Over ethiek en verzekeringen, ter oriëntatie”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, CRIS, Maklu, Academia-Bruylant, 1998, 30.

¹¹² P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 25.

¹¹³ P. COLLE, “Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen” in J. Rogge (ed.), *Tijdschrift voor Verzekeringen – Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, september 2007, 65; B. WEYTS, “Gelijkheid onder verzekerden” in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 274; “Verzekeringen willen uitzondering op

De levensverzekering, de motorrijtuigenverzekering en de hospitalisatieverzekering zouden voor dergelijke afwijking in aanmerking kunnen komen.¹¹⁴ Statistische gegevens wijzen erop dat mannen een groter risico uitmaken in de motorrijtuigenverzekering, terwijl vrouwen, omwille van hun langere levensduur, een zwaarder risico uitmaken in de levens- en hospitalisatieverzekering.¹¹⁵ Uit de statistieken blijkt dus dat sommige segmenten van de bevolking, zoals de vrouwelijke bevolking, duidelijk lagere sterftekansen vertonen dan andere segmenten, *in casu* de mannelijke bevolking.¹¹⁶ Inzake de hospitalisatieverzekering kan men dan denken aan de specifieke voorwaarden omtrent het zwangerschapsrisico.

3.1.4. Belgische regelgeving

In België vindt het gelijkheidsbeginsel steun in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

a. De toets van het discriminatiebeginsel

De antidiscriminatiewetgeving maakt in bepaalde gevallen gewag van een zogenaamde ‘driestappentest’.¹¹⁷ Deze driestappentest is gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie, meer bepaald op het arrest ‘Bilka’; in dit arrest legt het Hof de basis voor de criteria waaraan de rechtvaardiging van een discriminatie moet worden afgemeten.¹¹⁸ Dit houdt in dat een ongelijke behandeling van gelijkaardige gevallen of een gelijke behandeling van ongelijke gevallen slechts kan worden gerechtvaardigd als er sprake is van een *legitiem doel* en als de aangewende middelen om dit legitieme doel te bereiken *passend* en *noodzakelijk* zijn. Hoewel deze formulering verschilt van de ‘objectieve en redelijke’ rechtvaardigingstoets in de Antidiscriminatiewet van

Genderwet”, *Gazet van Antwerpen*, 23 november 2007 en C. VAN SCHOURBOECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in Verzekeringen”, in H. COUSY en C. VAN SCHOURBOECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 150. Zie echter: “Test-Aankoop beschuldigt Belgische verzekeraars van boerenbedrog”, *De Standaard*, 19 oktober 2007.

¹¹⁴ B. WEYTS, “Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandhuwelijk?” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 727. Zie ook: A. WALEFFE, “La transposition dans la secteur des assurances, de la directive 2004/113/CE sur l’égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine des biens et services: aperçu des options ouvertes au législateur belge”, in H. COUSY en C. VAN SCHOURBOECK (eds.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 119 – 120.

¹¹⁵ P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 25.

¹¹⁶ L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 566 en M. DENUIT, “Welke tariefdifferentiatie is technisch gerechtvaardigd?”, *de verzekeringswereld*, 2005, nr. 2, 6.

¹¹⁷ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 147.

¹¹⁸ HvJ 13 mei 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, ov. 36.

2003, wordt algemeen aangenomen dat beide rechtvaardigingstoetsen inhoudelijk overeenstemmen.¹¹⁹

b. De wetten van 10 mei 2007 met nadruk op de Genderwet

Op 30 mei 2007 verschenen de wetten van 10 mei 2007 in het Belgische Staatsblad.¹²⁰ Meer bepaald gaat het dan om de ‘Algemene anti-discriminatiewet’¹²¹, de ‘Genderwet’¹²² en om een vervanging van de Antiracismewet¹²³. Op procedureel vlak werden er ook enkele aspecten aangepast aan het Gerechtelijk Wetboek.¹²⁴ In het kader van deze thesis zal de meeste aandacht aan de Genderwet worden geschonken.

Hoewel de Belgische wetgever in eerste instantie geen gebruik wenste te maken van het hierboven besproken opting-outregime¹²⁵; werden er uiteindelijk toch enkele initiatieven genomen in Kamer¹²⁶ en Senaat¹²⁷ die tot een uitzonderingsregime hebben geleid. Meer nog, het oorspronkelijke voorstel tot wijziging van het absoluut verbod op het maken van onderscheid op grond van geslacht, beoogde ook voor motorrijtuigenverzekeringen en hospitalisatieverzekeringen de mogelijkheid te laten om onderscheiden op grond van geslacht open te laten voor rechtvaardiging.¹²⁸ De verzekeraars

¹¹⁹ 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, 236-241 en Y. THIERY, “Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht”, *TBH* 2007/8, 762. Meer bepaald gaat het dan om de vereisten van legitimiteit, objectiviteit, pertinentie, vergelijkende doeltreffendheid en proportionaliteit.

¹²⁰ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 133. Kritiek kan toch wel geuit worden op het feit dat de Belgische wetgever een gebrek aan moed toonde door al deze wetten niet te integreren in een enkel wetgevend document, in plaats van deze domeinen op te splitsen. Mits enkele fijnegevoelige verschillen, hebben deze wetten immers een gelijklopende systematiek en inhoud. Mijns inziens ligt een overwaarding van de symbolische waarde van deze afzonderlijke wetten ten gronde aan dit gebrek.

¹²¹ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007, 29016.

¹²² Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen, *BS* 30 mei 2007, 29031.

¹²³ Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007, 29046.

¹²⁴ 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, *BS* 30 mei 2007, 29046.

¹²⁵ *Parl. St. Kamer*, 2006-07, nr. 2721, p. 47: er werd gesproken over een wachtsysteem, totdat de optie zou worden gelicht.

¹²⁶ *Parl. St. Kamer*, 2007-08, nr. 404/1, ingediend door de heer Tommelein; *Parl. St. Kamer*, 2007-08, nr. 431/1, ingediend door de heer Logghe e.a.

¹²⁷ *Parl. St. Senaat*, 2007-08, nr. 4-352/1, ingediend door mevrouw Tilmans e.a.; *Parl. St. Senaat* 2007-08, nr. 4-481/1, ingediend door mevrouw Van Dermeersch.

¹²⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, *Parl. St. Kamer*, 2007-08, nr. 404/2, p. 1; Y. THIERY, “Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten: is er leven na 21 december 2007?”, *RW* 2008-09, nr. 9, 348.

waren hier dan ook grote voorstanders van.¹²⁹ Dit wetsvoorstel heeft het uiteindelijk niet gehaald.

Het was de wijzigingswet van 21 december 2007¹³⁰ die de Genderwet van 10 mei 2007 uiteindelijk aanpaste aan dit opting-outregime. In het huidige (en aldus door deze wijzigingswet gewijzigde)¹³¹ art. 10, § 1 van de Genderwet¹³² werden nauwgezet de bewoordingen van art. 5, tweede lid van de Genderrichtlijn gevolgd. Dit artikel stelt immers dat specifiek voor levensverzekeringsovereenkomsten, zoals bedoeld in art. 97 van de WLVO en voor de bepaling van verzekeringspremies en –prestaties, het toegestaan is dat een direct onderscheid wordt gemaakt, indien dit onderscheid proportioneel is en het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.¹³³ Enkel voor de levensverzekeringen werd door de Belgische wetgever dus gebruik gemaakt van de mogelijkheid vervat in art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn. Tegen deze wijzigingswet werd echter een beroep tot vernietiging ingesteld door de vzw ‘Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop’ en anderen bij het Grondwettelijk Hof. In dit kader vroeg de Belgische rechter het Hof van Justitie of de uitzondering in de richtlijn geldig is, gelet op hogere rechtsnormen, met name het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen.¹³⁴

¹²⁹ S. VANDUFFEL, “Unisekstarieven verzekeringen zijn Pyrrusoverwinning”, *De Tijd* 29 november 2007.

¹³⁰ Wet tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden, *BS* 31 december 2007, p. 66175.

¹³¹ Art. 3 van de wet van 21 december 2007 bevat de bepaling die in de plaats komt van artikel 10 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden.

¹³² Art. 10, § 1 Genderwet : “*In afwijking van artikel 8 kan een proportioneel direct onderscheid gemaakt worden op grond van het geslacht voor de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties, als het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Deze afwijking geldt enkel voor de levensverzekeringsovereenkomsten in de zin van artikel 97 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst*”.

¹³³ Zie voor een interessante weergave van de criteria en hoe die geïnterpreteerd moeten worden: Civic Consulting, *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in Financial services, in particular in the insurance and banking sectors*, in opdracht van de Europese Commissie, 16 juli 2010.

¹³⁴ HvJ, Perscommuniqué nr. 12/11, Luxemburg, 1 maart 2011, www.curia.europa.eu.

3.2. HET ARREST TEST-AANKOOP¹³⁵

3.2.1. Argumenten Test-Aankoop

De consumentenorganisaties zijn mordicus tegen elke vorm van uitzondering op het algemene principe van een unisekse premiebepaling. Het moge duidelijk zijn dat zij een mensenrechtelijke interpretatie aanhangen van het gelijkheidsbeginsel, als recht voor elk individu. Het was dan ook slechts een kwestie van tijd vooraleer een beroep tot vernietiging van de omzettingwet op grond van een schending van de artt. 10 en 11 van de Belgische Grondwet en art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn zou worden ingesteld bij het Grondwettelijk Hof. Dit beroep tot vernietiging werd uiteindelijk ingesteld door Test-Aankoop¹³⁶ en twee consumenten op 26 juni 2008. Test-Aankoop beweerde dat de statistieken die de verzekeraars hanteren voor het onderscheid tussen man en vrouw om de premie te bepalen niet aangepast zijn aan het individuele gedrag van de verzekerden.

