

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. S.22.0021.N

ALLIANZ BENELUX nv, met zetel te 1000 Brussel, Koning Albert II-laan 32
ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0403.258.197,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Martin Lebbe, advocaat bij het Hof van Cassatie, met
kantoor te 1060 Brussel, Jourdanstraat 31, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. **C.S.**,

2. **INSTITUUT VOOR DE GELIJKHEID VAN VROUWEN EN
MANNEN**, met zetel te 1070 Brussel, Ernest Blerotstraat 1, ingeschreven bij
de KBO onder het nummer 0873.091.753,

verweerders,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist en mr. Beatrix Vanlerberghe, beiden
advocaat bij het Hof van Cassatie, beiden met kantoor te 2000 Antwerpen,
Amerikalei 187/302, waar de verweerders woonplaats kiezen.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het arbeidshof te Brussel van 6 september 2019.

Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft op 28 maart 2025 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Sectievoorzitter Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF***Beoordeling***

(...)

Derde middel

1. Krachtens artikel 23, § 1, Genderwet kan het slachtoffer ingeval van discriminatie een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden moet aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag uiteengezet in paragraaf 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

Krachtens artikel 23, § 2, Genderwet, zoals te dezen van toepassing, wordt de in paragraaf 1 bedoelde forfaitaire schadevergoeding als volgt bepaald:

1° met uitzondering van het hierna bedoelde geval, wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, bepaald op 650 euro; dat bedrag wordt verhoogd tot 1300 euro indien de dader niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade;

2° indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning; wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie waarin artikel 20 voorziet, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1°.

Krachtens artikel 25, § 2, Genderwet, zoals te dezen van toepassing, kan de voorzitter van de rechtbank op vraag van het slachtoffer de in artikel 23, § 2, bedoelde forfaitaire schadevergoeding aan het slachtoffer toekennen.

Uit deze bepalingen volgt dat de forfaitaire vergoeding bepaald in artikel 23, § 2, 2°, slechts van toepassing is in geval van vorderingen tegen de werkgever. In alle andere gevallen is de forfaitaire vergoeding zoals bepaald in artikel 23, § 2, 1°, Genderwet van toepassing.

2. De appelrechters stellen vast dat de verweester is tewerkgesteld bij Base Company nv, thans Telenet Group bv, en via haar werkgever is aangesloten bij de collectieve hospitalisatiepolis en de collectieve polis arbeidsongeschiktheid bij de eiseres.

Zij oordelen dat anders dan de eiseres wil laten uitschijnen, artikel 23, § 2, 2°, Genderwet geenszins zegt dat de forfaitaire vergoeding enkel lastens de

werkgever kan gevraagd worden en dat het bedrag van de becijfering van de forfaitaire schadevergoeding niet wordt betwist. Zij bevestigen de beroepen beschikking in zoverre deze de eiseres veroordeelt tot betaling aan de verweerster van een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan de brutobeloning voor zes maanden.

3. De appelrechters die aldus aan de eerste verweerster forfaitaire schadevergoeding voor morele en materiële schade toekennen op basis van artikel 23, § 2, 2°, Genderwet, hoewel uit hun vaststellingen blijkt dat haar vordering niet tegen haar werkgever is gericht, schenden de voormelde wetsbepalingen.

Het middel is gegrond.

(...)

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het oordeelt over de gevorderde schadevergoeding en uitspraak doet over de kosten.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Antwerpen.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit eerste voorzitter Eric de Formanoir, de sectievoorzitters Koen Mestdagh en Mireille Delange, en de raadsheren Ilse Couwenberg en Bruno Lietaert en in openbare rechtszitting van 2 juni 2025 uitgesproken door eerste voorzitter Eric de Formanoir, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden, met bijstand van griffier Mike Van Beneden.

M. Van Beneden

B. Lietaert

I. Couwenberg

M. Delange

K. Mestdagh

E. de Formanoir

VOORZIENING IN CASSATIE

VOOR : de **NV Allianz Benelux**, met zetel te 1000 Brussel, Koning Albert II laan 32 , en met ondernemingsnummer 0403.258.197,

eiseres in cassatie

bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr Martin Lebbe, advocaat bij het Hof van Cassatie, kantoor houdend te 1060 Brussel, Jourdanstraat 31, waar keuze van woonplaats wordt gedaan.

TEGEN : 1. mevrouw **C. S.**, bediende,

2. het **Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen**, met maatschappelijke zetel te 1070 Brussel (Anderlecht), Ernest Blerotstraat 1, ondernemingsnummer 0873.091.753,

verweerders in cassatie.

*

* *

Aan de Eerste Voorzitter, de Voorzitter en de Raadsheren, leden van het Hof van Cassatie.

Hooggeachte Dames en Heren,

Eiseres heeft de eer aan Uw toezicht te onderwerpen een arrest van de eerste kamer van het arbeidshof te Brussel dd. 6 september 2019 (A.R. nr. 2018/CB/1).

Van belang zijnde feiten en procedurevoorgaanden

1. Op 21 februari 2007 sloten eiseres als “verzekeraar” en Base NV als “verzekeringsnemer” een “overeenkomst collectieve verzekering – geneeskundige verzorging” (hierna: “hospitalisatieverzekering”).

De bedienden van Base NV hebben de mogelijkheid zich bij deze hospitalisatieverzekering aan te sluiten. Door aansluiting bekomen zij de hoedanigheid van “verzekerde”.

Eerste verweerster trad op 1 april 2002 bij Base NV in dienst.

Als bediende van Base NV heeft zij zich bij deze hospitalisatieverzekering aangesloten.

Deze hospitalisatieverzekering dekt de kosten van hospitalisatie “wegens ziekte, ongeval, zwangerschap of bevalling”.

Het voormelde risico “ziekte” van deze hospitalisatieverzekering wordt contractueel door de verzekeraar en de verzekeringsnemer (NV Base) als volgt gedefinieerd:

“Elke verslechtering van de gezondheid van de verzekerde, die niet te wijten is aan een ongeval en die objectieve symptomen vertoont die een diagnose alsook de geschikte therapeutische behandeling volgens erkende medische standaarden toelaten”.

2. Op 14 februari 2008 sloten eiseres als “verzekeraar” en Base NV als “verzekeringsnemer” een “collectieve verzekering – arbeidsongeschiktheid” (hierna: “arbeidsongeschiktheidsverzekering”).

De bedienden van Base NV hebben de mogelijkheid zich aan te sluiten bij deze arbeidsongeschiktheidsverzekering. Door aansluiting bekomen zij de hoedanigheid van “verzekerde”.

Eerste verweerster heeft zich bij deze arbeidsongeschiktheidsverzekering aangesloten.

De algemene voorwaarden vermelden als dekking: *“Bij een economische invaliditeit die voortvloeit uit een ziekte, een zwangerschap, een bevalling, een ongeval van het privéleven of een arbeidsongeval van de verzekerde waarborgt de overeenkomst de prestaties zoals omschreven in de bijzondere voorwaarden ...”.*

Het voormelde risico “*ziekte*” van deze arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt contractueel door de verzekeraar en de verzekeringsnemer op een volledig identieke wijze als bij de hospitalisatieverzekering omschreven als:

“Elke verslechtering van de gezondheid van de verzekerde, die niet te wijten is aan een ongeval en die objectieve symptomen vertoont die een diagnose alsook de geschikte therapeutische behandeling volgens erkende medische standaarden toelaten”.

3. Eerste verweerster liet op 1 juni 2015 in het UZ Gent een medische ingreep uitvoeren met het oog op een wijziging van de geslachtsorganen.

Zij was als gevolg van deze chirurgische ingreep een tijd lang arbeidsongeschikt (van 31 mei 2015 tot 15 augustus 2015).

Zij vroeg tussenkomst van zowel de hospitalisatieverzekering als de arbeidsongeschiktheidsverzekering, voor de medische kosten van de ingreep en voor de periode van arbeidsongeschikt.

Eiseres weigerde dekking onder beide polissen te verlenen zolang eerste verweerster niet aantoont dat die ingreep het gevolg zou zijn van een ziekte in de zin van de polissen.

Daarop deed eerste verweerster beroep op tweede verweerder. Er volgde een briefwisseling tussen eiseres en tweede verweerder, waarbij deze laatste eiseres beschuldigde eerst van indirecte discriminatie en vervolgens van directe discriminatie van eerste verweerster op grond van geslachtsverandering.

In deze briefwisseling wees eiseres deze beschuldiging als ongegrond af en tweede verweerder herhaalde steeds maar opnieuw deze beschuldiging.

Daarna startten verweerders een stakingsprocedure tegen eiseres voor de voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel.

Volgens hen stelt eiseres, met haar dekkingsweigering, een daad in strijd met de genderwet (een directe discriminatie van eerste verweester op grond van geslachtsverandering) en eerste verweester vorderde de staking van deze daad met de veroordeling van eiseres om binnen 48 uren na een verzoek hiertoe de dekking te verlenen onder de hospitalisatieverzekering en de arbeidsongeschiktheidsverzekering, dit op straffe van het verbeuren van een dwangsom van 2.000,00 euro per inbreuk.

Tweede verweerder vorderde de staking van de beweerde discriminerende houding van eiseres ten aanzien van andere niet-geïdentificeerde personen. Meer bepaald vorderde tweede verweerder dat aan eiseres zou worden bevolen dat zij met onmiddellijke ingaan, op straffe van het verbeuren van een dwangsom van 2.000,00 euro per inbreuk, haar beweerde discriminerende houding zou stopzetten, die erin bestaat de dekking in de door haar aangeboden hospitalisatieverzekeringen en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen te weigeren aan personen die na te zijn gediagnosticeerd met genderdysforie, een geslachtsveranderende ingreep ondergaan, of hebben ondergaan, dit op grond van de bewering dat deze personen niet lijden of leden aan een ziekte.

Eerste verweester vorderde tevens de veroordeling van eiseres tot betaling van de door de genderwet voorziene forfaitaire schadevergoeding van zes maanden bruto loon (77.288,35 euro) voor materiële en morele schade meer interesten vanaf 1 juni 2015.

Tweede verweerder vorderde tevens maatregelen van openbaarmaking van de tussen te komen beslissing (aanplakking en publicatie in kranten).

4. Bij beschikking van de voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel dd. 23 april 2018, werden deze vorderingen praktisch integraal toegekend.

5. Op 30 april 2018 heeft eiseres hoger beroep ingesteld tegen deze beschikking.

Het bestreden arrest bevestigt de beslissing van de eerste rechter, maar formuleert de stakingsbevelen op een andere wijze. De beslissing van de eerste rechter werd hervormd wat betreft de maatregelen van aanplakking en publicatie in kranten: deze gevorderde maatregelen werden ongegrond verklaard.

