

## HOE ONGELIJK MOGEN VERZEKERAARS VROUWEN EN MANNEN BEHANDELEN?

**Hof van Justitie EU (prejudiciële beslissing Grote Kamer)** 1 maart 2011 (nog niet gepubliceerd in Jur.)

**Test-Aankoop, Yann Van Vugt, Charles Basselier t. Ministerraad** (Zaak C-236/09)

**Samenvatting** | In de zaak C-236/09 Test-Aankoop heeft het Hof van Justitie EU artikel 5, tweede lid, van Richtlijn 2004/113/EU met ingang van 21 december 2012 wegens onverenigbaarheid met de artikelen 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ongeldig verklaard. Volgens artikel 5, tweede lid, van de Richtlijn konden de lidstaten vóór 21 december 2007 besluiten proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Volgens het Hof is gezien de juridische en feitelijke context slechts een tijdelijke beperkte, verschillende behandeling van mannen en vrouwen toegestaan.

**Trefwoorden** | Richtlijn 2004/113/EU, EU-Grondrechtenhandvest, sekse, proportionele verschillen, premies, uitkeringen.

[art. 5 lid 2 Richtlijn 2004/113, art. 21 en art. 23 Handvest Grondrechten Europese Unie]

**Noot** | Christa Tobler \*

### INLEIDING

Het voormalige EEG-recht kende vanaf het begin een verbod op discriminatie wegens geslacht, eerst in de vorm van het toenmalige artikel 119 EEG-verdrag over gelijke loon (tegenwoordig artikel 157, eerste en tweede lid, VWEU) en later in de vorm van een aantal richtlijnen. In tegenstelling tot het andere belangrijke non-discriminatieverbod van het EEG-recht, namelijk het verbod op discriminatie wegens nationaliteit, had het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen een beperkt toepassingsbereik. Artikel 119 en de richtlijnen strekten zich slechts uit tot onzelfstandige en zelfstandige arbeid en de daarmee verbonden sociale zekerheid. Met betrekking tot het ontvangen van diensten was wel discriminatie wegens nationaliteit verboden (namelijk in het kader van de verdragsbepalingen over het vrije verkeer van diensten), maar niet discriminatie wegens geslacht. Dit volgde pas veel later met Richtlijn 2004/113 over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (*PB* L 373, p. 37).

Richtlijn 2004/13/EG strekt zich ook uit tot verzekeringen, zij het slechts op verzekeringen die zijn gesloten na 21 december 2007. Bovendien bevat de richtlijn een uitzonderingsbepaling die binnen een bepaald kader (hierover later meer) een ongelijke behandeling van mannen en vrouwen, ten opzichte van premies en uitkering en gebaseerd op actuariële factoren en statistische gegevens, toestaat. Een dergelijk onderscheid in verzekeringscontracten komt nog altijd veelvuldig voor. Zo betalen bijvoorbeeld jonge vrouwen, die in het verkeer als een groep met een laag risico gelden, vaak minder voor autoverzekeringen. Omgekeerd betalen mannen minder voor ziektekostenverzekeringen. In de hier te bespreken zaak *Test-Aankoop* – overigens de eerste zaak voor het Hof van Justitie EU betreffende Richtlijn 2004/113/EG – rees de vraag of de uitzonderingsbepaling wel of niet verenigbaar is met de grondrechten van de Europese Unie. Met zijn ontken-

\* Prof. dr. R.C. Tobler LL.M. is hoogleraar Europees recht aan de Universiteit Leiden.

nend antwoord deed het Hof van Justitie EU veel stof opwaaien; het nieuws hierover haalde de internationale pers. Het oordeel betreft een aantal belangrijke aspecten van het EU-recht, in het bijzonder de verhouding van het secundaire recht met het primaire recht en de beoordeling van de vergelijkbaarheid van gevallen in het kader van het beginsel van gelijke behandeling. Het belang van de zaak wordt onderstreept door het feit dat het oordeel door een Grote Kamer van het Hof is gewezen.

## FEITEN EN HET JURIDISCHE KADER

De feiten van de hier besproken zaak zijn simpel, de juridische context minder. De Belgische consumentenorganisatie Test-Aankoop, een verbruikersunie zonder winstoogmerk (vzw), stelde samen met twee particulieren bij het Grondwettelijk Hof van België een beroep tot vernietiging van de wet van 21 december 2007 in. Volgens de klagers is deze wet onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, onder meer bepaald door de artikelen 10, 11 en 11 bis van de Belgische Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 13 Richtlijn 2004/113/EG, de artikelen 20, 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 14 EVRM, artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten en het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.<sup>1</sup>

Door de Belgische wet van 21 december 2007 werd Richtlijn 2004/113/EG in nationaal recht omgezet, en wel door de eerder in hetzelfde jaar - namelijk op 10 mei 2007 - aangenomen wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden op een zodanige manier te wijzigen dat de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot levensverzekeringen werd mogelijk gemaakt. De nieuwe bepaling trad op 20 december 2007, en dus met terugwerkende kracht (!), in werking. De reden hiervoor is onmiddellijk duidelijk als men de achterliggende bepalingen van Richtlijn 2004/113/EG leest. Artikel 5, eerste lid, Richtlijn 2004/113/EG voorziet in de gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot verzekeringen:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat, in alle nieuwe contracten die na 21 december 2007 worden gesloten, het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen.’