Deze statistieken tonen louter aan dat er een verschillende levensverwachting is, maar bij het bepalen van het tarief moet men – *dixit* Test-Aankoop – echter zoveel mogelijk individuele gedragskenmerken gebruiken. Deze meer ‘gepersonaliseerde’ aanpak is een betere aanpak dan zich louter te baseren op het geslacht als parameter. ‘Enkel door zoveel mogelijk rekening te houden met individuele gedragskenmerken zal iedereen uiteindelijk een eerlijke verzekeringspremie betalen, een die aangepast is aan zijn/haar specifieke situatie’.¹³⁷ Test Aankoop stelt dan ook dat de verzekeraars hun premies moeten aanpassen aan de hand van criteria waaraan de consument zelf iets kan doen, zoals het gebruik van tabak, alcohol, gevaarlijk rijden... Daarenboven moeten de verzekeraars ook niet werken met gemiddelden, maar wel telkens de premie berekenen op basis van het individuele gedrag.¹³⁸ Volgens hen was de wet van 21 december 2007 onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen.

Juist omdat dit beroep tot vernietiging werd ingesteld tegen een omzettingwet van een Europese richtlijn, zag het Grondwettelijk Hof zich genoodzaakt om een prejudiciële vraag te stellen aan het Europese Hof van Justitie bij arrest *de dato* 18 juni 2009. Deze prejudiciële vraag had betrekking op de verenigbaarheid van art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn met het algemene

¹³⁵ Arrest van 1 maart 2011 in zaak C-236/09, PB C 130 van 30.4.2011, blz. 4. Zie o.a.: “Levenspolissen fors duurder”, *De Standaard* 2 maart 2011 en “Man en vrouw gelijk voor verzekeraar”, *Metro* 2 maart 2011. Ook in de internationale pers kreeg dit arrest aandacht: “Discrimination in the market place”, *Financial Times* 1 maart 2011; “Insurance blow for young women”, *Financial Times* 1 maart 2011.

¹³⁶ Op 14 mei 2004 werd de statutenwijziging van Test-Aankoop gepubliceerd in het Belgische Staatsblad, deze statutenwijziging leidde tot de opname van het bestrijden van discriminatie in deze statuten.

¹³⁷ S. VANDUFFEL, “Unisekstarieven verzekeringen zijn Pyrrusoverwinning”, *De Tijd* 29 november 2007.

¹³⁸ “Verzekeringen willen uitzondering op Genderwet”, *Gazet van Antwerpen* 23 november 2007.

beginsel van gelijkheid en discriminatie. Het Grondwettelijk Hof vroeg zich af of, enerzijds, art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn verenigbaar is met art. 6, lid 2 VEU en meer bepaald met het bij die bepaling gewaarborgde beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Anderzijds, indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, vroeg het Hof zich ook af of de toepassing van art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn beperkt wordt tot de levensverzekeringsovereenkomsten.

3.2.2. *Hof van Justitie*

Op 1 maart 2011 velde het Hof een mijlpaalarrest. Het Hof van Justitie stelde immers dat geslachtsspecifieke, actuariële factoren niet meer in de berekening van premies en uitkeringen mogen worden gebruikt. Met ingang van 21 december 2012 werd art. 5, lid 2 ongeldig verklaard.

Het Hof stelde dat de respectieve situaties waarin mannen en vrouwen zich ten opzichte van premies en uitkeringen bevinden vergelijkbaar zijn. Het Hof besluit tot deze vergelijkbare situaties door te verwijzen naar overweging 18 van de Genderrichtlijn. Welnu, het beginsel van non-discriminatie stelt dat vergelijkbare situaties niet verschillend mogen worden behandeld. Tussen vrouwen en mannen mag er dan ook geen verschillende behandeling plaatsvinden. Echter, voor vrouwen en mannen was er *wél* een verschillende behandeling voorzien inzake het bepalen van de verzekeringspremie en -prestaties. Onduidelijkheid bestond ook over het lot van de andere contractvoorwaarden, zoals uitsluiting van dekking en vrijstellingen. Enerzijds stelde men dat deze contractvoorwaarden vielen onder de noemer van prestatie, waardoor ze ook onder het uitzonderingsregime vielen. Anderzijds kon men ook stellen dat juist omdat het gaat om een uitzonderingsregime, de begrippen verzekeringspremie en -prestaties een enge interpretatie behoeften en het daarom verboden was om een direct onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen op het vlak van deze contractvoorwaarden.¹³⁹ Deze discussie lijkt dus ook beslist door het Hof van Justitie.

Deze mogelijkheid tot het vaststellen van sekse-specifieke premies en uitkeringen zijn dus discriminatoir. Vanaf 21 december 2012 kan een verzekeraar geen onderscheid meer maken tussen mannen en vrouwen bij het vaststellen van de premie. Art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn wordt aldus in zijn geheel ongeldig verklaard, zonder een uitzondering te maken. De seksneutrale behandeling vervat in art. 5, lid 1 van de Genderrichtlijn is vanaf deze datum zonder uitzondering van toepassing. Het Hof sluit met andere woorden elke rechtvaardigingsgrond uit ten aanzien van deze directe discriminatie.¹⁴⁰

¹³⁹ Y. THIERY, "Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten: is er leven na 21 december 2007?", *RW* 2008-09, 348.

¹⁴⁰ Het Hof gaat hierbij verder dan de door Advocaat-Generaal Kokott voorgestelde oplossing. De Advocaat-Generaal stelde nog een overgangperiode van drie jaar voor. Daarnaast werd gesuggereerd dat bepaalde onderscheiden in premies en uitkeringen die gebaseerd zijn op het

a. Beweegredenen van het Hof van Justitie

Een nader onderzoek van de drijfveren van het Hof om tot dit baanbrekende arrest te komen is aan de orde. Bij dit arrest kunnen immers enkele vraagtekens worden geplaatst. Het Hof lijkt immers op twee benen te hinken bij de motivering ervan.

Vooreerst wordt er verwezen naar het feit dat art. 5, lid 2 van de Genderrichtlijn niet verduidelijkt hoe lang het uitzonderingsregime mag blijven bestaan. De lidstaten zouden in principe zonder tijdslimiet een onderscheiden behandeling kunnen hanteren. Het is dit laatste wat volgens het Hof niet in overeenstemming is met de *ratio legis* van de Genderrichtlijn. Daarnaast verwijst het Hof ook naar het dwingende beginsel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Door zich te baseren op overweging 18 van de Genderrichtlijn besluit het Hof dat mannen en vrouwen zich in een vergelijkbare situatie bevinden. De motivering van het Hof schiet hier te kort. Het is diezelfde richtlijn die immers ook voorzag in een uitzonderingsregime. Het lijkt dan ook alsof het Hof enerzijds de kaart trok van overweging 18, maar anderzijds selectief blind was voor de wens van de opstellers dat in bepaalde gevallen toch nog een uitzonderingsregime mogelijk had moeten zijn. De Raad betwijfelde immers dat de situatie van mannen en vrouwen vergelijkbaar kan worden geacht en wou dan ook een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen voorkomen. Het Hof van Justitie lijkt deze twijfel dus niet te delen. Daarnaast kan hier worden verwezen naar het arrest Lindorfer¹⁴¹, waar het Hof oordeelde dat de kwalificatie van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen als een algemeen beginsel niet automatisch betekent dat de Gemeenschapswetgever nooit mag voorzien in gerechtvaardigde uitzonderingen op dit beginsel, die door het gebruik van actuariële tabellen mogelijk zijn. In dit arrest stelde het Hof zich wel streng op ten aanzien van deze eventuele uitzonderingen.

Dit arrest doet alles behalve wat het had moeten doen, namelijk een glasheldere verduidelijking verschaffen. Aangaande deze thematiek zal ongetwijfeld nog veel inkt vloeien. Gelukkig zag de ook Europese Commissie de noodzaak om hier verduidelijkend op te treden. Op enkele heikele punten die waren ontstaan na het Test-Aankoop arrest geeft de Europese Commissie in de richtsnoeren een welgekomen verduidelijking.¹⁴² Deze richtsnoeren zijn echter geen bindend instrument voor de lidstaten. Toch verdienen zij

geslacht wél zouden kunnen worden verantwoord indien het gaat om duidelijk aantoonbare biologische verschillen.

¹⁴¹ HvJ 11 september 2007, *Lindorfer/Raad van de Europese Unie*, C-227/04-P, *Jur.* 2007, I-6767, ov. 50.

¹⁴² Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen in het licht van de zaak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09, *Mededelingen van de Instellingen, Organen en Instanties van de Europese Unie*, te consulteren op: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:011:0001:0011:NL:PDF>.

voldoende aandacht aangezien ze een antwoord bieden op aspecten die onbeantwoord bleven na het arrest.