Tegen het bestreden arrest meent eiseres gerechtigd te zijn volgende middelen tot cassatie aan te voeren.

Eerste middel tot cassatie

Geschonden wetsbepalingen

- artikelen 25, §1, 32, 33 en 34 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna afgekort “genderwet”);
- artikel 578, 24°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Bestreden beslissing

Het bestreden arrest bevestigt de bestreden beschikking waar het de overtreding van de genderwet wegens directe discriminatie ten aanzien van eerste verweerster en ten aanzien van niet geïdentificeerde personen vaststelt.

Het hervormt de bestreden beschikking wat betreft de stakingsbevelen als volgt:

“Beveelt de (eiseres) de staking van de discriminatoire maatregelen ten aanzien van (eerste verweerster) wat betreft de dekkingsweigering van de polissen hospitalisatieverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering m.b.t. de door haar ondergane geslachtsveranderende medische ingreep wegens genderdysforie en beveelt deze dekkingsweigering ongedaan te maken, ten laatste binnen de 48 uren na betekening van dit arrest aan (eiseres) onder verbeurte van een dwangsom van € 2.000 per inbreuk.

Beveelt de (eiseres) de staking van de discriminatoire maatregelen ten aanzien van andere niet geïdentificeerde personen aan wie de dekking van de polissen hospitalisatieverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering geweigerd wordt, nadat ze zijn gediagnosticeerd met genderdysforie en waarbij de diagnose inhoudt dat een geslachtsverandering een geschikte therapeutische behandeling is, voor zover de diagnose niet is tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise; beveelt de stopzetting van dergelijke discriminatoire maatregel, onder verbeurte van een dwangsom van € 2000 per vastgestelde inbreuk, die wordt gepleegd na 48 uren na betekening van dit arrest”.

Deze beslissingen steunen op volgende gronden:

“Het contractenrecht versus het discriminatierecht en de bewijslastregeling

24. (Eiseres) houdt voor dat ze de antidiscriminatiebepalingen in de genderwet niet kan overtreden hebben, omdat anders de bewijslastregels in het overeenkomstenrecht terzijde worden gelaten; (eiseres) zegt dat de dekkingsweigering zijn reden niet vindt in de geslachtsverandering, maar wel in het feit dat (eerste verweerster) hierbij geen bewijs van een ziekte levert (derde middel).

Verder steunt (eiseres) zich op de vrijwaringsclausule van art. 18 §1 van de genderwet, waardoor een onderscheid dat wordt opgelegd door of krachtens de wet, niet tot discriminatie kan leiden en ze betreft dit opnieuw op art. 1315 BW in verband met de bewijslastregeling in het overeenkomstenrecht, die buiten werking zou worden gesteld (vierde middel).

In het vijfde middel gaat ze nog verder door de stakingsrechter het recht te ontzeggen om het bewijs van de ziekte te zoeken; hij zou hiertoe niet bevoegd zijn, daar enkel de gewone rechter dit zou kunnen.

Tenslotte wil ze een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof doordat betwistingen over het aleatoir karakter van de verzekeringen niet meer aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd en de verzekeraar zich hierop niet meer zou kunnen beroepen (zesde middel).

25. Deze middelen, samen genomen, gaan er verkeerdelijk vanuit dat de contractuele rechten van (eiseres) volledig op zichzelf staan en dat het discriminatierecht aan een overeenkomst geen afbreuk mag doen, want dat anders het verbintenissenrecht wordt miskend. (Eiseres) laat zodoende het contractenrecht volledig primeren op het discriminatierecht, waarbij ze bovendien de toetsing van de contractuele bewijsregels voor zichzelf voorbehoudt zonder dat de stakingsrechter hierover zou mogen oordelen.

26. In overweging B.17 van het door (eiseres) aangehaalde arrest 17/2009 van het Grondwettelijk Hof van 12 februari 2009 wordt de invloed van het discriminatierecht op het overeenkomstenrecht onderzocht.

De overweging B.17.2 gaat over de taak en de verplichting van de wetgever om het discriminatieverbod nader uit te werken, daar de markt discriminatie niet met voldoende succes kan bestrijden.

B.17.3 vult daarbij aan: Gelet op de doelstelling van de bestreden wetten, kan de nadere uitwerking van die {overheids}verplichting {tot uitwerking van het discriminatierecht} niet worden geacht op onevenredige wijze afbreuk te doen aan de vrijheid van de overeenkomsten die het voorwerp uitmaakt van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek en waarvan het genot – zoals het Hof in zijn arrest nr. 65/2007 van 26 april 2007 heeft geoordeeld – zonder discriminatie moet worden verzekerd (eigen onderlijning door het arbeidshof).

Hieruit volgt dat de bepalingen van het BW in verband met overeenkomsten, waaronder de bewijsregels van art. 1315 en volgende BW, geen afbreuk doen aan de discriminatiewetgeving en dat deze bepalingen niet los van elkaar moeten worden toegepast, zoals (eiseres) voorhoudt, maar dat deze regels samen moeten worden toegepast.

27. Specifieker in verband met de verzekeringswetgeving werd er bij de parlementaire voorbereiding van de genderwet op gewezen dat de omzetting van de Richtlijn 2004/113/EG van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen belangrijke gevolgen zou hebben in het domein van het verzekeringsrecht (Parl. St. Kamer 2006-2007, 51 2721/001, 6).

28. Dit werd op zijn beurt bevestigd in de parlementaire voorbereiding van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen (verder aangeduid als verzekeringswet). In de Memorie van Toelichting bij deze wet werd uitdrukkelijk het belang van de naleving van de antidiscriminatie-wetgeving benadrukt. In dit verband dient erop te worden gewezen dat de verzekeraars ook gebonden zijn door het verbod op discriminatie zoals dit wordt opgelegd door de Belgische anti-

discriminatiewetgeving. Dit betekent dat de verzekeraar bij zijn beslissingen op vlak van acceptatie, tarifiering en dekking niet mag discrimineren op grond van de in deze wetgeving opgesomde criteria (religie, geslacht,...) (eigen onderlijning door het arbeidshof. Parl. St. Kamer 53-3361/001, 31-32).

Bij de toelichting bij het art. 7 van de wet, vermeldt de Memorie uitdrukkelijk dat de verwijzing naar andere toepasselijke wetten niet inhoudt dat de bepalingen van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, niet van toepassing zouden zijn. Deze bepalingen blijven onverkort van toepassing inzake verzekering, tenzij de verzekeringswetgeving voorziet in een specifieke, meer verregaande bescherming (Parl. St. Kamer 2013-2014, 53-3361/001,15).

Nadat de gemachtigde van de regering t.a.v. de Raad van State deze toepasselijkheid had benadrukt, adviseerde de Raad overigens dergelijke verduidelijking in de Memorie van Toelichting op te nemen (Parl. St. Kamer 2013-2014, 53-3361/001, 244-247).

Anderzijds werd de toepasselijkheid van de antidiscriminatie-wetgeving ook reeds onderlijnd in de Memorie van Toelichting bij een wetsontwerp tot aanpassing van de eerdere Landverzekeringsovereenkomstenwet (Parl. St. Kamer, 2006-2007, 51-2689/1, 7; zie ook de bevestiging hiervan in de rechtsleer K. Byttebier en T. Werna, 'Discriminatie in verzekeringen', TPR 2013, 2662, nr. 19).

29. Uit de hierboven geciteerde Memorie van Toelichting bij de verzekeringswet volgt dat de anti-discriminatiewetgeving, waaronder de genderwet discriminaties bij beslissingen over de dekking van verzekeringen verbiedt. In het inleidend verzoekschrift wordt geen zuivere contractuele vordering gesteld, maar wordt de vaststelling van een overtreding van de genderwet gevraagd met inbegrip van de staking ervan, alsmede de overige maatregelen bedoeld in art. 25 van de genderwet. Op grond van art. 23 §1 van deze wet kan het slachtoffer ingeval van discriminatie een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

30. *Te snel zoekt (eiseres) aldus een stringente parallel met de stakingsvordering inzake onrechtmatige handelspraktijken; terecht heeft de rechtsleer opgemerkt dat de stakingsvordering in de anti-discriminatiewetgeving een sui generis-stakingsprocedure betreft en dat door het uiteenlopen van de regelgeving hetgeen ten aanzien van de ene stakingsvordering werd beslist, niet blindelings of onverkort naar een andere stakingsvordering kan worden getransponeerd; (P. Taelman, 'De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet', NJW 2004, 507, nr. 2).*

31. *De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet betreft alle handelwijzen die een overtreding van de genderwet uitmaken (art. 25 §1) en de wetgever heeft een snelle stakingsprocedure gewild om te vermijden dat de wet als grondslag zou kunnen dienen voor een eindeloos aantal rechtsvorderingen, zelfs om futiliteiten; ... om een overdreven juridisering van de sociale relaties, en in het bijzonder van de arbeidsverhoudingen te vermijden (Parl. St. Kamer 2006-2007, 51 2721/001, 16). Het instrument van de stakingsvordering staat in nauw verband met het vereiste van effectieve sanctionering van de discriminatie door o.m. een doeltreffende, evenredige en afschrikkende schadevergoedingsregeling, zoals vereist door de Europese regelgeving. Om die reden werd een forfaitair schaderegelingsstelsel uitgewerkt (Parl. St. Kamer 2006-2007, 51 2721/001, 27). Dit voorziet niet enkel in een vergoeding van materiële, maar ook van morele schade bij discriminatie in het kader van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheden (art. 23 §2, 2° genderwet); welnu volgens de Memorie van Toelichting bestaat deze schade o.a. uit de morele schade die verband houdt met het begaan van een discriminatie binnen het toepassingsgebied van o.a. de genderwet. (Parl. St. Kamer 2006-2007, 51 2721/001, 27); het betreft dus een andere schade dan de contractuele schade wegens het niet nakomen van de verbintenis. Voor het bekomen van de polisvoordelen zelf en de contractuele toepassing van de verzekeringspolissen heeft (eerste verweerster) overigens een afzonderlijke vordering bij de gewone rechter ingeleid. De schadevergoeding die in deze zaak gevorderd wordt, betreft enkel het schenden van genderregeling.*

32. In haar derde middel beroept (eiseres) zich overigens op art. 1315, eerste lid BW i.v.m. de bewijslastregeling, maar in se gaat het over de bewijsstandaarden, zijnde de intensiteit waarmee een bepaald feit moet bewezen worden om tot juridische zekerheid te komen (B. Allemeersch, I. Samoy en W. Vandenbuscche, 'Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht', TPR, 2015, 775, nr. 202). De kern van het probleem ligt hierin dat (eiseres) volgens (eerste verweerster) en (tweede verweerder) ten aanzien van de transgenderproblematiek deze standaarden niet ter goeder trouw wil toepassen en dat (eiseres) op basis van dit misbruik en omwille van het machtsonevenwicht een dekkingweigering inroept, waardoor de genderwet wordt geschonden; dit is iets anders dan een zuiver contractuele betwisting. Een vordering tot staken is mogelijk zodra de contractuele inbreuk tevens een inbreuk op de genderwet en de algemene zorgvuldigheidsplicht uitmaakt, waardoor er een samenloop is tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid (vgl. B. Keirsbilck, 'Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014). Deel oneerlijke praktijken en vordering tot staken', TPR 2016, 370, nr. 208). Immers met het arrest van 29 september 2006 heeft het Hof van Cassatie het samenloopverbod op het niveau van de fout opgegeven: de fout mag zowel contractueel als buitencontractueel zijn; de contractant kan slechts quasi-delictueel aansprakelijk worden gesteld wanneer de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsplicht (Cass. 29 september 2006, NJW 2006, 946, noot I. Boone, RW 2006-07, 1717, noot A. Van Oevelen).