3.2.3. Gevolgen

Zijnde een antwoord op een prejudiciële vraag, heeft het Grondwettelijk Hof op 30 juni 2011 een arrest geveld waarin dit antwoord verwerkt is.¹⁴³ Het Hof vernietigt de wet van 21 december 2007 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat het geslacht in verzekeringsaangelegenheden betreft. Vóór 21 december 2012 moeten de lidstaten dus een nieuw wettelijk kader uitvaardigen.¹⁴⁴

Er waren tevens enkele vragen gerezen in verband met de werking in de tijd van de gevolgen van dit arrest. *In principe* hebben arresten van het Hof van Justitie immers een terugwerkende kracht. De Europese Commissie daarentegen ‘verduidelijkt’ dat de gevolgen van dit arrest uitsluitend van toepassing zijn op ‘nieuwe contracten’.¹⁴⁵ De eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel vereist immers dat het begrip ‘nieuw contract’ in de EU autonoom en uniform moet worden uitgelegd.¹⁴⁶ Het gaat dan om overeenkomsten gesloten na 21 december 2012. Dit is een correcte interpretatie. De meeste levensverzekeringsovereenkomsten zijn overeenkomsten met een bepaalde duurtijd. Het zou dan ook een brug te ver zijn indien, bijvoorbeeld, voor de laatste 3 jaren van een overeenkomst de contractuele voorwaarden zouden veranderen in het licht van dit arrest of, wat de normale gang van zaken zou zijn, dat het contract in zijn geheel ongeldig zou zijn. Ook de Europese Commissie verwijst ter verdediging hiervan naar het argument van de rechtszekerheid.

Over de mogelijke implicaties van dit mijlpaalarrest zijn de meningen verdeeld. De verzekeraars beweren, bij monde van PHILIPPE COLLE, dat een blind streven naar een (onbestaande?) gelijkheid tussen mannen en vrouwen alleen maar tot een nefaste evolutie leidt; namelijk een premiestijging.¹⁴⁷ De

¹⁴³ GwH 30 juni 2011, nr. 116/2011.

¹⁴⁴ Punt 24; Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen in het licht van de zaak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09, *Mededelingen van de Instellingen, Organen en Instanties van de Europese Unie*, te consulteren op: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:011:0001:0011:NL:PDF>. Mogelijks kan men ook de Algemene Discriminatiewet van 10 mei 2007 van toepassing verklaren op de gendergelijkheid.

¹⁴⁵ Zie punt 7 van de Richtsnoeren. Het gaat dan niet om de automatische verlengingen van reeds bestaande contracten.

¹⁴⁶ HvJ 18 oktober 2011, C-34/10, *Oliver Brüstle/Greenpeace eV*, punt 25. Zie ook zaak 327/82 *Ekro*, Jurispr. 1984, p. 107, punt 11; zaak C-285/98, *Linster*, Jurispr. 2000, p. I-6917 punt 43; zaak C-5/08, *Infopaq International*, Jurispr. 2009, p. I-6569, punt 27 en zaak C-467/08, *Padawan*, Jurispr. 2010, p. I-0000, punt 32.

¹⁴⁷ http://www.assuralia.be/index.php?id=432&L=0&tx_ttnews%5Btt_news%5D=1963&cHash=4887862ea623228f34bfac5ea019d02b, geraadpleegd op 2 oktober 2011.

verzekeringssportefeuilles bevatten immers niet even veel mannen als vrouwen en daardoor kunnen de unisekstarieven niet het gemiddelde uitmaken van de vroegere premies.¹⁴⁸ De buikreactie is dat vrouwen meer zullen gaan betalen voor, onder andere, schuldsaldoverzekeringen. Mannen zullen meer betalen voor levensverzekeringen waar het risico schuilt in het lang leven. Een beperking die wordt opgelegd aan de mogelijkheden van de verzekeraar tot segmenteren - het geslacht mag niet langer gebruikt worden - leidt tot het ontstaan van subsidiërende solidariteit. Zo ontstaan premietransfers tussen vrouwen en mannen.¹⁴⁹

Assuralia maakt daarbij een onderscheid tussen de gelijkwaardigheid en de gelijkheid van man en vrouw. Daarbij wordt erkend dat mannen en vrouwen gelijkwaardig zijn, maar dat ze simpelweg niet gelijk zijn. Dit is een interessante piste die ook steun lijkt te vinden in rechtsoverweging 17 van de Genderrichtlijn. Deze overweging stelt immers dat het beginsel van gelijke behandeling niet vereist dat de faciliteiten steeds op een gedeelde basis aan mannen en vrouwen moeten worden aangeboden. Mogelijks zet deze visie de deur wel op een kier voor 'the separate but equal' doctrine¹⁵⁰. Overweging 17 stelt dan eigenlijk dat een gesegregeerd beleid is toegelaten. Conceptueel klopt deze overweging dan ook niet. Deze visie zou men bijvoorbeeld nooit aanvaarden in het kader van ras en op het vlak van rechtszekerheid valt ervoor te pleiten om aan dezelfde concepten dezelfde definitie te geven in het Europese recht. Toch spreekt ook art. 4, lid 5 van de Genderrichtlijn in die zin. Met andere woorden, het Europese recht zelf is verwarrend en heeft behoefte aan een verduidelijking.

Een andere vraag die ook een antwoord verdient is de volgende. Heeft het Hof van Justitie met dit arrest een verfijning willen aanbrengen in de evolutie van het abstracte discriminatiebeginsel *an sich*, of heeft het daarentegen een gebrekkige formulering van de 'loutere' concretisering van dit beginsel op het vlak van de Genderrichtlijn willen verbeteren? Het aanhangen van de eerste visie leidt ertoe dat er geen weg terug is. De tweede visie daarentegen betekent dat er nog steeds een marge is voor de Europese wetgever om in te grijpen. Deze laatste piste verdient de voorkeur. Het Hof heeft immers de nadruk

¹⁴⁸ B. WEYTS, "Gelijkheid onder verzekerden" in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 272.

¹⁴⁹ J. DHAENE en S. VANDUFFEL, "Verzekerden discrimineren betekent niet noodzakelijk hen benadelen", *De Tijd* 3 mei 2005.

¹⁵⁰ Ontwikkeld door het Amerikaanse Hoogste Gerechtshof in 1896 in de zaak 'Plessy v. Ferguson'. Een zwarte ging klagen bij de rechter dat het niet eerlijk was dat zwarten in een aparte wagon moesten zitten. Het Amerikaanse Hoogste Gerechtshof zag hier echter geen graten in en stelde: "Het is niet omdat je zwarten anders behandelt dat je ze ook discrimineert." Deze rechtspraak leidde tot de 'Jim Crow Laws', waarbij vele Zuidere Staten een volledige segregatie toepasten. Deze visie toont aan wat toen te verdedigen viel en, belangrijker, wat een lege doos het discriminatiebeginsel eigenlijk is. In 1954 kwam de grote ommekeer in de zaak 'Brown v. Board of Education'. Deze zaak leidde er zelfs toe dat de heer Brown - die een zwarte huidskleur had - onder begeleiding van het leger moest toegelaten worden tot een tot dan toe blanke school.

gelegd op het probleem van de onbeperkte mogelijkheid tot het verantwoorden van een verschillende behandeling. Deze visie vindt ook steun in de richtsnoeren van de Europese Commissie.¹⁵¹ Als dit mankement wordt hersteld, staat niets een nieuwe Genderrichtlijn in de weg waarin alsnog een verschillende behandeling van deze – mijns inziens – verschillende situaties wordt toegelaten.¹⁵² Het Hof heeft dan ook louter kritiek geuit op de wijze waarop de Genderrichtlijn werd opgesteld.¹⁵³ De toekomst zal evenwel uitwijzen in welke richting het Europese recht zich begeeft.

Hoe dit ook mag evolueren, statistieken tonen aan dat vrouwen langer leven dan mannen.¹⁵⁴ Dit is een vaststaand – en objectief controleerbaar – feit dat voortaan niet meer mag gebruikt worden door de verzekeraars bij het bepalen van het risicoprofiel. Op het eerste zicht lijkt het bizar dat het Hof dit onderscheid behandelt als een discriminerend onderscheid, daar het *ogenschijnlijk* gaat om ongelijke gevallen. Welnu, ongelijke gevallen ongelijk behandelen maakt louter een – perfect legale, en zelfs verplichte in het licht van het discriminatiebeginsel – differentiatie uit. Het moge echter duidelijk zijn dat het Hof van Justitie deze piste niet is gevolgd.

In ieder geval zullen de verzekeraars zich nu moeten baseren op alternatieve risicofactoren om hun premiebepaling te maken. Er is nood aan andere segmentatiemethoden. De verzekeraars kunnen zich dan baseren op bijvoorbeeld het levensstijlcriterium.¹⁵⁵ Wetenschappelijke studies tonen immers aan dat een groot deel van de sterfgevallen wordt veroorzaakt door ongezond gedrag zoals roken, te veel drinken, vet eten en weinig bewegen.¹⁵⁶ THIERY merkt terecht op dat dit criterium waarschijnlijk niet onder de door de

¹⁵¹ Zie punt 2: Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen in het licht van de zaak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09, *Mededelingen van de Instellingen, Organen en Instanties van de Europese Unie*, te consulteren op: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:011:0001:0011:NL:PDF>.

¹⁵² C. DI TORRELA, “On lies and statistics: The relationship between gender equality and insurance”, ERA Forum 2011, 68 – 69. Te raadplegen via: <http://www.springerlink.com/content/r157070116q08k47/fulltext.pdf>.

¹⁵³ C. TOBLER, “Case C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2011”, *Common Market Law Review* 2011, vol. 48, n° 6, 2060. Deze auteur bepleit dat de opstellers in art. 3 van de Genderrichtlijn, dat de werkingssfeer behandelt, hadden moeten stellen dat er een specifiek regime van toepassing was op de verzekeringen.

¹⁵⁴ Mijn betoog is uiteraard gebaseerd op de veronderstelling dat deze premisse klopt. Zie echter, bijvoorbeeld, de “Overlap Theory”: Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 217. Deze theorie stelt in wezen dat segmentatie meestal zodanig onvolkomen is, dat mensen die zich in onderscheiden risicogroepen bevinden, feitelijk toch een vergelijkbaar risico vertonen. Deze kritiek kan mijns inziens echter gecounterd worden door te stellen dat de segmentatietechniek gebaseerd is op de waarschijnlijkheidsleer, en dat het achteraf steeds makkelijker is om de werkelijke cijfers in rekening te brengen.

¹⁵⁵ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 144.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld:

www.rtl.nl/%28/actueel/rtlnieuws/binnenland/%29/components/actueel/rtlnieuws/2010/01_januari/29/binnenland/lage-zorgpremie-bij-gezond-leven.xml

wetgever beoogde situaties valt die discriminatierechtelijk moeten beschermd worden en aldus mag gebruikt worden als differentiatiefactor, aangezien de levensstijl wel een criterium is dat onder ‘de controle’ van de verzekeringnemer valt¹⁵⁷ en dat ook in causaal verband met het eigenlijke risico staat.¹⁵⁸ Hier kunnen dan weer problemen rijzen met de privacy wetgeving.¹⁵⁹ Toch leunt deze rechtspraak aan bij de opvatting dat de levensverwachting meer afhangt van de levenswijze dan van het loutere geslacht alleen.¹⁶⁰ Op die manier wordt een aansluiting gevonden bij het gelijkheidsbeginsel als mensenrecht, dat een veruitwendiging vindt in de gelijkheid tussen individuen. Evenwel moet er nog worden gewezen op de extra moeilijkheid die dan wordt opgelegd aan de verzekeraars: de levensstijl van elk individu evolueert immers in de tijd. Zo kan een onsportieve verzekeringnemer immers tot inkeer komen en een fervent sportman worden¹⁶¹. Daarom wordt gepleit om het statistische belang van het geslacht niet helemaal uit te sluiten, maar om er op zijn minst een marginale en aanvullende rol aan te geven.

Een belangrijke nuance kan daarnaast ook blijken uit de hierboven aangehaalde Richtsnoeren van de Europese Commissie waarin wordt gesteld dat het geslacht niet uitsluitend mag leiden tot een differentiatie op individueel niveau, maar dat bijvoorbeeld de gezondheidstoestand wel een element is die een differentiatie toelaat “en die door verzekeraars vanwege bepaalde fysieke verschillen tussen de seksen alleen kan worden beoordeeld wanneer zij het geslacht van de verzekeringnemers in aanmerking nemen”. Al dit mag echter nooit resulteren in prijsdifferentiatie op individueel niveau. De Commissie geeft een interessante lijst van voorbeelden en bespreekt tevens het vaarwater van de indirecte discriminatie waarin de verzekeraars dan eventueel terecht zouden kunnen komen.¹⁶² Ook hier zal de toekomst moeten uitwijzen welke concrete gevolgen eraan verbonden kunnen worden.

¹⁵⁷ *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/1, 2.

¹⁵⁸ B.D. UNDERWOOD, “Law and the crystal ball: predicting behavior with statistical interference and individualized judgment”, *Yale Law Journal* 1978-79, afl. 7, 1444 – 1445. Consulteerbaar via: <http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr88&id=1424&collection=journals&index=journals/ylr>.

¹⁵⁹ Zie art. 8 EVRM, evenals de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens. Zie ook: B. WEYTS, “Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandhuwelijk?” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 733.

¹⁶⁰ K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekering” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 294.

¹⁶¹ B. WEYTS, “Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandhuwelijk?” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 733.

¹⁶² Zie punten 14 e.v. van deze Richtsnoeren.

In dit hoofdstuk werd onderzocht hoe de rechterlijke macht heeft ingegrepen in het veld van de schuldsaldoverzekeringen. Deze ingreep laat toe om voor een eerste maal in dit onderzoek te besluiten tot een sociale dimensie – de verzekeraars worden immers beperkt in hun segmenteringsvrijheid waardoor er als het ware een solidariteit ontstaat tussen mannen en vrouwen.

In ieder geval verdient het aanbeveling deze evolutie van nabij op te volgen, om op die manier te zien hoe de verzekeraars zich zullen gedragen op de steeds slapper wordende koord tussen verboden discriminatie en toegelaten differentiatie. Of hoe een voor het Europese Hof van Justitie sociale wenselijkheid als fictie wordt voorgehouden, waarnaar de werkelijkheid zich dan maar moet richten...

4. DE IMPERATIEF VERVAT IN ART. 138TER WLVO

Zoals in hoofdstuk I werd besproken, kan een (te?) ver doorgedreven segmentering tot gevolg hebben dat bepaalde risico's slechts aan zeer ongunstige voorwaarden worden verzekerd. In andere gevallen is het zelfs mogelijk dat de segmentering een uitsluiting van bepaalde risicoprofielen tot gevolg heeft. Voor mensen die lijden aan een bepaalde ziekte zal het niet krijgen van een schuldsaldoverzekering geen uitzondering zijn. Wanneer deze situatie zich voordoet zijn de maatschappelijke gevolgen niet te onderschatten. De wetgever wou dan ook verhinderen dat een deel van de bevolking niet of slechts aan een zeer hoge premie een schuldsaldoverzekering zou kunnen krijgen.

De wetgever voerde daarom art. 138ter WLVO¹⁶³ in, bij wet van 21 januari 2010¹⁶⁴ en baseerde zich gedeeltelijk op het in Frankrijk geldende systeem waarbij de premie vanaf een bepaalde drempel wordt gemutualiseerd. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat deze wet moet opgevat worden als een kaderwet.¹⁶⁵ Dit raamwerk moet dan verder gedetailleerd worden uitgewerkt door, in dit geval, een gedragscode.¹⁶⁶ Tot op heden ontbreken deze instrumenten¹⁶⁷, waardoor enkel art. 138ter-1 WLVO in werking is getreden, krachtens art. 18, tweede lid, van de wet van 21 januari 2010.¹⁶⁸ Momenteel is het dus wachten op actie van de Koning, die de zogenaamde 'wettelijke

¹⁶³ Ingevoerd in de WLVO bij art. 2 van de wet van 21 januari 2010, BS 3 februari 2010.

¹⁶⁴ Tegen deze wet stelde Assuralia een (gedeeltelijk) beroep tot vernietiging in. Dit beroep werd verworpen door het Grondwettelijk Hof: GwH, 10 november 2011, nr. 166/2011. Zie o.a.: "Beroep Assuralia tegen wet op toegang zwaar zieken tot schuldsaldoverzekering verworpen", *Gazet van Antwerpen*, 10 november 2011.

¹⁶⁵ *Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-1977/008, 3.

¹⁶⁶ De *ratio legis* achter deze gedragscode is dat het een flexibeler instrument zou zijn dan een wet om te kunnen inspelen op toekomstige wijzigingen. Zie het Advies van de Commissie voor Verzekeringen van 22 januari 2009, DOC C/2008/5.

¹⁶⁷ De Ombudsman van de Verzekeringen stelde dat het wel "in de *pipeline*" zit.

¹⁶⁸ BS, 3 februari 2010.

regeling⁷ moet uitwerken vooraleer deze wet volledig operationeel kan worden.¹⁶⁹

De Belgische wetgever heeft hier een principiële zeer duidelijke beleidskeuze gemaakt, volgens dewelke men *in principe* het recht moet hebben om een eigen woning te kunnen aanschaffen.¹⁷⁰ De wetgever maakt hier dan ook een keuze die aanleunt bij de subsidiërende solidariteit. Echter, men heeft niet beoogd om een absoluut recht op een schuldsaldoverzekering in het leven te roepen. “Het is duidelijk dat in het geval van ernstige, ongeneeslijke en op korte termijn dodelijke ziektes geen verzekering zal toegestaan worden”.¹⁷¹ Hij heeft dan ook een regeling willen uitwerken die de toegang van dergelijke personen tot verzekeringen verhoogt en transparanter maakt, zonder evenwel een recht op verzekering in het leven te willen roepen.¹⁷² Er is dus geen acceptatieplicht. Het valt tevens op dat het Grondwettelijk Hof hierop verschillende keren hamert in zijn arrest.

De *ratio legis* van deze gedragscode en de invoering van een medische vragenlijst is tweeledig. Enerzijds beoogde de wetgever een evenwicht te vinden tussen de noodzaak voor de verzekeraar om het gezondheidsrisico te bepalen en de bescherming van de privacy van de kandidaat verzekerde. Anderzijds beoogde hij ook de taak van het Opvolgingsbureau te vergemakkelijken.¹⁷³

4.1. INHOUD WETTELIJKE BEPALING

Art. 138ter-2 WLVO verplicht de verzekeraar de premie op te splitsen in een basis- en een bijpremie. De basispremie is de premie die wordt gelijkgesteld met de laagste premie die de verzekeringsonderneming aanbiedt voor een persoon van dezelfde leeftijd.¹⁷⁴ De bijpremie vertegenwoordigt dan als het ware de ‘sanctie’ die men moet dragen wegens de slechte(re) gezondheidstoestand. Deze premie moet dan ook goed door de verzekeraar worden gemotiveerd. Art. 138ter-3 laat de verzekeringnemer toe om het voorgestelde tarief aan te vechten. De verzekeraar is dan gehouden om dit door

¹⁶⁹ *Hand.*, Kamer, 3 december 2009, 57. Zie ook hierover: Verslag van de Commissie voor Verzekeringen over de werkzaamheden van de Commissie voor Verzekeringen in het kader van artikel 3 van de wet van 21 januari 2010 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst wat de schuldsaldoverzekeringen voor personen met een verhoogd gezondheidsrisico betreft, dat aan de Commissie voor Verzekeringen opdraagt een gedragscode uit te werken, 30 september 2010, DOC C/2010/1. Initieel was het de bedoeling dat de Commissie voor Verzekeringen deze taak op zich zou nemen; dit is echter niet gebeurd. In haar vergadering van 17 juni 2010 heeft de Commissie immers beslist om deze werkzaamheden te beëindigen.