33. De bewijslastregeling impliceert echter niet dat de dekking niet volgens de regels van de overeenkomst of polis zou moeten nagegaan worden.

Ook dit leest men in het arrest 17/2009 van het Grondwettelijk Hof van 12 februari 2009, meer bepaald in het voorbehoud van de overweging B.36.4 wat betreft de forfaitaire schaderegeling in art. 23 van de genderwet: Die bepaling kan in geen geval worden geïnterpreteerd in die zin dat zij toelaat een persoon die geen feit van discriminatie heeft gepleegd, te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding, noch in die zin dat zij die schadevergoeding toekent aan een persoon die niet het slachtoffer zou zijn van die discriminatie.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd immers het volgende gepreciseerd: 'Vooraleer er sprake is van de toekenning van een forfaitaire schadevergoeding moet eerst worden vastgesteld dat er gediscrimineerd is. Dit veronderstelt dat er een verboden onderscheid werd gemaakt op grond van beschermde criteria. Er kan nooit schadevergoeding worden toegekend als er geen discriminatie is geweest'(Parl. St. Kamer, 2006-2007, Doc 51-2720/009, p. 119)(onderlijnd door het arbeidshof)'.

34. De gezamenlijke toepassing van overeenkomstenrecht en discriminatierecht in deze zaak impliceert dan ook dat (eerste verweerder) de bewijslast heeft dat de door haar ingeroepen polissen toepasselijk zijn en dat ze recht heeft op dekking omwille van een ziekte, zoals gedefinieerd in de polis, dit in toepassing van art. 1315, 1° BW; (eerste verweerder) aanvaardt deze bewijslast (zie p. 39, nr. 69 van haar syntheseberoepsconclusie).

Maar anderzijds mag (eiseres) deze dekking niet discriminatoir weigeren, wat inhoudt dat de dekking van de polissen op eenzelfde wijze moet gelden voor transgenders als voor cysgenders.

35. Voor dit laatste gelden de bewijsregels van de art. 32 en 33 van de genderwet. Art. 33 §1 regelt de bewijslast als volgt: Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, (en) het Instituut of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

Art. 33 §2 en §3 geeft voorbeelden van feiten die het bestaan van respectievelijk directe en indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.

36. Het Grondwettelijk Hof heeft in de overwegingen 91 tot 94 van het arrest 17/2009 van 12 februari 2009 de grondslag van deze bewijslastregeling onderzocht en overwoog daarbij wat betreft het aanbrengen van objectieve elementen die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden:

B.93.3 De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoont dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem ongunstige behandeling. Hij dient tevens de feiten te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven

Voormelde feiten vermogen evenwel niet algemeen van aard te zijn, maar moeten specifiek aan de auteur van het onderscheid kunnen worden toegeschreven. In zoverre volgens de bestreden artikelen gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die gekenmerkt zijn door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden een vermoeden van directe discriminatie doen ontstaan (... artikel 33, §2, 1°, van de Genderwet), dient dat patroon bij de personen te bestaan.

Hetzelfde dient te gelden ten aanzien van feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op een van de in de bestreden wetten vermelde gronden kunnen doen vermoeden.

De rechter dient de juistheid van de gegevens die hem zullen worden voorgelegd te beoordelen in overeenstemming met de regels van gemeen recht, waarbij het geval per geval moet oordelen over de regelmatigheid van de aangebrachte elementen. De rechter heeft hiervoor de nodige appreciatievrijheid (ov. B.93.4 van het aangehaalde arrest).

37. De gezamenlijke toepassing van de antidiscriminatiebepalingen en de regels van het overeenkomsten- en verzekeringsrecht leidt er dan ook toe dat er maar discriminatie kan zijn op voorwaarde dat de polis toepasbaar is en hiervan heeft de verzekerde de bewijslast, wat meteen inhoudt dat, indien dit niet het geval is de bewijslastregeling van de art. 32 en 33 van de genderwet geen toepassing kan vinden, omdat de verzekerde in dat geval geen voldoende pertinente feiten in de zin van art. 33 §1 aanbrengt die het bestaan van discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden.

Maar anderzijds, wanneer de verzekerde wel de toepasbaarheid van de polis aantoont, moet de rechter nagaan of er voldoende pertinente feiten worden aangebracht die een vermoeden van discriminatie aantonen, wat het

geval kan zijn wanneer de dekking discriminatoir geweigerd wordt en zo ja, dan moet de rechter oordelen of de verzekeringsmaatschappij bewijst dat er hierbij geen discriminatie is geweest.

38. Aldus valt het verder onderzoek van het derde middel samen met het onderzoek naar discriminatie (zevende en achtste middel), wat hierna zal worden nagegaan.

39. Terecht schrijft (eiseres) op p. 13 (voorlaatste §) van haar aanvullende syntheseconclusie dat de stakingsrechter bevoegd is om na te gaan en te beslissen of haar houding – te weten de weigering om verzekeringsdekking te verlenen omdat eerste verweerder niet voldoet aan de op haar rustende bewijslast – een schending uitmaakt van de genderwet.

40. De finale beoordeling of (eerste verweerder) voldoet aan de bewijslast in verband met de polisvoorwaarden, maakt dus deel uit van de beoordeling van het vermoeden van art. 33 §1 van de genderwet; dergelijke beoordeling komt toe aan de stakingsrechter (zie ook hierna randnummer 42).

41. Wat de bewijslastverdeling van art. 1315 BW betreft, behoort het aan de eiser(s) (hier (eerste verweerder) en (tweede verweerder)) de bewijsmiddelen voor te leggen aan de hand waarvan zij het bestaan menen te kunnen bewijzen van de feiten die ze als grondslag van hun rechtsvordering inroepen (B. Cattoir, Burgerlijk bewijsrecht, in APR, Mechelen, Kluwer, 2013, 30, nr. 63). Het behoort vervolgens aan de rechter te beoordelen of de aangevoerde feiten al dan niet bewezen zijn (B. Cattoir, 31, nr. 64). Ten onrechte wil (eiseres) dergelijke beoordeling aan de stakingsrechter ontzeggen, voorhoudende dat alsdan de bewijslastregeling geschonden wordt; de bewijslast heeft enkel betrekking op de aanvoeringslast van de feiten door de partijen, niet op de beoordeling.

42. Art. 33 is ingevolge art. 32 van toepassing op alle gerechtelijke procedures met uitzondering van de strafrechtelijke procedures, m.a.w. ook op de procedures zoals in kortgeding, zoals geregeld door de genderwet. Hierdoor kan het vijfde middel van (eiseres) niet worden aangenomen.

43. In de mate (eerste verweerster) voldoet aan de bewijslast van art. 1315 BW, wat dus hierna bij de bespreking van het zevende en het achtste middel verder zal worden nagegaan, kan men moeilijk het onzeker of aleatoir karakter van de ziekte betwisten, aangezien (eiseres) juist het bestaan van een ziekte in twijfel trekt. Hierdoor is er geen reden om omtrent dit punt een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, zoals door (eiseres) voorgesteld in haar zesde middel. De onzekere gebeurtenis is overigens niet de ingreep, al dan niet bewust gekozen door de patiënt, maar wel de ziekte.

44. Evenmin kan (eiseres) de vrijwaringsclausule van art. 18 §1 van de genderwet inroepen ten aanzien van art. 1315 BW. (Eiseres) erkent dat de bewijslastregeling van deze laatste bepaling suppletief is; daardoor voldoet ze niet aan art. 18 §1 van de genderwet dat enkel een discriminatie uitsluit wanneer een onderscheid gemaakt wordt dat opgelegd wordt door of krachtens een wet. Deze vrijwaringsbepaling moet beperkend worden gelezen en kan maar toegepast worden wanneer het onderscheid wordt opgelegd, wat niet het geval is bij een suppletieve bepaling. Onderscheiden die men kan 'verdedigen op grond van een wet' of onderscheiden die niet verboden zijn door een wet of zelfs toegelaten zijn door een wet zonder 'opgelegd' te zijn, vallen niet onder de bescherming van de vrijwaringsclausule (L. Sommerijns, 'Discriminatie in aanvullende WAP-pensioenstelsels', TSR 2009/2, 165, nr. 32). Het feit dat de polissen niet afwijken van art. 1315 BW, maakt niet dat art. 1315 door de wetgever is opgelegd in de zin van art. 18, §1 van de genderwet. Hierdoor faalt het vierde middel van (eiseres).

Is er een ziekte in de zin van de polissen, waardoor deze toepasbaar zijn?

45. In punt 17 der definities van de polis hospitalisatieverzekering en art. 13 van de polis arbeidsongeschiktheidsverzekering wordt 'ziekte' gedefinieerd als: elke verslechtering van de gezondheid van de verzekerde, die niet te wijten is aan een ongeval en die objectieve symptomen vertoont die een diagnose alsook de geschikte therapeutische behandeling volgens erkende medische standaarden toelaten.

Punt 22 in de hospitalisatiepolis definieert vervolgens 'gezondheid' als de toestand van volledig lichamelijk en geestelijk welzijn die niet uitsluitend bestaat uit de afwezigheid van ziekte of gebrek.