¹⁷⁰ Logischerwijze gaat het hier niet om de vakantiewoningen e.d. Art. 138ter WLVO vindt op deze situaties dan ook geen toepassing.

¹⁷¹ *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-1977/001, 9.

¹⁷² GwH 10 november 2011, 166/2011, ov. B.12.4.

¹⁷³ *Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-1977/001, 5.

¹⁷⁴ Art. 138ter-12, derde lid WLVO.

te spelen aan een herverzekeraar. Deze herverzekeraar kan meerdere standpunten innemen.

Indien deze herverzekeraar oordeelt dat de voorgestelde premie inderdaad te hoog is en dus verlaagd moet worden, dan moet de verzekeraar dit ook daadwerkelijk doen en kan de verzekering aan een lagere premie worden gesloten. Indien de herverzekeraar echter oordeelt dat de voorgestelde prijs correct is, dan blijft deze behouden in het oorspronkelijke voorstel van de verzekeraar krachtens art. 138ter-4 WLVO. Het spreekt natuurlijk voor zich dat ook deze herverzekeraar een commerciële instelling is. Om te vermijden dat de verzekeraar en de herverzekeraar onder één hoedje gaan spelen, wordt er een Controleorgaan opgericht belast met het toezicht hierop. Als derde stap kan de kandidaat verzekerde, krachtens art. 138ter-6 WLVO, het opvolgingsbureau vragen of de bijpremie medisch en verzekeringstechnisch verantwoord is.¹⁷⁵

Art. 138ter-5 WLVO maakt gewag van een termijn van 15 dagen waarover de verzekeraar beschikt om een beslissing te nemen. Deze termijn van 15 dagen heeft enerzijds betrekking op de periode tussen de aanvraag van een verzekering en de daadwerkelijke beslissing maar anderzijds ook op de periode nadat de verzekeraar kennis neemt van de weigering van de kandidaat verzekeringnemer. Indien de verzekeraar weigert om dekking te verlenen moet hij dit duidelijk en uitdrukkelijk per brief meedelen. In deze brief moet tevens worden vermeld dat men contact kan opnemen met de behandelende arts van de verzekeraar.

Art. 138ter-11 bepaalt dat indien de verzekeraar een bijpremie aanreket die meer dan 200 % van de basispremie bedraagt, deze gehouden is de gestandaardiseerde waarborg aan te bieden. Deze bedraagt € 200 000 indien de kandidaat verzekerde het hypothecaire krediet alleen aangaat. Art. 138ter-12 stelt dat er bij KB een basispercentage wordt vastgelegd. Dit betekent dus dat de wetgever er vanuit gaat dat de premie een bepaalde drempel niet mag overschrijden. Als de aangerekende bijpremie toch hoger is dan dit basispercentage, zal het verschil worden bijgepast door de Compensatiekas. In dit geval moet de verzekeringnemer de bijpremie dus niet volledig zelf dragen.

4.1.1. *Compensatiekas*¹⁷⁶

Deze Compensatiekas zal tussenkomen in de meest noodzakelijke gevallen en wordt gefinancierd door bijdragen van de verschillende verzekeraars. Deze verzekeraars zullen natuurlijk niet minder winst willen maken door dit ongetwijfeld nobele initiatief van onze wetgever. Zij gaan hoogstwaarschijnlijk de lasten die zij moeten dragen doorrekenen aan de andere verzekeringnemers, wat leidt tot een globale stijging van de premies.

¹⁷⁵ *Hand.*, Kamer, 3 december 2009, 56.

¹⁷⁶ Ingesteld bij art. 138ter-9 WLVO.

4.1.2. Controleorgaan

Art. 138ter-6 WLVO toont aan dat de wetgever voelde dat er kritiek ging komen. Men gaat een Opvolgingsbureau oprichten die al dit moet monitoren. Daarnaast is de Commissie voor Verzekeringen, die bestaat uit professoren en vertegenwoordigers van verschillende belangenconflicten (VBO...), gehouden hier om de 2 jaar een verslag over op te stellen. Het gaat hier om een vorm van evaluatie, krachtens art. 138ter-7 WLVO.

4.2. MAATSCHAPPELIJK BELANG

Hier kan een hete aardappel worden aangehaald. Moet er eigenlijk *überhaupt* solidariteit zijn tussen alle verzekeringnemers? Leidt een segmentering van de risico's er niet toe dat iedereen gewoon 'zijn eigen prijs' wilt betalen? Deze vraag is een andere verwoording van de hierboven aangehaalde spanning tussen de kanssolidariteit en de subsidiërende solidariteit.

De verzekeraars argumenteren traditioneel dat iedereen een premie betaalt die in verhouding staat tot het concrete risico dat hij of zij vertegenwoordigt. Als deze verzekeraars vervolgens door de wetgever worden gedwongen om de premies voor bepaalde kandidaat-verzekeringnemers betaalbaar te houden, zal dit tot een globale stijging van de premies leiden. Deze andere verzekerden subsidiëren dan als het ware de kwetsbare groep.¹⁷⁷ Dit wordt bestempeld als het conflict tussen enerzijds de verzekeringstraditie die gelijkheid tussen groepen wenst te bereiken, en het individu als lid van een groep behandelt aan de hand van de actuariële wetenschap, en anderzijds de mensenrechtenbenadering die streeft naar sociale rechtvaardigheid die resulteert in adequate en betaalbare verzekering, als een gelijkheid tussen individuen.¹⁷⁸ Er rijzen dus enkele fundamentele vragen omtrent de opportuniteit van dergelijk wettelijk ingrijpen. Het antwoord hierop is een beleidskeuze¹⁷⁹, waarop gemengde reacties komen. In gevallen als deze kiest de wetgever voor een vorm van subsidiërende solidariteit. Het probleem van de uitsluiting van bepaalde risico's kan blijkbaar alleen worden opgelost door het opleggen van een zekere mate van subsidiërende solidariteit tussen de verschillende categorieën van verzekeringnemers.¹⁸⁰

¹⁷⁷ S. VANDUFFEL, "Unisekstarieven verzekeringen zijn Pyrrusoverwinning", *De Tijd* 29 november 2007.

¹⁷⁸ "42^{ste} Congres van de Vlaamse Juristenvereniging te Gent (Ugent) op 20 oktober 2006. Verslagen van de sectievergaderingen", *RW* 2006-07, 782.

¹⁷⁹ B. WEYTS, "Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector: een verstandhuwelijk?" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 732 en B. WEYTS, "Gelijkheid onder verzekerden" in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 244.

¹⁸⁰ N. DE PRIL en J. DHAENE, "Commissie voor verzekeringen – Rapport van de werkgroep segmentering" in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Competitiviteit, ethiek en verzekering*, Reeks CRIS, 10, Antwerpen, Maklu, 1998, 28.

Ook minder gefortuneerde burgers, zoals chronisch zieken en gehandicapten, hebben recht op de mogelijkheid om zich een eigen woning aan te schaffen en een dak boven het hoofd te hebben. Als het verkrijgen van een schuldsaldoverzekering een van de noodzakelijke voorwaarden is, dan moet deze voorwaarde ook kunnen worden vervuld. Er is hier dan ook een link - weze die misschien indirect - met het recht op behoorlijke huisvesting. Dit recht, als sociaal grondrecht, wordt gewaarborgd door verschillende rechtsbronnen: zowel art. 23, derde lid, 3° GW; art. 8 EVRM; art. 1 Prot. EPEVRM; art. 31 HESH als art. 11 IVESCR behelzen dit recht. Het moge duidelijk zijn dat de problematiek inzake de schuldsaldoverzekering hierdoor wordt geïllustreerd. Men moet het eens zijn met J. VELAERS wanneer hij stelt dat het in beginsel echter een taak van de overheid is om in te staan voor de effectieve verwezenlijking van de sociale grondrechten.¹⁸¹ Volgens art. 23 van de GW komt het immers toe aan de overheid om deze rechten “bij wet, decreet of ordonnantie” te waarborgen.

De wetgever sloeg velen dan ook met verstomming met de gebruikte techniek. Het lijkt immers een brug te ver om de private verzekeringssector hiervoor te laten opdraaien. Het komt dan ook niet aan de collectiviteit der verzekerden toe kosten ten laste te nemen die de publieke overheid weigert nog verder ten laste te nemen.¹⁸² Immers, levensnoodzakelijk geachte verzekeringen kunnen worden opgenomen in een vorm van sociale zekerheidssysteem. Dit laatste maakt ook een logischer alternatief uit, om dit – eventueel slechts gedeeltelijk - via de overheid praktisch te regelen. De vraag rijst dan ook of de door de wetgever gekozen methode geen disproportionele last betekent voor de private verzekeringsondernemingen.

In het arrest dat het Grondwettelijk Hof velde als antwoord op het verzoek tot vernietiging van deze wet wordt verschillende keren uitdrukkelijk benadrukt dat er geen absoluut recht in het leven werd geroepen.¹⁸³ Mijn reactie op deze nuance van het Hof is dan de volgende: worden de echte problemen dan wel opgelost? De onverzekerbare risico's zullen ook na deze wet zonder verzekering blijven. Ofwel wordt het systeem tot het uiterste - zijnde een acceptatieplicht – gedreven, wat een nog verregaandere intrusie op de segmenteringsvrijheid zou zijn en daarom niet navolgenswaardig.¹⁸⁴ Maar

¹⁸¹ J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 107 en K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekering” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 307.

¹⁸² Zie hierover: H. COUSY en B. DUBUISSON (eds.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen-Apeldoorn, Academia-Bruylant, 2007, 8.

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld overweging B.12.4.

¹⁸⁴ Dit zou in wezen een ‘recht op contract’ in het leven roepen. Zie hierover ook: A. VAN OEVELEN, “De eenzijdige beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van verzekering?”, *RW* 2003-04, afl. 28, 1081-1097.

schiet deze wet dan niet ten dele voorbij aan zijn doel? Er is dus nood aan een alternatief voor dit wettelijk ingrijpen.

S. VANDUFFEL haalt enkele interessante overwegingen aan in dit opzicht.¹⁸⁵ Hij suggereert om bijvoorbeeld met zogenaamde verzekeringscheques te werken en stelt dat het beter en transparanter zou zijn om dit via belastinggeld te financieren. Er is een nuttige gelijkenis tussen deze zogenaamde ‘verzekeringscheques’ en, bijvoorbeeld, de ondertussen afgeschafte ‘ecopremie’. Ook Assuralia heeft reeds in die zin gedacht, waarbij dan het stuk van de bijpremie ten laste van de overheid zou worden gelegd en waarbij de verliezen van het tarifieringsbureau zouden worden verdeeld tussen de verzekeringssector, de kredietinstellingen¹⁸⁶ en de overheid.¹⁸⁷ Ook in een Advies van de Commissie voor Verzekeringen wordt dit geopperd.¹⁸⁸

Logischerwijze zouden de financiële lasten van deze beleidsdaad ten laste komen van de overheid. In woelige tijden voor de begroting, zoals het huidige klimaat, spreekt het echter voor de overheid om deze last ook niet op zich te nemen. Dit kan echter slechts een argument van tijdelijke aard zijn. Ten slotte kan nogmaals opgeworpen worden dat het hier om een kaderwet gaat, waarvan het toepassingsgebied nog verder moet worden verfijnd. Het moge met andere woorden duidelijk zijn dat er nog veel inkt zal vloeien over dit wetgevend ingrijpen. Het is niet uitgesloten dat er alsnog fel gesleuteld wordt aan de inhoud van deze wet.

Hoewel hier ten strijde wordt getrokken tegen deze principiële kaderwet, is er wel ruimte voor een andere oplossing, gebaseerd op een redelijke houding van alle betrokken partijen. Als de verzekeraars meer redelijkheid aan de dag leggen ten aanzien van het toepassen van het proportionaliteitsbeginsel bij het beoordelen van een risicoprofiel, zouden al veel ‘probleemgevallen’ een oplossing kunnen krijgen. Vaak is het immers disproportioneel om hele hoge premies te vragen die *de facto* op een weigering tot verzekeren neerkomen. Assuralia zou hierin dan ook een voortrekkersrol moeten spelen. Helaas kan men deze constructieve houding echter niet afleiden uit enkele voorbereidende adviezen gedaan in de schoot van de Commissie voor Verzekeringen.¹⁸⁹ Door deze houding aan te nemen schieten de verzekeraars dan ook gedeeltelijk in hun eigen voet.

¹⁸⁵ S. VANDUFFEL, “Unisekstarieven verzekeringen zijn Pyrrusoverwinning”, *De Tijd* 29 november 2007.

¹⁸⁶ Dit is niet onlogisch aangezien de kredietinstellingen (in)direct voordeel zullen halen uit een grotere beschikbaarheid.

¹⁸⁷ “Assuralia wil toegang zwaar zieken tot verzekering schuldsaldo aanvechten”, *Het Laatste Nieuws* 23 juni 2010.

¹⁸⁸ Advies van de Commissie voor Verzekeringen over de problematiek van de verzekeraarbaarheid van personen met een verhoogd gezondheidsrisico: voorstel voor een tarifieringsbureau schuldsaldoverzekering, DOC C/2009/1.

¹⁸⁹ Zie Advies van de Commissie voor Verzekeringen, 22 januari 2009, DOC C/2008/5. Zie ook Advies van de Commissie voor Verzekeringen, 25 juni 2009, DOC C/2009/1.

Wat er ook van zij, het lijkt geen twijfel dat art. 138^{ter} WLVO principieel verstreckende gevolgen heeft. De federale wetgever legt de lasten van een verzekering die alle kenmerken lijkt te hebben van een sociale verzekering voor de totaliteit ten laste van de private verzekeringssector.

4.3. ART. 138TER WLVO BEKEKEN DOOR EEN DISCRIMINATIERECHTELIJKE BRIL

Deze bepaling verdient echter ook een discriminatierechtelijke analyse. Er wordt terecht opgemerkt dat het segmenteren tot op zekere hoogte een plicht is voor de verzekeraars, juist als een veruitwendiging van het gelijkheidsbeginsel.¹⁹⁰ Indien verzekeraars niet segmenteren, zouden zij immers ongelijke gevallen gelijk behandelen. Daarenboven moet de verzekeraar niet voor elk onderscheid dat hij maakt een objectieve en redelijke verantwoording kunnen geven; dit is enkel het geval indien vergelijkbare situaties met elkaar worden vergeleken.¹⁹¹ Een criterium dat de verzekeraar aangrijpt om een verzekering te weigeren of een hogere premie te vragen, is daarenboven slechts passend indien het ook daadwerkelijk een invloed heeft op het risico.¹⁹² Zo is, bijvoorbeeld, diabetes een ziekte die niet noodzakelijkerwijze een slechter risico inhoudt op het vlak van levensverzekeringen, aangezien diabetici vaak juist heel gezond leven.¹⁹³ Ook dit laatste zou dan een overweging kunnen zijn die de verzekeraars ter harte moeten nemen.

Art. 138^{ter} WLVO moet er toe leiden dat de risico's die normaliter niet of tegen zeer ongunstige voorwaarden dekking verkrijgen, dit nu kunnen krijgen tegen een premie die onder een vastgelegde grens moet blijven. Er treedt aldus een subsidiërende solidariteit in werking, daar de schadelast *in globo* wordt verhoogd. Indien de wet verbiedt om bepaalde risicofactoren als differentiatiecriterium aan te wenden, door bijvoorbeeld het onderzoek naar de gezondheidstoestand van de verzekerde te beperken, legt zij als het ware een subsidiërende solidariteit op en wordt er op die manier een positieve discriminatie (zie *infra*) op poten gezet.¹⁹⁴

¹⁹⁰ J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 101.

¹⁹¹ J. VELAERS, "De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken", in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 88.

¹⁹² Y. THIERY, "De anti-discriminatiewet : verzekeren over dezelfde kam?", *TBH* maart 2003, afl. 8, 655.

¹⁹³ *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1578/8, 10. Zie ook: B. WEYTS, "Gelijkheid onder verzekerden" in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 256.

¹⁹⁴ K. BERNAUW, "De wet bestrijding discriminatie en verzekering" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 288.

Vooraleer er sprake kan zijn van een discriminatie moeten gelijke of vergelijkbare gevallen ongelijk worden behandeld, dan wel ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Welnu, personen die omwille van hun risicoprofiel normaliter niet of slechts tegen een zeer hoge premie verzekeringsdekking krijgen, zullen nu, *in principe*, toch nog dekking krijgen als een resultaat van dit wetsartikel.

4.3.1. *Genezen verklaard maar toch anders behandeld: overbodige bescherming?*

Voor mensen die van, bijvoorbeeld, kanker genezen zijn verklaard maar toch geen schuldsaldoverzekering kunnen krijgen kan ik opmerken dat het *in principe* gaat om een verschillende behandeling van gelijkaardige gevallen. Personen die genezen zijn verklaard van een ziekte worden immers anders behandeld dan personen die nooit aan de ziekte hebben geleden, hoewel ze allebei gezond zijn.¹⁹⁵ Hoewel de wetgever ervoor heeft geopteerd om deze gevallen uitdrukkelijk toch een bescherming te bieden door middel van deze bepaling, was dit overbodig. Deze verschillende behandeling kan immers enkel gerechtvaardigd zijn indien het gaat om een legitiem doel¹⁹⁶ en de aangewende middelen passend en noodzakelijk zijn. Welnu, de houding van de verzekeraar om *überhaupt* geen verzekering aan te bieden of dit slechts te doen tegen zeer ongunstige voorwaarden, zou wel eens kunnen sneuvelen bij de proportionaliteitstest. Er waren dus minder belemmerende maatregelen voor handen. De rechtspraak had via de bestaande antidiscriminatiewetgeving kunnen ingrijpen. De verzekeraar zou dan, voor de gevallen waarin dit gerechtvaardigd is, beter werken met een hogere franchise of een plafonnering van het verzekerde bedrag. Op die manier kan hij meer garanties bieden voor het recht op gelijke behandeling van de verzekeringnemer.¹⁹⁷ Eventueel zou men uit dit wettelijk ingrijpen ook kunnen afleiden dat ‘de preventieve rol’¹⁹⁸ die aan het discriminatierecht wordt toebedeeld, niet werkt.