Terecht leidt (eiseres) hieruit af dat (eerste verweerster) moet aantonen dat:

- Zij aan genderdysforie leed (vastgesteld in een diagnose op basis van objectieve symptomen);
- Genderdysforie een ziekte in de zin van de polissen is, hetzij een verslechtering van het volledig lichamelijk en geestelijk welzijn, niet te wijten aan een ongeval;
- Een medische geslachtsaanpassing de geschikte therapeutische behandeling was volgens erkende medische standaarden.

46. (Eerste verweerster) brengt volgende medische attesten voor:

- Attest prof. Dr. S. M. en psychiater H. dd. 24 september 2015 met het oog op het bekomen van een voornaamswijziging, zeggende dat patiënte bekend is binnen het genderteam van het UZ met de diagnose man/vrouw transseksualiteit, dat ze in transitie is sinds 2012 en vrouwelijke hormonen neemt sinds 2013, dat ze gevolgd wordt door psychologen en psychiaters van het genderteam die haar geschikt vonden voor geslachtsaanpassende chirurgie en dat na de noodzakelijke diagnostische fase en hormonale therapie en na het volbrengen van de real life test kon worden overgegaan tot een vaginoplastie/cliteroplastie voorzien op 1 juni 2015, welke ingreep irreversibel is en betrokken niet meer in staat stelt om overeenkomstig het vroegere geslacht kinderen te verwekken (stuk 1 eerste verweerster);

- Een attest van 11 september 2016 van psychiater H. dat de ingreep bevestigt, waarbij de geslachtsaanpassing zodanig gebeurde als dit uit medisch oogpunt mogelijk en verantwoord is (stuk 2 eerste verweerster);

- Een medisch attest van 5 april 2015 dat de werkonbekwaamheid ingevolge de ingreep bevestigt (stuk 5 eerste verweerster);

- Een attest van 3 februari 2016 van psychiater H. die bevestigt dat (eerste verweerster) lijdt aan genderdysforie. Deze diagnose is opgenomen in de DSM-IV (the Diagnostic and Statistical Manual of mental disorder). Een uitgebreid onderzoek dat aangeeft dat geslachtsaanpassende behandeling met behulp van hormonen en chirurgie het beste resultaat oplevert met betrekking tot het verminderen van de symptomen van de genderdysforie, verbetering van het algemeen welzijn en het psychisch functioneren. De behandeling van genderdysforie is gebaseerd op internationaal aanvaarde behandelingsprotocollen waarvan de meeste bekend de Standaard of Care zijn opgesteld door de WPATH. Hierbij kan dus gesteld worden dat betrokkenen 'lijdt aan deze ziekte' en dat de behandeling voor deze ziekte geschikt en noodzakelijk is.

- Een attest van 8 september 2013 van psychiater H. dat de hormonale substitutietherapie bevestigt (stuk 27 eerste verweerster);

- Een attest van 22 oktober 2014 van psychiater H., voorafgaand aan de geslachtsaanpassingsingreep dat bevestigt dat (eerste verweerster) de diagnose van genderdysforie heeft gekregen (voorheen genderidentiteitsstoornis of transseksualiteit genoemd) (stuk 29 eerste verweerster).

Deze attesten gaan uit van een gespecialiseerd multidisciplinair universitair centrum en werden opgesteld door een behandelende professor en psychiater. Ze beschrijven de specifieke situatie van (eerste verweerster) en diagnosticeren de symptomen van genderdysforie. In het advies van het Openbaar Ministerie wordt verwezen naar concorderende wetenschappelijke beschrijvingen van een andere universiteit op de webstek <https://www.uzleuven.be/nl/transseksualiteit>. Ten onrechte wil (eiseres) insinueren dat dergelijke instituten niet volgens wetenschappelijke standaarden zouden werken.

Het arbeidshof kan verwijzen naar de beschrijving van genderdysforie en de etappes die bij de behandeling worden doorlopen, zoals ze op de p. 7 en 8 van het advies van het Openbaar Ministerie worden omschreven. De behandeling wordt ook deels terugbetaald in het kader van de wettelijke ziekte- en invaliditeitsverzekering.

47. Het arbeidshof volgt (eiseres) niet waar ze deze wetenschappelijke objectivering en beschrijving in vraag wil stellen op algemene wijze, en dit zonder enige toepassing of toetsing aan een concrete diagnose bij (eerste verweerster); er gebeurde geen enkel klinisch onderzoek en raadsgeneesheren van (eiseres) hebben de situatie van (eerste verweerster) blijkbaar zelfs niet eens onderzocht, alleszins wordt hiervan geen enkel stuk voorgebracht.

Nochtans beschrijft de WPATH hoe niet voor elke patiënt dezelfde identieke procedures moeten worden toegepast en dat klinisch aangepaste behandelingen op individuele basis met de arts van de patiënt moeten worden bepaald (zie stuk 23 eerste verweerster, p. 3).

(Eiseres) verwijst naar wat ze zelf zegt de evolutie te zijn tussen DSM-IV en DSM-V, maar steunt zich hiervoor op door haar geselecteerde stukjes in commentaren die ze gesprokkeld heeft op een informatieve verzamelsite van een advocatenkantoor, een petitie en haar eigen visie op de Standards of Care van de WPATH, visie die het hof niet kan bijtreden, gelet op de internationale aanvaarding van deze standaarden.

Ze wijst op het feit dat geslachtsveranderende chirurgie niet in alle gevallen nodig is en door de betrokkene moet worden aanvaard.

Dit sluit de diagnose in bovenvermelde attesten niet uit en terecht zegt het Openbaar Ministerie dat de behandeling uiteraard slechts kon worden verstrekt na een 'informed consent' (geïnformeerde goedkeuring) van (eerste verweerster), hetgeen een vrije wilsbeschikking impliceert. Dit neemt niet weg dat het therapeutisch en utilitair karakter van de behandeling wel degelijk wordt gedocumenteerd en bevestigd door de behandelende artsen (p. 10 advies).

De vrije wilsbeschikking van de betrokkene is overigens een vereiste naar internationaal recht (zie Parl. St. Kamer 2016-2017, 54 2403/001, 4-7).

Deze geïnformeerde goedkeuring doet evenmin afbreuk aan het aleatoir karakter van het verzekeringscontract (advies, p. 9 en 10).

48. Aangezien de door (eerste verweerster) voorgebrachte medische attesten niet worden tegengesproken door andersluidende medische verklaringen over haar specifieke situatie, bewijzen de eensluidende stukken, aangehaald onder randnummer 46, afdoende dat

- Zij leed aan genderdysforie, vastgesteld in een diagnose op basis van objectieve symptomen (meer bepaald de attesten 22 oktober 2014, 24 september 2015 en 3 februari 2016).*

- Genderdysforie een ziekte is in de zin van een verslechtering van het volledig lichamelijk en geestelijk welzijn, niet te wijten aan een ongeval (meer bepaald de attesten 22 oktober 2014, 24 september 2015 en 3 februari 2016);*

- Een medische geslachtsaanpassing de geschikte therapeutische behandeling was volgens erkende medische standaarden (meer bepaald de attesten van 11 september 2016 en 3 februari 2016, zoals bevestigd door de Standards of Care van de WPATH, <https://www.uzleuven.be/nl/transseksualiteit> en zoals blijkt uit de gedeeltelijke terugbetaling door de wettelijke ziekte- en invaliditeitsverzekering).*

Hierdoor toont (eerste verweerster) afdoende aan dat ze leed aan een ziekte in de zin van een verslechtering van haar gezondheid, die niet te wijten is aan een ongeval en die objectieve symptomen vertoont die een diagnose alsook de geschikte therapeutische behandeling volgens erkende medische standaarden toelaat. Ze toont aan daardoor aan de polisvoorwaarde voor tussenkomst te voldoen.

49. De attesten, aangehaald in randnummer 46, verwijzen in het kader van de multidisciplinaire aanpak van het Centrum voor Seksuologie en Gender van het UZ-Gent o.m. naar de innerlijke overtuiging van (eerste verweerster) in verband met haar geslacht, maar ze classificeren het ziektebeeld van

genderdysforie niet als een aandoening van neurologische of psychologische aard.

Overigens verwijst (eiseres) zelf naar de evolutie in de denkbeelden, waardoor genderdysforie wordt losgehaakt van mentale stoornissen, of erger van de geestesziekten.

Ook het Openbaar Ministerie merkt op dat genderdysforie niet kan worden gekwalificeerd als een mentale stoornis. Meer bepaald volgt dit uit de International Classification of Diseases van de Wereldgezondheidsorganisatie van 18 juni 2018, 'de ICD-11', waarin gender incongruentie opgenomen is in de categorie van de 'seksuele gezondheidscondities' ('sexual health conditions'). Tevens leest men dit in de Resolutie 2048 van de Raad van Europa waarin onder meer wordt opgeroepen om transgenders in de nationale en internationale classificaties niet te labelen als geestelijk ziek (6.3.3. van stuk 24 eerste verweerster) en naar de begeleidende uitleg bij de classificatie in de DSM-5 (stuk 25 eerste verweerster). Dit kan worden bijgetreden.

Er is dan ook geen reden om de OBSI-schalen in acht te nemen.

Zijn er voldoende sterke en pertinente feiten die doen vermoeden dat de dekking op discriminatoire wijze werd geweigerd?

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

Art. 4 §2 en 3 preciseert daarbij:

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

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

51. Op grond van art. 12 van de genderwet vormt een direct onderscheid op grond van het geslacht, en dus bij uitbreiding op grond van geslachtsverandering of genderidentiteit, inzake aanvullende regelingen voor sociale zekerheid een directe discriminatie, onverminderd de toepassing van de art. 16, 17 en 18 (De artikelen 16 en 17 zijn hier niet aan de orde; voor art. 18 kan verwezen worden naar randnummer 44).

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

De bewijslastregeling van art. 1315 BW kan geen rechtvaardigingsgrond voor het onderscheid inhouden en er wordt voor het overige door (eiseres) geen andere wettelijke rechtvaardigingsgrond ingeroepen.

52. Door het niet toepassen van de polissen werd (eerste verweerster) ongunstig behandeld. De ongunstige behandeling gebeurt op basis van een beschermd criterium (geslachtsverandering). De vraag of deze ongunstige behandeling bij geslachtsverandering ongunstiger is dan bij een ander in een vergelijkbare situatie, noopt ertoe een vergelijking te maken tussen de toepassing door de verzekeraar van de polis-dekking ten aanzien van een transgender opzichtens een cysgender (iemand die geen transgender is) (zie hierover meer in Arbh. Brussel 16 maart 2018, Soc. Kron. 2018/7, 218).

53. Na enige voorafgaande briefwisseling over de dekkingsgerechtigheid van (eerste verweerster), verzendt (tweede verweerder) met brief van 31 maart 2016 een expliciet medisch attest van psychiater H. dd. 3 februari 2016, waarin de ziekte en de behandeling van (eerste verweerster) beschreven worden. In dezelfde brief onder 3.b stelt (tweede verweerder) dat (eiseres) daarvoor telkens om andere redenen en gronden de dekking heeft afgewezen.

54. (Eiseres) beantwoordt deze medische attestering niet met een andersluidende medische beoordeling, zoals nochtans elke normale verzekeraar b.v. verwacht wanneer haar raadsgeneesheer een standpunt heeft ingenomen dat door de verzekerde wordt betwist. Ze beroept zich integendeel op haar dekkingsvrijheid en wijst de toepassing van de polis af op basis van een algemene argumentatie, die reeds hierboven onder randnummer 47 werd beschreven. Enkel op basis van eigen gezegdes wijst ze op systematische wijze de bewijzen van haar verzekerde en het Instituut af en verwijt ze hen niet te voldoen op de op hen rustende bewijslastregeling. Ze gaat daarbij zelfs zover dat ze van de verzekerde verwacht dat zij de raadsgeneesheer van de verzekeraar adieert om het tegenoordeel over de attesten van de behandelende arts te bekomen, dit in strijd met de art. 13 en 16 van de algemene voorwaarden van de hospitalisatiepolis en de art. 15 en 16 van de arbeidsongeschiktheidspolis.

55. Hoewel het arrest van het EHRM nr. 35968/97 van 12 juni 2003 in de zaak Von Kück/Duitsland betrekking had op de toetsing van de medische noodzaak van een ingreep bij een transgender door de interne rechtbanken, toont dit arrest aan dat de bewijslast niet op willekeurige wijze mag worden gehanteerd en dat hierbij een grote voorzichtigheid moet in acht genomen worden omwille van het feit dat de seksuele identiteit een van de meest intieme aspecten van het privéleven is.

56. A fortiori geldt dit ten aanzien van een verzekeringsonderneming, maar (eiseres) gaat nog verder dan dat, door zelfs aan de stakingsrechter de toetsing van het bewijs te ontzeggen (zie hierover randnummers 24 en 40) en ze verwijt aan eerste verweerster dat ze niet de toepassing van een medische expertise voorzien in art. 16 van de algemene polisvoorwaarden gevraagd heeft.

Nochtans bepaalt dit artikel enkel dat het de verzekerde vrijstaat een medische expertise te vragen in geval van meningsverschil tussen de adviserende geneesheer van de verzekeringsonderneming en de geneesheer gekozen door de verzekerde.

Deze bepaling onderlijnt dat een normale procedure van betwisting van de dekkingsgerechtigheid inhoudt dat de adviserende arts eerst het standpunt van de arts van de verzekerde tegenspreekt op basis van een diagnose van de symptomen; de medische deontologie vereist dat hieraan een voldoende klinisch onderzoek door de adviserende arts voorafgaat.

Samen met het Openbaar Ministerie kan enkel vastgesteld worden dat geen enkel stuk uitgaande van de adviserend geneesheer ter staving van de weigering wordt bijgebracht (p. 10-11 advies).

57. Dergelijke positionering staat in schril contrast met een normale toetsing van de polisvoorwaarden, zoals ze ten aanzien van een cysgender zal en dient te gebeuren, wat beschreven wordt in het voornoemde art. 16 van de algemene voorwaarden.

(Eiseres) betwist zonder objectieve diagnose medische attesten die in een concrete situatie genderdysforie als ziekte vaststellen en die een medische geslachtsaanpassing als een geschikte therapeutische behandeling voorstellen.

(Eerste verweerster) brengt voldoende sterke en pertinente feiten aan om een discriminatie op grond van haar geslachtsverandering te doen vermoeden.

Levert (eiseres) het tegenbewijs?

58. (Eiseres) blijft haar argumentatie beperken tot de affirmatie dat (eerste verweerster) niet het bewijs van genderdysforie als ziekte levert, wat in de randnummers 45 tot 49 werd afgewezen. Ze beroept zich niet op een geldende wettelijke rechtvaardigingsgrond.

Ze levert aldus niet het tegenbewijs. Haar zevende middel is ongegrond.

59. Gelet op de bewijslastregeling van art. 33 §1 van de genderwet is de intentie om a posteriori toch dekking te verlenen irrelevant, bovendien speelt

het intentioneel element niet bij de beoordeling van het discriminatoir onderscheid in het kader van een burgerlijke betwisting (Cass. 9 oktober 2017, JTT 2018, 19; Arbh. Brussel 20 februari 2018, Soc. Kron. 2018, 235; vgl. GrH. 2019/110 van 10 juli 2019, ov. B.3.3 i.v.m. een gelijkkluidende bepaling in het Vlaamse gelijke kansendecreet van 10 juli 2008). Het achtste middel kan evenmin worden aangenomen.

60. De directe discriminatie op grond van geslachtverandering op het vlak van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende en inzake de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid wordt op basis hiervan vastgesteld, zodat de vorderingen in ondergeschikte orde wegens discriminatie ingevolge de toegang en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, niet verder moeten worden onderzocht”.

(...)

De vordering van het Instituut

68. (Tweede verweerder) vordert de vaststelling van een overtreding van de genderwet wegens directe discriminatie ten aanzien van niet geïdentificeerde personen en koppelt daaraan een stakingsvordering en vraagt publicatiemaatregelen.

69. Het baseert zich op art. 34 van de genderwet, dat bepaalt dat (tweede verweerder) kan optreden in de geschillen waartoe deze wet aanleiding kan geven.

70. Art. 36 voegt daaraan toe: Wanneer het slachtoffer van de discriminatie een geïdentificeerd natuurlijk persoon of rechtspersoon is, is de vordering van (tweede verweerder) en de belangenverenigingen alleen

ontvankelijk als zij aantonen dat zij de instemming van het slachtoffer hebben gekregen.

71. Wat (eerste verweerder) betreft, werd in randnummer 23 vastgesteld dat ze haar instemming heeft gegeven met het optreden van (tweede verweerder) wat haar betreft. In zoverre is de tussenkomst van (tweede verweerder) ontvankelijk.

72. (Tweede verweerder) houdt echter voor dat er andere niet geïdentificeerde personen zijn die op een gelijkaardige wijze als (eerste verweerder) slachtoffer zijn van discriminatie. Het verwijst daarvoor naar de stukken 28, die betrekking hebben op een door haar anoniem gehouden persoon B. De ontvankelijkheid en gegrondheid van deze bijkomende vordering moet nog worden onderzocht.

73. Naar het oordeel van het arbeidshof kan men art. 34 niet omzeilen door gevallen waarvan men kennis heeft, voor te stellen als 'niet geïdentificeerd'. (Tweede verweerder) heeft blijkbaar zelf de naam geanonimiseerd, zodat het niet aantoonbaar is dat de zogenaamde heer B. een niet geïdentificeerd persoon is.

In die zin gaat de verwijzing naar het cassatiearrest van 11 juni 2018 (Soc. Kron. 2018/5-6, 249 met kritische noot J. Jacquemain; RW 2018-19, 1629 met conclusie adv-gen. Genicot) niet op, omdat daar de anonimisering plaats vond op het niveau van de VDAB, die vervolgens aan UNIA verzocht de zaak over te nemen.

*74. Maar bovendien wijst het Openbaar Ministerie er terecht op dat (tweede verweerder) bij dergelijke eisuitbreiding zijn reeds verkregen en dadelijk belang in de zin van art. 18 Ger. W. moet aantonen; een dergelijke belang is niet aanwezig wanneer men enkel een preventieve consultatie over de wettelijkheid van een toekomstige situatie wenst (F. Boucquelle en A. Fry, 'Les actions en cessation en droit social', in *Actions orphelines et voies de recours en droit**

social, ed. I. Ficher, e.a., Anthemis, Limal, 2012, 34 en de rechtsleer aldaar geciteerd in voetnoot 92). Het belang moet rechtstreeks en persoonlijk zijn en dit is niet het geval bij extrapolatie van de concrete situatie van een slachtoffer naar niet geïdentificeerde personen, die in een andere feitelijke toestand verkeren, wat afzonderlijk en in concreto moet kunnen worden onderzocht en geëvalueerd.

75. De zaak van de anonieme heer B. is niet gelijkaardig aan deze van (eerste verweerster); immers uit stuk 28 blijkt dat het dossier van de heer B. besproken werd met de raadsgeneesheer Dr. D.; wel worden geen gegevens meegedeeld van de vaststellingen van deze raadsgeneesheer. Enkel op basis van die casus kan niet worden aangenomen dat meerdere niet geïdentificeerde personen aan dezelfde discriminatie als (eerste verweerster) waren onderworpen.

76. (Tweede verweerder) verwijst wel terecht naar de beoordeling in de zaak Feryn (HvJ 10 juli 2008, C57-07; Arbh. Brussel 28 augustus 2009, Soc. Kron, 2010/5, 260); in deze zaak werd de discriminatie t.a.v. niet geïdentificeerde personen aangenomen, omdat de dader zijn discriminerende praktijk had bevestigd, waardoor een veralgemeende herhaling van zijn houding in identieke omstandigheden mocht worden verwacht en niet was uitgesloten.

77. In huidige zaak maakt (tweede verweerder) het herhalingsgevaar en de vermeende groepsdiscriminatie aannemelijk, doordat in de briefwisseling van (eiseres), zoals beschreven in de randnummers 6 tot 9, duidelijk wordt gemaakt dat ze op geen enkele wijze, zelfs niet bij het voorbrengen van bevestigende medische attesten, genderdysforie als ziekte wilde aanvaarden en dat ze op basis daarvan geen dekking wou erkennen.

In die zin heeft (tweede verweerder) het vereiste belang om voor niet nader geïdentificeerde slachtoffers de staking van de dekkingsweigering in gelijkaardige omstandigheden als deze van (eerste verweerster) te vragen en is dergelijke vordering van (tweede verweerder) voor niet geïdentificeerde

slachtoffers wel ontvankelijk en kan het tweede middel van eiseres niet worden aangenomen.

78. Wat de grond betreft, merkt het Openbaar Ministerie terecht op dat uit het schrijven van 27 juni 2016 blijkt dat (eiseres) over de nodige informatie en duiding over de problematiek van transgender en genderdysforie beschikt. Meer bepaald dat een persoon die aan genderdysforie lijdt, in onbehagen leeft met zijn eigen anatomische geslachtskenmerken en dat wanneer het onbehagen de overhand neemt vele transseksuele personen een oplossing zoeken in een hormonale en/of chirurgische behandeling. Deze informatie bevestigt dat mensen met genderdysforie voldoen aan de voorwaarde dat het welzijn ‘niet volledig’ is (vgl. de omschrijving van ‘gezondheid’).