¹⁹⁵ D. MUSSCHOOT, “Eens kankerpatiënt, altijd kankerpatiënt”, *De Standaard* 27 mei 2008. Hoewel art. 95 WLVO enkel spreekt van de ‘huidige gezondheidstoestand’, kan de verzekeraar deze van het verleden ook te weten komen door een simpele vragenlijst.

¹⁹⁶ Het legitiem doel wordt geacht vervuld te zijn omwille van het feit dat de verzekeringssector een private sector is die slechts kan bestaan indien ze economisch rendabel is. De segmentering is aldus een noodzakelijke voorwaarde voor de rendabiliteit van deze sector. Zie: J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, in H. COUSY en C. VAN SCHOU BROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 92.

¹⁹⁷ K. THIENPONT (ed.), “Discriminatie als grens van de segmentering”, *Verzekeringsnieuws*, 2005, nr. 42.

¹⁹⁸ B. WEYTS, “Gelijkheid onder verzekerden” in *Tendensen in het bedrijfsrecht: gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 281.

4.3.2. Chronisch zieken en gehandicapten

Wanneer het daarentegen gaat om personen die effectief lijden aan een bepaalde ziekte, maar die krachtens art. 138^{ter} WLVO toch een verzekering moeten kunnen krijgen tegen een bepaalde premie die onder een bepaald maximum moet blijven, is de situatie anders. In dit geval zullen immers ongelijke gevallen een gelijke behandeling krijgen.

a. Driestappentest

Dit onderscheid kan worden gerechtvaardigd. Deze eventuele rechtvaardiging vindt plaats aan de hand van een op Europese lijst geschoeide driestappentest. Het verschil in behandeling kan dan gerechtvaardigd worden indien er sprake is van een legitiem doel en de gekozen middelen passend en noodzakelijk zijn. Onderzocht moet dus worden of het wettelijk ingrijpen van de wetgever aan deze cumulatieve voorwaarden voldoet. Een van de grootste hierboven aangehaalde pijnpunten was de gekozen methodiek. Deze kritiek kan men ook hier weer aanhalen. Een beter alternatief zou zijn om dit te regelen via belastinggeld, met bijvoorbeeld verzekeringscheques. Men kan deze zorg ook verwoorden in het licht van het criterium van de vergelijkbare doeltreffendheid, waarbij de overheid eerst de nuttige alternatieven moet overzien.¹⁹⁹

De vereiste van een legitiem doel wordt wel ingevuld, daar het gaat om het beschermen van een bepaalde bevolkingsgroep. De noodzakelijkheidseis lijkt in eerste instantie ook te zijn vervuld, daar de praktijk aantoonde dat het marktfunctioneren er in de private verzekeringssector toe leidt dat deze mensen simpelweg worden uitgesloten van de solidariteit onder verzekeringnemers.

b. Algemene rechtvaardigingsmogelijkheid: positieve actie

De wetten van 10 mei 2007 bevatten tevens twee algemene rechtvaardigingsgronden. Het gaat dan om enerzijds ‘positieve actie’ en anderzijds de zogenaamde ‘algemene vrijwaringsclausule’²⁰⁰. De voor dit onderdeel relevante denkpiste is die van de positieve actie. Er zal dan geen sprake meer zijn van een discriminatie. De antidiscriminatiewetgeving omschrijft positieve actie als ‘specifieke maatregelen om de nadelen verband houdende met een van de beschermde criteria te voorkomen of te compenseren, met het oog op het waarborgen van een volledige gelijkheid in de praktijk’.²⁰¹ Positieve actie moet daarenboven met een meer

¹⁹⁹ J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken”, in H. COUSY en C. VAN SCHOUBROECK (ed.), *Discriminatie in verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2007, 108.

²⁰⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer 2006-07*, nr. 2721/001, 13. Het gaat dan om art. 11 van de nieuwe algemene discriminatiewet.

²⁰¹ Art. 4, 11° Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS 30 mei 2007*.

resultaatgeoriënteerde benadering van gelijkheid²⁰² geassocieerd worden en kan verschillende vormen aannemen.²⁰³ Maatregelen van positieve discriminatie zijn een van de mogelijkheden die aangetroffen kunnen worden op deze waaier van mogelijkheden. Deze zijn erop gericht om nadelen verbonden aan beschermde kenmerken te voorkomen of te compenseren.²⁰⁴ Krachtens rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moeten deze maatregelen van tijdelijke aard zijn, moeten zij samen met de kennelijke ongelijkheid tussen de categorieën verdwijnen en mogen zij verder niet leiden tot de onnodige beperking van andermans rechten.²⁰⁵

Wanneer de wet een subsidiërende solidariteit oplegt, wordt als het ware een positieve discriminatie opgelegd. Er wordt terecht opgemerkt dat, indien men de schadelast verhoogt, dit moet gefinancierd met hogere premies voor de andere verzekeringnemers, daar dit systeem werkt als “communicerende vaten”.²⁰⁶ Art. 138ter WLVO kan dan worden beschouwd als een maatregel van positieve discriminatie aangezien ook (chronisch) zieken en gehandicapten nu verzekerbare risico’s zullen zijn. Problemen kunnen wel rijzen met de vereiste van het tijdelijk karakter dat werd opgelegd door het Grondwettelijk Hof en de wetgever. Men kan deze rechtvaardigingsgrond niet blijven aanhouden. Er moet dan ook heil worden gezocht in een andere grond.

c. Redelijke aanpassing voor personen met een handicap

Men zou deze bepaling ook kunnen zien als een vorm van zogeheten redelijke aanpassingen voor personen met een handicap. Onze wetgever wenst immers ongelijke gevallen (zieken en gehandicapten) ook ongelijk te behandelen in vergelijking met gezonde personen, in die zin dat hij een regeling ontwikkelt die is aangepast aan hun specifieke omstandigheden. Redelijke aanpassingen kunnen worden gezien als een vorm van positieve actie.²⁰⁷ Deze redelijke aanpassingen zorgen er dan voor dat personen die zich in een onaangepaste

²⁰² M. DE VOS, “Positieve discriminatie en positieve actie in het Europese en Belgische discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 301.

²⁰³ M. DE VOS, “Positieve discriminatie en positieve actie in het Europese en Belgische discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 302.

²⁰⁴ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 497.

²⁰⁵ Arbitragehof 14 juli 1997, nr. 42/97, *BS* 3 september 1997, ov. B.20; Arbitragehof 27 januari 1994, nr. 9/94, *BS* 23 maart 1994, ov. B.6.2 en Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *BS* 18 oktober 2004, ov. B.79. Zie Art. 10, § 2: i) er moet een kennelijke ongelijkheid zijn, ii) het verdwijnen van deze ongelijkheid moet worden aangewezen als een te bevorderen doelstelling, iii) deze maatregel moet van tijdelijke aard zijn en verdwijnen zodra de beoogde doelstelling is bereikt en iv) deze maatregel mag andermans rechten niet onnodig beperken. De wetgever nam aldus de criteria van het Grondwettelijk Hof over.

²⁰⁶ K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekering” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 294. Zie ook: “42^{ste} Congres van de Vlaamse Juristenvereniging te Gent (Ugent) op 20 oktober 2006. Verslagen van de sectievergaderingen”, *RW* 2006-07, 783.

²⁰⁷ Zie bijvoorbeeld art. 6 van de Genderrichtlijn.

situatie bevinden, volwaardig en op gelijke wijze als andere personen kunnen participeren in de maatschappij.²⁰⁸

Het is nuttig hier nog even de redelijke aanpassingen af te zetten van de positieve discriminatie. Zo bestaat er een procedureel verschil, aangezien positieve discriminatie geen verplichting inhoudt, maar een gunstmaatregel is, die door de anti-discriminatiewetgeving op horizontaal en verticaal niveau louter wordt getolereerd.²⁰⁹ Redelijke aanpassingen vormen daarentegen eerder een deel van het discriminatiebeginsel en zijn dan ook verplicht.²¹⁰ Ook inhoudelijk is er een verschil, nu redelijke aanpassingen geen gelijkheid in resultaat, maar eerder een gelijkheid van kansen nastreven.

Er is ook nood aan een duidelijke begripsbepaling van de term ‘handicap’. Immers, het is slechts voor personen met een handicap dat er een expliciete plicht tot het nemen van redelijke aanpassingen bestaat.²¹¹ Vooralsnog bestaat er geen traditie om ook andere groepen dan ‘gehandicapten *an sich*’ binnen deze redelijke aanpassingen te brengen.²¹² Men kan echter een interessante tweedeling maken om dit begrip in te vullen.²¹³ Zo is enerzijds een medische definitie mogelijk, maar anderzijds ook een sociale. De medische definitie stelt dat de problemen waarmee een gehandicapte persoon in aanraking komt toe te schrijven zijn aan zijn eigen ‘intrinsieke’ afwijkingen of gebreken. Een sociale definitie van handicap impliceert dat deze problemen zich bevinden in de maatschappelijke – extrinsieke – barrières, die dus gelegen zijn buiten de persoonlijke eigenschappen van de gehandicapte.²¹⁴ Het spreekt voor zich dat, indien de sociale definitie wordt aangehangen, men kan besluiten dat art. 138ter WLVO een redelijke aanpassing is voor personen met een handicap.

²⁰⁸ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 495; D. DE PRINS, J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 493 en J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer Uitgevers, 2003, 121.

²⁰⁹ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 498 en J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet, een kritische bespreking” in *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 343.

²¹⁰ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 499. Zie artikel 14 van de Algemene Discriminatiewet.

²¹¹ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 71.

²¹² L. WADDINGTON, “Reasonable Accomodation” in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 701.