79. Maar vergelijking van de situatie van (eerste verweerder) en van de zogenaamde heer B. (zie randnummer 75) leert anderzijds wel dat voorzichtigheid geboden is bij een al te gemakkelijke extrapolatie. De vordering voor niet geïdentificeerde personen en de bewijslast van (tweede verweerder) voor het vervuld zijn van de polisvoorwaarden maakt dat deze vordering slechts gegrond is voor zover de diagnostisering van de behandelende arts niet is tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise”.

Grievens

Eerste onderdeel

1. Artikel 25, §1, van de genderwet houdt in dat de stakingsrechter het bestaan kan vaststellen van een daad waardoor de bepalingen van die wet worden overtreden en de staking ervan kan bevelen.

Wanneer de verweten discriminatie kadert in de uitvoering van een tussen partijen in de stakingsprocedure contractueel geschil, is de stakingsrechter derhalve niet bevoegd over dit contractueel geschil te beslissen in de ene of andere zin, en kan hij niet een daad in strijd met de genderwet vaststellen op grond van een beoordeling van dit contractueel geschil.

Hij kan bovendien niet aan een partij een stakingsbevel opleggen die erop neerkomt dat die partij het contract dient uit te voeren.

Deze bevoegdheden komen krachtens de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek toe aan de gewone rechter in een procedure naar gemeen recht.

2. De genderwet voorziet in artikelen 32 en 33 een regeling inzake bewijslast, die inhoudt dat wanneer feiten worden aangevoerd die het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, het aan de verweerder toekomt te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

3. Eiseres heeft in haar aanvullende en syntheseconclusie neergelegd op 1 februari 2019, na te hebben gesteld dat in de beide polissen (de hospitalisatieverzekering en de arbeidsongeschiktheidsverzekering) het begrip ziekte als volgt wordt gedefinieerd: *“Elke verslechtering van de gezondheid van de verzekerde, die niet te wijten is aan een ongeval en die objectieve symptomen vertoont die een diagnose alsook de geschikte therapeutische behandeling volgens erkende*

medische standaarden toelaten” (p.12, randnr.17), een verweer gevoerd, dat op het einde ervan als volgt werd samengevat:

“De enige daad die (eiseres) stelt, is dekking weigeren omdat (eerste verweerster) niet naar recht het bewijs levert dat zij aan een ziekte in de zin van de betrokken polissen leed en dat een geslachtaanpassing de geschikte behandeling volgens erkende standaarden was.

Deze daad maakt overduidelijk geen schending uit van een bepaling van de genderwet.

Het komt aan (eerste verweerster) toe een procedure naar gemeen recht in te stellen voor de gewone rechter om de contractuele betwisting tussen partijen te laten beslechten. Deze procedure werd trouwens op 30 mei 2018 door (eerste verweerster) ingesteld (zie stuk 12). Indien de aldus gevatte gewone rechter beslist dat (eerste verweerster) het bewijs levert dat zij aan genderdysforie leed en dat dit een ziekte is in de zin van de polissen, zal (eiseres) niet weigeren de verzekeringsdekking te verlenen.

Besluit: de houding van (eiseres) in onderhavige zaak, welke erin bestaat dekking te weigeren zolang (eerste verweerster) niet naar recht bewijst dat zij binnen de voorwaarden van de dekking valt, kan niet worden aangezien als een overtreding van de genderwet. Die houding is wettig en gerechtvaardigd, daar artikel 1315, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek aan (eerste verweerster) het bewijs oplegt dat aan de dekkingsvoorwaarden is voldaan en (eiseres) niet anders doet dan een voldoende bewijs te eisen. Het feit dat (de verweerders) menen dat zij een voldoende bewijs naar recht leveren, kan uiteraard niet meebrengen dat (eiseres) de genderwet overtreedt. De vraag of dit bewijs is geleverd is een contractuele betwisting waarover de stakingsrechter niet mag beslissen. Omdat er geen overtreding van de genderwet is, moet de stakingsvordering van de (verweerders) ongegrond worden verklaard. Het komt aan de gewone rechter toe, die ondertussen is gevat, om over de contractuele betwisting tussen partijen te beslissen.

De bestreden beschikking moet dus worden vernietigd en de oorspronkelijke vorderingen ongegrond worden verklaard.” (voor het volledig verweer: zie pp. 11-14).

In haar vijfde middel van voormelde conclusie heeft eiseres het volgende gesteld in verband met de onbevoegdheid van de stakingsrechter om te beslissen over de vraag of (eerste verweerster) aan genderdysforie leed, of dit een ziekte is in de zin van de betrokken polissen en of een geslachtsverandering medisch noodzakelijk was:

“De stakingsprocedure is een bijzondere procedure die afwijkt van de gewone procedure van het gemeen recht. De bevoegdheid van de stakingsrechter moet derhalve strikt worden geïnterpreteerd. Deze bevoegdheid bestaat hierin dat de stakingsrechter een daad in strijd met de genderwet kan vaststellen en verbieden (zie artikel 25, § 1, van de genderwet).

Deze daad is uiteraard een buitencontractuele tekortkoming, met name een schending van de genderwet. Een contractuele inbreuk kan een stakingsvordering slechts ondersteunen wanneer deze inbreuk tevens een inbreuk zou uitmaken op de genderwet, dus tevens een buitencontractuele inbreuk zou uitmaken.

Dit wordt algemeen aanvaard bij de stakingsvordering inzake handelspraktijken, die model heeft gestaan voor de stakingsvordering bedoeld in de antidiscriminatiewetten en de wetten van 10 mei 2007, waaronder de genderwet.

De (verweerders) verwijten aan (eiseres) een daad strijdig met de genderwet omdat zij dekking weigert onder de betrokken polissen, terwijl volgens hen voldoende en dus naar recht bewezen zou zijn dat (eiseres) aan een ziekte leed in de zin van de polissen.

Enkel de gewone rechter in een procedure van gemeen recht is bevoegd om te beslissen of door (eiseres) naar recht wordt bewezen dat zij leed aan een ziekte in de zin van de polissen (zulke beslissingen volgt trouwens veelal op een

gerechtelijke expertise wat betreft het bestaan van een ziekte in de zin van de polissen; zulke expertise is niet denkbaar in het kader van een stakingsvordering). De procedure voor de gewone rechter werd ondertussen, op 30 mei 2018, door (eerste verweerster) ingesteld (zie stuk 12).

De stakingsrechter is enkel bevoegd om na te gaan of de weigering van (eiseres) om dekking te verlenen om de reden dat (eerste verweerster) bovenvermeld het bewijs niet levert, een inbreuk uitmaakt op de genderwet.

Zoals hierboven reeds gesteld, is het evident dat deze weigering, die gesteund wordt op het niet voldoen aan de bewijslast en niet, zoals de (verweerders) het steeds maar herhalen, op de geslachtsverandering, geen schending oplevert van de genderwet.

In geen geval kan de stakingsrechter het contractuele geschil tussen partijen - met name te weten of (eerste verweerster) aan genderdysforie leed, of dit een ziekte is in de zin van de polissen en of een geslachtsverandering de geschikte medische behandeling was - beslechten.

Waar de (verweerders) willen bewijzen dat (eiseres) aan genderdysforie zou hebben geleden, dat dit een ziekte zou zijn in de zin van de polissen en dat een geslachtsverandering de medisch geschikte ingreep zou zijn geweest volgens erkende medische standaarden, zodat (eiseres) geen dekking zou mogen weigeren, is de stakingsrechter niet bevoegd hierover te oordelen.

De eerste rechter, die zich het recht heeft aangematigd om de contractuele betwisting tussen (eiseres) en (eerste verweerster) in verband met het te leveren bewijs, te beslechten om vervolgens hierop te beslissen dat (eiseres) de genderwet overtreedt, is dus onwettig en moet om die redenen worden vernietigd. (Eiseres) herhaalt hier voor de zoveelste keer dat indien de bevoegde rechter in een procedure van gemeen recht beslist dat het betrokken bewijs is geleverd, zij geen dekking zal weigeren.” (pp. 16 en 17).

4. Volgens het bestreden arrest kan er in onderhavige zaak maar discriminatie zijn “op voorwaarde dat de polis toepasbaar is en hiervan heeft de verzekerde de

bewijslast, wat meteen inhoudt dat, indien dit niet het geval is de bewijslastregeling van de art. 32 en 33 van de genderwet geen toepassing kan vinden, omdat de verzekerde in dat geval geen voldoende pertinente feiten in de zin van art. 33 §1 aanbrengt die het bestaan van discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden”.

Verder oordeelt het bestreden arrest het volgende: *“Maar anderzijds, wanneer de verzekerde wel de toepasbaarheid van de polis aantoont, moet de rechter nagaan of er voldoende pertinente feiten worden aangebracht die een vermoeden van discriminatie aantonen, wat het geval kan zijn wanneer de dekking discriminatoir geweigerd wordt en zo ja, dan moet de rechter oordelen of de verzekeringsmaatschappij bewijst dat er hierbij geen discriminatie is geweest”* (randnr. 37).

5. Het bestreden arrest beoordeelt voormeld contractueel geschil tussen eiseres en eerste verweerster volledig in het voordeel van eerste verweerster onder de titel *“Is er een ziekte in de zin van de polis, waardoor deze toepasbaar zijn?”* (randnrs. 45-49) om vervolgens hieruit te besluiten dat er voldoende sterke en pertinente feiten worden aangevoerd door verweerders om een discriminatie door eiseres van eerste verweerster op grond van de geslachtsverandering te doen vermoeden (randnrs. 50-57). Het besluit van het bestreden arrest wat dit betreft luidt als volgt: *“(Eiseres) betwist zonder objectieve diagnose medische attesten die in een concrete situatie genderdysforie als ziekte vaststellen en die een medische geslachtsaanpassing als een geschikte therapeutische behandeling voorstellen.”* Volgens het bestreden arrest is dergelijke positionering van eiseres in schril contrast met de normale toetsing van de polisvoorwaarden, zoals ze ten aanzien van een cysgender zal en dient te gebeuren, wat beschreven wordt in artikel 16 van de algemene voorwaarden (p. 20, randnr. 57). Tenslotte oordeelt het bestreden arrest dat eiseres niet het door artikel 33 §1 van de genderwet vereiste tegenbewijs levert (randnrs. 58-60).

Als stakingsrechter was het arbeidshof evenwel enkel bevoegd het bestaan vast te stellen van een daad waardoor de bepalingen van de genderwet worden overtreden en de staking ervan te bevelen (zie artikel 25 §1 van de genderwet). Het was dus niet bevoegd om vermeld contractueel geschil tussen eiseres en eerste verweerster te beoordelen om dan hieruit te besluiten tot het bestaan van een daad strijdig met de bepalingen van de genderwet. Het beslechten van dit contractueel geschil, en in het bijzonder de vraag of eerste verweerster leed aan een ziekte in de zin van de polissen en dus of de polissen met hun algemene voorwaarden wel toepasselijk zijn, komt toe aan de gewone rechter in een procedure naar gemeen recht, *in casu* de arbeidsrechtbank (zie artikel 578, 24° van het Gerechtelijk Wetboek) en niet aan de stakingsrechter

6. In strijd met wat het arbeidshof beslist, vereisen de artikelen 32 en 33 van de genderwet niet dat eerste verweerster bewijst dat zij aan de polisvoorwaarden voldoet om dekking te verkrijgen en dat vermeld contractueel geschil tussen eiseres en eerste verweerster op dit punt door de stakingsrechter zou worden beoordeeld. Het bestreden arrest schendt dus de artikelen 32 en 33 van de genderwet.

Door dit contractueel geschil in het voordeel van eerste verweerster te beoordelen en zijn beslissing inzake het bestaan van een daad in strijd met de genderwet op dit oordeel te steunen, terwijl het arbeidshof als stakingsrechter niet bevoegd is dit contractueel geschil te beoordelen maar enkel de gewone rechter in een procedure van gemeen recht (ten deze de arbeidsrechtbank, zoals blijkt uit artikel 578, 24° van het Gerechtelijk Wetboek), schendt het bestreden arrest de artikelen 25, §1, van de genderwet en 578, 24° van het Gerechtelijk Wetboek.

Hier dient bovendien te worden opgemerkt dat die schending eiseres schaadt, dit omdat de beslissing van het arbeidshof als stakingsrechter wat betreft voormeld contractueel geschil gezag van gewijsde heeft tussen partijen en dus de positie van eiseres in het geschil voor de gewone rechter in een procedure naar

gemeen recht benadeelt omwille van dit gezag van gewijsde (het geschil dat eerste verweerster aanhangig heeft gemaakt voor de arbeidsrechtbank voor het geval de stakingsrechter haar in het ongelijk zou stellen en waarbij eerste verweerster dekking vordert, alsmede schadevergoeding).

7. Indien het bestreden arrest zo zou moeten worden gelezen, zoals verweerders het doen, dat het eiseres beveelt haar dekkingsweigering ongedaan te maken, wat volgens hen zou betekenen dat eiseres ertoe gehouden zou zijn dekking aan eiseres te verlenen, schendt het bestreden arrest ook van uit dit oogpunt de artikelen 25, §1, van de genderwet en 578, 24° van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 25, §1, van de Genderwet verleent aan de stakingsrechter niet de bevoegdheid om een partij te veroordelen tot de uitvoering van een contract, ten deze de verzekeringspolissen. Die bevoegdheid komt enkel toe aan de gewone rechter in een procedure naar gemeen recht, ten deze de rechter bedoeld in artikel 578, 24°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Tweede onderdeel

1. Het bestreden arrest “(b)eveelt de (eiseres) de staking van de discriminatoire maatregelen ten aanzien van andere niet geïdentificeerde personen aan wie de dekking van de polissen hospitalisatieverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering geweigerd wordt, nadat ze zijn gediagnosticeerd met genderdysforie en waarbij de diagnose inhoudt dat een geslachtsverandering een geschikte therapeutische behandeling is, voor zover de diagnose niet is tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van

een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise; beveelt de stopzetting van dergelijke discriminatoire maatregel, onder verbeurte van een dwangsom van € 2000 per vastgestelde inbreuk, die wordt gepleegd na 48 uren na betekening van dit arrest”.

Dit bevel wordt in het bijzonder gesteund op volgende motieven:

“76. (Tweede verweerder) verwijst wel terecht naar de beoordeling in de zaak Feryn (HvJ 10 juli 2008, C57-07; Arbh. Brussel 28 augustus 2009, Soc. Kron, 2010/5, 260); in deze zaak werd de discriminatie t.a.v. niet geïdentificeerde personen aangenomen, omdat de dader zijn discriminerende praktijk had bevestigd, waardoor een veralgemeende herhaling van zijn houding in identieke omstandigheden mocht worden verwacht en niet was uitgesloten.

77. In huidige zaak maakt (tweede verweerder) het herhalingsgevaar en de vermeende groepsdiscriminatie aannemelijk, doordat in de briefwisseling van (eiseres), zoals beschreven in de randnummers 6 tot 9, duidelijk wordt gemaakt dat ze op geen enkele wijze, zelfs niet bij het voorbrengen van bevestigende medische attesten, genderdysforie als ziekte wilde aanvaarden en dat ze op basis daarvan geen dekking wou erkennen.

In die zin heeft (tweede verweerder) het vereiste belang om voor niet nader geïdentificeerde slachtoffers de staking van de dekkingsweigering in gelijkaardige omstandigheden als deze van (eerste verweester) te vragen en is dergelijke vordering van (tweede verweerder) voor niet geïdentificeerde slachtoffers wel ontvankelijk en kan het tweede middel van eiseres niet worden aangenomen.

78. Wat de grond betreft, merkt het Openbaar Ministerie terecht op dat uit het schrijven van 27 juni 2016 blijkt dat (eiseres) over de nodige

informatie en duiding over de problematiek van transgender en genderdysforie beschikt. Meer bepaald dat een persoon die aan genderdysforie lijdt, in onbehagen leeft met zijn eigen anatomische geslachtskenmerken en dat wanneer het onbehagen de overhand neemt vele transseksuele personen een oplossing zoeken in een hormonale en/of chirurgische behandeling. Deze informatie bevestigt dat mensen met genderdysforie voldoen aan de voorwaarde dat het welzijn ‘niet volledig’ is (vgl. de omschrijving van ‘gezondheid’).

79. Maar vergelijking van de situatie van (eerste verweerster) en van de zogenaamde heer B. (zie randnummer 75) leert anderzijds wel dat voorzichtigheid geboden is bij een al te gemakkelijke extrapolatie. De vordering voor niet geïdentificeerde personen en de bewijslast van (tweede verweerder) voor het vervuld zijn van de polisvoorwaarden maakt dat deze vordering slechts gegrond is voor zover de diagnostisering van de behandelende arts niet is tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise”.

2. Uit die motieven blijkt dat volgens het arbeidshof het gevaar bestaat dat eiseres ten aanzien van niet geïdentificeerde personen, bij een weigering dekking te verlenen, de genderwet zou schenden zoals zij het gedaan heeft ten aanzien van eerste verweerster, wanneer die personen medische attesten voortbrengen die genderdysforie als ziekte bevestigen en die attesten niet worden tegengesproken door een diagnose van een andere arts en /of de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise.

Die motieven gaan ervan uit dat, zoals beslist door het arbeidshof in het kader van de vordering van eerste verweerster, genderdysforie een ziekte is zoals gedefinieerd in de polissen van eiseres en die polissen dus toepasselijk zijn op andere verzekerden die aan genderdysforie lijden.

Ten aanzien van niet geïdentificeerde personen gaat het arbeidshof derhalve ervan uit (zoals ten aanzien van eerste verweerster) dat genderdysforie een ziekte is in de zin van de polissen van eiseres, en beslecht het aldus een contractueel geschil tussen eiseres en niet geïdentificeerde personen, waarvoor het niet bevoegd is, zoals hierboven aangetoond in het eerste onderdeel (schending van artikelen 25, §1, van de genderwet, 32 en 33 van de genderwet, 578, 24°, Gerechtelijk Wetboek en voor zoveel als nodig van artikel 34 van de genderwet, dat tweede verweerder toelaat een stakingsbevel ten aanzien van niet geïdentificeerde personen te vorderen).

3. Indien het stakingsbevel ten aanzien van niet-geïdentificeerde personen zo zou moeten worden gelezen dat eiseres ten aanzien van niet geïdentificeerde personen geen dekking mag weigeren en hen dus dekking moet verlenen voor het geval die personen medische attesten voortbrengen die genderdysforie als ziekte bevestigen en dit zonder dat die attesten worden tegengesproken door een diagnose van een andere arts en /of de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise, schendt het bestreden arrest eveneens vermelde wetsbepalingen.

Inderdaad, zoals blijkt uit het eerste onderdeel, is het arbeidshof als stakingsrechter niet bevoegd om aan eiseres te bevelen geen dekking te weigeren en dus dekking te verlenen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De stakingsrechter is enkel bevoegd een daad strijdig met de genderwet vast te stellen en de staking ervan te bevelen, maar niet om een partij te bevelen een contract uit te voeren. Het komt aan de gewone rechter (ten deze de arbeidsrechtbank) in een procedure van gemeen recht toe te beslissen of de verzekeraar dekking moet verlenen.

Tweede middel tot cassatie

Geschonden wetsbepalingen

- artikelen 25, §1 en 34 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna als volgt afgekort: “genderwet”);
- artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Bestreden beslissing

Het bestreden arrest “(b)eveelt de (eiseres) de staking van de discriminatoire maatregelen ten aanzien van (eerste verweerster) wat betreft de dekking weigering van de polissen hospitalisatieverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering m.b.t. de door haar ondergane geslachtsveranderende medische ingreep wegens genderdysforie en beveelt deze dekking weigering ongedaan te maken, ten laatste binnen de 48 uren na betekening van dit arrest aan (eiseres) onder verbeurte van een dwangsom van € 2.000 per inbreuk.

Beveelt de (eiseres) de staking van de discriminatoire maatregelen ten aanzien van andere niet geïdentificeerde personen aan wie de dekking van de polissen hospitalisatieverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering geweigerd wordt, nadat ze zijn gediagnosticeerd met genderdysforie en waarbij de diagnose inhoudt dat een geslachtsverandering een geschikte therapeutische behandeling is, voor zover de diagnose niet is tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een gebeurlijke minnelijke expertise; beveelt de stopzetting van dergelijke discriminatoire maatregel, onder verbeurte van een dwangsom van € 2000 per vastgestelde inbreuk, die wordt gepleegd na 48 uren na betekening van dit arrest”.

Dit alles wordt gesteund op de motivering van het bestreden arrest aangehaald in het eerste middel tot cassatie en die hier als hernomen dient te worden aanzien, waaronder, voor wat betreft niet geïdentificeerde personen, de randnrs. 76 -79 van het bestreden arrest.