²¹³ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 71; M. DE VOS, “Waarom zieken geen gehandicapten zijn”, *De Morgen* 13 juli 2006.

²¹⁴ T. DEGENER, “Definition of Disability” in G. QUINN (ed.), *E.U. Networks of experts on disability discrimination*, Brussel, European Commission – Anti-Discrimination and relations with the civil society unit, 2004, 1 en M. DE VOS, “De Bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?”, *RW* 2006-07, afl. 7, 323-339. Zie ook: M. OLIVER, “Social Policy and disability:some theoretical issues”, *Disability & Society* 1986, afl. 1, 16.

In de zaak *Chacón Navas*²¹⁵ legt het Hof van Justitie de nadruk op de functionele beperking van de persoon die zich gediscrimineerd voelt en zet het Hof de stap naar de medische definitie, er wordt gesteld dat een (tijdelijke) ziekte geen handicap uitmaakt.²¹⁶ Indien de ziekte een chronisch karakter zou hebben, voldoet ze dan weer wel aan de vereiste om te worden gekwalificeerd als een handicap. Er wordt aldus geen rekening gehouden met de vraag of de omgeving van deze persoon wel voldoende is aangepast aan deze beperkingen.²¹⁷

Het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap²¹⁸ lijkt expliciet te kiezen voor een sociale invulling van het begrip ‘handicap’.²¹⁹

Het moge duidelijk zijn dat de invulling van het begrip ‘handicap’ aan een constante evolutie onderhevig is. De rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt dan ook nog vatbaar te zijn voor wijzigingen, om eventueel te evolueren naar een meer sociale invulling. Hierbij aansluitend kan men tevens gewag maken van een amendement dat het Europees Parlement indiende bij het Voorstel van Kaderrichtlijn buiten arbeid om een definitie gelijkaardig aan die in het VN-Verdrag op te nemen in de tekst van het Voorstel.

4.4. BESLUIT

In dit deel werd getracht art. 138ter WLVO zowel een verzekeringstechnische als een discriminatierechtelijke analyse te geven. In het eerste luik is benadrukt dat de verzekeraar gehouden is risico's te verzekeren die normaliter geen of slechts aan een hoge premie een schuldsaldoverzekering krijgen. Verzekeringstechnisch botst deze vaststelling natuurlijk met de eerder aangehaalde economische plicht tot het vermijden van subsidiërende solidariteit. Toch werd gepleit voor een andere oplossing, een waarnaar al werd verwezen in het besluit bij het eerste hoofdstuk. De verzekeraars grijpen te snel terug naar het motief van de financiële stabiliteit om slechte risico's te weigeren. Dit initiatief van de wetgever moet dan ook worden beschouwd als een concreet antwoord op de houding van de verzekeraars, die op het eerste zicht weinig redelijkheid vertoont. Een correcte invulling van de proportionaliteitstest kan dan ook al veel problemen van de baan helpen. Deze proportionaliteit moet begrepen worden als een plicht voor de verzekeraar om steeds eerst terug te grijpen naar alle mogelijke alternatieven die minder belemmerend zijn. Deze plicht heeft ook betrekking op de rechterlijke toetsing.

²¹⁵ HvJ 11 juli 2006, *Sonia Chacón Navas/eurest Colectividades*, C-13/05, Jur. 2006, I-6467, ov. 43.

²¹⁶ M. DE VOS, “Waarom zieken geen gehandicapten zijn”, *De Morgen* 13 juli 2006.

²¹⁷ Y. THIERY, *Discriminatie en Verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 75.

²¹⁸ Convention on the rights of Persons with Disabilities, aangenomen te New York op 13 december 2006, www.un.org/disabilities/default.asp?id=259.

²¹⁹ Art. 1 stelt immers: “those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others”.

De rechtspraak kan immers met de reeds bestaande antidiscriminatiewetgeving op tijd een halt toe roepen aan een te ver doorgedreven segmentering.

Het discriminatierechtelijke luik opent dimensies die er ogenschijnlijk niet aan verbonden zijn. Een ogenschijnlijk simpel wetgevend ingrijpen krijgt immers een verregaande discriminatierechtelijke analyse. Bij het horen van termen als 'positieve actie' en 'redelijke aanpassingen' denken we normaliter aan respectievelijk bijvoorbeeld genderquota in raden van bestuur en het openstellen van publieke gebouwen voor rolstoelgebruikers. Getracht werd deze terminologie een breder materieel toepassingsgebied te geven.

Hier kan men tevens besluiten tot een tweede sociale dimensie. De wetgever wenst immers een solidariteit in te stellen tussen goede en slechte risico's inzake de segmenteringsfactoren ziekte en handicap.

5. CONCLUSIE TER UITLEIDING

In dit onderzoek werd getracht een overzichtelijke analyse te maken van enerzijds een verzekeringstechnische en anderzijds een discriminatierechtelijke benadering van enkele actuele problemen inzake de schuldsaldoverzekering. Deze verzekering heeft een diepere dimensie dan op het eerste zicht blijkt. Dit onderzoek werd deels opgevat als een onderzoek naar de sociale dimensie van de schuldsaldoverzekering. Dit is aan de ene kant te danken aan een (falend?) wettelijk ingrijpen van de Belgische wetgever, doch anderzijds ook aan een wijzigende opvatting van de omvang van het gelijkheidsbeginsel.

Het gelijkheidsbeginsel in de verzekeringstechnische benadering hangt een gelijkheid tussen groepen aan, waarbij er *de facto* een ongelijkheid tussen individuen ontstaat. Deze benadering staat in schril contrast met de mensenrechtelijke benadering, waarbij men een gelijkheid tussen individuen nastreeft. Deze laatste opvatting stelt dat er moet worden gestreefd naar een sociale rechtvaardigheid, waarin ieder individu recht heeft op een betaalbare en passende verzekering. Art. 138ter WLVO kadert hier perfect in. De wetgever formuleert immers een antwoord op een doorgedreven gebruik van de techniek van de segmentering die ertoe leidt dat bepaalde risico's worden beschouwd als onverzekerbare risico's. In het licht van het recht op een behoorlijke huisvesting, is dat natuurlijk een zeer problematische beschouwing. Hoewel deze basisidee wordt gedeeld met onze wetgevende macht, wordt een alternatieve methode bepleit. In deze alternatieve methode is nood aan een – misschien ietwat naïef? - moedigere houding van de verzekeraars waarbij zij afwijken van hun neurotische opvatting van het argument van de financiële stabiliteit als een economische plicht om een doorgedreven segmentering te gebruiken. Ook de rechtspraak heeft hier een belangrijke rol te spelen. De bestaande regelgeving laat toe om het proportionaliteitsgehalte te toetsen, zodat de verzekeraars op tijd een halt kunnen worden toegeeroepen. De

preventieve functie van de gelijkebehandelingsnorm kan dan weer zegevieren. Hoewel deze visie op het eerste zicht neerkomt op een toegeving aan de kant van de verzekeraars, zullen zij hier op het einde van de rit alleen maar beter van worden omdat onze wetgever dan niet meer is genoodzaakt om zulke principiële denkkaders om te zetten in wetten. De ‘echte’ probleemgevallen kan de overheid dan ten laste nemen, en dan nog het liefst door middel van een vorm van sociale zekerheid.

Een andere belangrijke dimensie werd gecreëerd door een ingrijpen op Europees niveau. Het Europese Hof van Justitie verklaarde immers een bepaling die een uitzonderingsregime voor de verzekeringsmarkt organiseerde ongeldig. De schokgolf als gevolg hiervan was ontzettend groot. Ook hier is echter nood aan een genuanceerde opvatting. Er is immers nog steeds manoeuvreerruimte voor de Europese wetgever om in te grijpen. Een opmerking die hierbij aanleunt, is de evoluerende rol die het Hof van Justitie zich lijkt toe te eigenen. Daarbij lijkt het te evolueren van een beschermer van de vrijheden naar een beschermer van sociale rechten. Het Test-Aankoop arrest illustreert deze evolutie. Het valt dus zeker aan te raden om in het oog te houden hoe het Hof van Justitie zich in de toekomst zal verhouden tot het EHRM en tot ons Belgisch Grondwettelijk Hof.

Desalniettemin mogen deze evoluties ook niet worden genegeerd en allemaal onder de mat worden gemoffeld als zijnde vergissingen. Er is een evolutie op til of, op zijn minst, hangende. Het gelijkheidsbeginsel is aan een opmars bezig. Dit noopt er toe om de abstracte gedragsnorm die stelt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, aan een dieper onderzoek te onderwerpen. Het leerstuk van het gelijkheidsbeginsel is er een met een enorm abstract gehalte, en wordt daardoor ook heel complex wanneer toegepast op de verzekeringstechniek. Reeds eerder werd gesproken over de slappe koord tussen discriminatie en differentiatie waarop de verzekeraar zich steeds begeeft.

Het discriminatierecht in België is er een van complexe aard. Daarbij wijkt het nog eens af van het gelijkheidsbeginsel zoals ontwikkeld door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens enerzijds, doch anderzijds ook van de opvattingen die het Europese Hof van Justitie eraan gaf. Daarbij lijkt het steeds ‘*the best of both worlds*’ te kiezen, waardoor het Belgische recht soms ontspoot in een kluwen van opvattingen dat misschien wel *too much too soon* is. Deze opvattingen hebben ontegensprekelijk een fundamentele impact op het ganze verzekeringswezen. Het is dus aan de verzekeraars om steeds op te letten wanneer de vaak aangehaalde koord nog een beetje slapper wordt gemaakt, dan wel juist meer wordt aangetrokken.