Grievens

1. Wanneer enerzijds een geïdentificeerde persoon en anderzijds niet geïdentificeerde personen in dezelfde toestand verkeren, kan op verzoek van tweede verweerder, de stakingsrechter op grond van de artikelen 25 en 34 van de genderwet geen stakingsbevel uitspreken ten aanzien van niet geïdentificeerde personen dat verschillend is van het stakingsbevel dat hij op grond van artikel 25 van de genderwet uitspreekt op verzoek en ten aanzien van de geïdentificeerde persoon, tenzij hiervoor een redelijke verantwoording bestaat. Anders is deze ongelijke behandeling een discriminatie die door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet wordt verboden. De stakingsrechter kan niet zonder schending van die artikelen aan eiseres stakingsbevelen opleggen die discriminerend zijn.

2. Volgens de gegevens vervat in het bestreden arrest verkeert eerste verweester in een gelijke toestand als die van niet geïdentificeerde personen, gezien volgens het bestreden arrest beiden door hun behandelende arts gediagnosticeerd zijn met genderdysforie waarbij de diagnose inhoudt dat een geslachtsverandering een geschikte therapeutische behandeling is.

Het stakingsbevel ten aanzien van niet geïdentificeerde personen geldt wanneer de diagnose van de behandelende arts “*niet is tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een minnelijke expertise*”.

Het stakingsbevel ten aanzien van eerste verweerder geldt zonder dat vereist is dat de door haar voortgebrachte medische attesten “*niet (zijn) tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een minnelijke expertise*”. Voor wat eerste verweerder betreft, volstaat dat zij attesten voorlegt van de behandelende arts die genderdysforie attesteren alsmede een geslachtsverandering als geschikte behandeling voorschrijven, opdat het stakingsbevel zou gelden.

Op grond van het bestreden arrest is niet in te zien waarom deze ongelijke behandeling redelijk verantwoord zou zijn.

Het bestreden arrest overweegt ten aanzien van niet geïdentificeerde personen “*dat voorzichtigheid geboden is bij een al te gemakkelijke extrapolatie*”.

Dit motief verantwoordt evenwel niet dat ten aanzien van eerste verweerder het stakingsbevel geldt zonder de vereiste dat de door haar voortgebrachte medische attesten “*niet (zijn) tegengesproken door een tegengestelde klinische diagnose van een andere arts en/of voor zover de diagnose van de behandelende arts wordt bijgetreden in het kader van een minnelijke expertise*”.

Het besteden arrest schendt derhalve de artikelen 25, §1 en 34 van de genderwet en 10 en 11 van de Grondwet.

Derde middel tot cassatie

Geschonden wetsbepalingen

- artikelen 23, §2 en 25, §2 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna als volgt afgekort: “genderwet”).

Bestreden beslissing

Het bestreden arrest bevestigt de beschikking van de eerste rechter wat betreft de veroordeling van eiseres tot betaling aan eerste verweester van een forfaitaire schadevergoeding van 77.288,35 euro vermeerderd met interesten, dit op volgende gronden:

“64. Wat betreft de mogelijkheid om de forfaitaire schadevergoeding te vorderen lastens een verzekeringsmaatschappij kan verwezen worden naar de randnummers 19 en 20.

65. Oordeelkundig heeft het Openbaar Ministerie in de p. 13-17 van zijn advies verwezen naar de arresten van het Grondwettelijk Hof 17/2009 van 12 februari 2009 en 70/2018 van 7 juni 2018, die op grond van de parlementaire voorbereiding van de genderwet (Parl. St. Kamer, 2006-2007, 51-2721/1, 57-58) verwijzen naar de Europese richtlijnen en rechtspraak, die het vereiste van effectieve sanctionering van de discriminatie vooropstellen door o.m. een doeltreffende, evenredige en afschrikkende schadevergoedingsregeling.

Volgende passage in de Memorie van Toelichting, zoals aangehaald door het Openbaar Ministerie is daarbij illustratief:

Wat de arbeidsbetrekkingen betreft kan verder in het bijzonder worden opgemerkt dat het uitgewerkte systeem inzake forfaitaire schadevergoeding zijn expliciete legitimatie vindt in de Europese rechtspraak van het Hof van Justitie (Arrest Draehmpaehl, C-180/95, 22 april 1997) en de praktijk om de schendingen van nationale ‘ontslagbeschermingen’ in de regel te sanctioneren met de betaling

van een vergoeding gelijk aan 6 maanden loon (toepassing van het Europeesrechtelijk principe van de gelijkwaardigheid van sancties).

66. In een recent arrest beoordeelde het Grondwettelijk Hof een gelijkluidende sanctieregeling in het Vlaamse gelijke kansendecreet van 10 juli 2008. In de overweging B.1.2 heeft het Hof duidelijk gesteld dat het slachtoffer van een discriminatie aldus een schadevergoeding kan vorderen van de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden (GrH. 2019/110 van 10 juli 2019, B.1.2).

Aldus heeft het Hof deze mogelijkheid niet beperkt tot een vordering lastens de werkgever, maar mogelijk gemaakt lastens elke persoon die het discriminatieverbod heeft overtreden.

Vervolgens werd deze regeling, waarvan in ov. B.4.2 werd aangestipt dat ze naar het voorbeeld van de federale wetgever werd uitgevaardigd, niet als onevenredig beschouwd, precies omdat de sancties bij overtreding van een discriminatieverbod doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn (B.5.6).

67. Het bedrag en de becijfering van de forfaitaire schadevergoeding wordt niet betwist. Het tiende middel van (eiseres) kan niet worden weerhouden”.

De randnummers 19 en 20, waarnaar verwezen wordt, luiden als volgt:

“19. Gelet op het geëxternaliseerde voordeel ingevolge de arbeidsbetrekking, kan de discriminatie ook door een derde plaats vinden zonder dat de werkgever zelf hiertoe moet worden aangesproken. Ten onrechte wil (eiseres) de begripsomschrijvingen van art. 5, 1° (arbeidsbetrekkingen) en 5, 16° (aanvullende regelingen sociale zekerheid) beperken tot aangelegenheden die enkel van de werkgever afhangen. Zo bepaalt ar. 22, §10 van de genderwet uitdrukkelijk dat de bepalingen over klachten in verband met schendingen van de wet op het vlak van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid tevens van toepassing zijn op andere personen dan werkgevers

die personen in de arbeidsbetrekkingen tewerkstellen (zie hierover verder in de randnummers 65 en 66).

20. (Eiseres) verwijst naar de overweging B.38.1 in het arrest 17/2009 van het Grondwettelijk Hof van 12 februari 2009, maar deze beoordeling betrof het verschil in forfaitaire schadevergoeding in art. 23, §2, 1° en in art. 23, §2, 2° van de genderwet al naargelang de discriminatie wel of niet in het kader van de arbeidsbetrekkingen plaatsvindt.

Anders dan (eiseres) wil laten uitschijnen, zegt art. 23, 2§, 2° geenszins dat deze forfaitaire vergoeding enkel lastens de werkgever kan gevraagd worden; het handelt wel over een forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de brutobeloning voor 6 maanden. De verlaagde uitzonderingsregeling die voor de werkgever geldt, impliceert niet dat de algemene regel niet op een derde kan worden toegepast die een geëxternaliseerd aanvullend voordeel van sociale zekerheid ingevolge de arbeidsbetrekking aanbiedt”.

Grieven

1. Artikel 23, §2, van de genderwet voorziet in een forfaitaire schadevergoeding aan het slachtoffer van een discriminatie.

Krachtens artikel 25, §2 van de genderwet kan de stakingsrechter de in artikel 23, §2, bedoelde forfaitaire schadevergoeding aan het slachtoffer toekennen.

2. Artikel 23, §2, 2° van de genderwet heeft betrekking op de forfaitaire schadevergoeding die discriminerende werkgevers (voor deze uitdrukking zie GWH, 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.38.1) dienen te betalen en niet op de forfaitaire schadevergoeding ten laste van andere discriminerende partijen.

Artikel 23, §2, 2° van de genderwet zou anders “tenzij de dader” vermelden in plaats van “*tenzij de werkgever*”.

Een derde die een geëxternaliseerd aanvullend voordeel van sociale zekerheid ingevolge arbeidsbetrekking aanbiedt en daarbij het discriminatieverbod heeft geschonden, kan enkel door het slachtoffer worden aangesproken in betaling van een schadevergoeding overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (artikel 23, §1) of in betaling van een forfaitaire schadevergoeding voor morele schade van 1.300 euro voor morele schade, tenzij hij kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn (artikel 23, §2, 1°).

3. Het bestreden arrest oordeelt evenwel als volgt:

“Anders dan (eiseres) wil laten uitschijnen, zegt art. 23, §2, 2° geenszins dat deze forfaitaire vergoeding enkel lastens de werkgever kan gevraagd worden; het handelt wel over een forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de brutobeloning voor 6 maanden. De verlaagde uitzonderingsregeling die voor de werkgever geldt, impliceert niet dat de algemene regel niet op een derde kan worden toegepast die een geëxternaliseerde aanvullend voordeel van sociale zekerheid ingevolge de arbeidsbetrekking aanbiedt”.

De tekst van artikel 23, §2, 2° laat niet toe dit artikel op te delen in een algemene regel en een verlaagde uitzonderingsregel die enkel voor de werkgever geldt.

Door “*tenzij te werkgever*” te vermelden, blijkt uit artikel 23, §2, 2° zeer duidelijk dat de forfaitaire schadevergoeding gelijk aan zes maanden brutoloon voor materiële en morele schade verschuldigd is door de discriminerende werkgever en niet door een andere discriminerende partij.

Nergens in de parlementaire voorbereiding van de genderwet wordt gesteld dat de forfaitaire schadevergoeding van artikel 23, §2, 2° van toepassing zou zijn op andere discriminerende partijen dan werkgevers en zelfs indien dit het geval zou zijn, kan de parlementaire voorbereiding niet worden aangevoerd tegen een duidelijke tekst van de wet.

Door eiseres te veroordelen tot betaling aan eerste verweerster van een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan zes maanden brutoloon, schendt het bestreden arrest derhalve artikelen 23, §2, 2° en 25, §2 van de genderwet.

TOELICHTING BIJ HET DERDE MIDDEL

Zie Cass., 11 mei 2020, S.18.0094.N, met conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden.

BIJ DEZE BESCHOUWINGEN

Besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie dat het U behage, Hooggeachte Dames en Heren, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak en de partijen te verwijzen naar een ander arbeidshof, kosten als naar recht.

Brussel, 19 april 2022

Martin Lebbe