Artikel 5, tweede lid vormt hierop een uitzondering (die echter volgens het derde lid niet geldt voor kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap):

‘Niettegenstaande lid 1, kunnen de lidstaten vóór 21 december 2007 besluiten proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. De betrokken lidstaten stellen de Commissie van hun besluit in kennis, en zorgen ervoor dat nauwkeurige gegevens die relevant zijn voor het gebruik van sekse als een bepalende actuariële factor worden verzameld en bekendgemaakt, en regelmatig worden geactualiseerd. Deze lidstaten toetsen hun besluit vijf jaar na 21 december 2007 en houden daarbij rekening met het in artikel [16] genoemde verslag van de Commissie. Zij doen het resultaat van de toetsing aan de Commissie toekomen.’

1 Zie nr. 27 in de conclusie van Advocaat-Generaal Kokott bij *Test-Aankoop*.

Het besluit om van de uitzondering van artikel 5, tweede lid gebruik te maken, moest dus voor 21 december 2007 genomen worden. In België was dit niet het geval, nu de wet pas op deze dag is aangenomen (zij het met terugwerkende kracht sinds de dag daarvoor). Of dit vanuit het oogpunt van het EU-recht een probleem is, kan hier – nu deze vraag aan het Hof van Justitie EU niet is voorgelegd – in het midden gelaten worden.

Geconfronteerd met de argumenten van klagers met betrekking tot de ongelijke behandeling en de gevolgen hiervan voor de wettigheid van de Belgische wet van 21 december 2007, legde het Belgisch Grondwettelijk Hof daarom aan het Hof van Justitie EU de vraag voor of artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG ‘verenigbaar [is] met artikel 6, lid 2, [EU] en meer bepaald met het bij die bepaling gewaarborgde beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie’.

## PREJUDICIËLE BESLISSING VAN HET HOF

In zijn antwoord schetst het Hof eerst het juridische kader voor de beoordeling van de geldigheid van artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG (*Test-Aankoop*, n. 16-21):

‘16 In lid 2 van artikel 6 EU, waarnaar de verwijzende rechter in zijn vragen verwijst en dat in punt 1 van de considerans van richtlijn 2004/113 wordt vermeld, werd bepaald dat de Unie de grondrechten zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht eerbiedigt. Deze grondrechten zijn opgenomen in het Handvest, dat sinds 1 december 2009 dezelfde juridische waarde als de verdragen heeft. 17 Ingevolge de artikelen 21 en 23 van het Handvest is elke discriminatie op grond van geslacht verboden en moet de gelijkheid van vrouwen en mannen op alle gebieden worden gewaarborgd. Punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/113 verwijst uitdrukkelijk naar deze artikelen; de geldigheid van artikel 5, lid 2, van deze richtlijn moet dus worden getoetst aan deze bepalingen van het Handvest (zie in die zin arrest van 9 november 2010, Volker und Markus Schecke en Eifert, C-92/09 en C-93/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 46).

18 Het WEU-Verdrag bevat bepalingen over het recht op gelijke behandeling van vrouwen en mannen. Enerzijds, aldus artikel 157, lid 1, VWEU draagt iedere lidstaat er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. Anderzijds bepaalt artikel 19, lid 1, VWEU dat de Raad na goedkeuring door het Europees Parlement passende maatregelen kan nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.

19 Terwijl artikel 157, lid 1, VWEU het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op een specifiek gebied invoert, bevat artikel 19, lid 1, VWEU een machtiging voor de Raad, die deze moet gebruiken met inachtneming van met name artikel 3, lid 3, tweede alinea, VEU, dat bepaalt dat de Unie sociale uitsluiting en discriminatie bestrijdt en sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van vrouwen en mannen, de solidariteit tussen generaties en de bescherming van de rechten van het kind bevordert, en artikel 8 VWEU, volgens hetwelk de Unie bij elk optreden ernaar streeft de ongelijkheden op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen.

20 Bij de geleidelijke totstandbrenging van deze gelijkheid bepaalt de Uniewetgever, gelet op de bij artikel 3, lid 3, tweede alinea, VEU en artikel 8 VWEU aan de Unie opgedragen taak, op welk tijdstip hij handelt, en houdt hij daarbij rekening met de ontwikkeling van de economische en sociale situatie in de Unie.

21 Een dergelijk handelen, wanneer daartoe wordt beslist, moet het nagestreefde doel evenwel coherent verwezenlijken, hetgeen niet de mogelijkheid uitsluit te voorzien in overgangperiodes of uitzonderingen van beperkte draagwijdte.’

Vervolgens gaat het Hof in op de concrete vraag over gelijke behandeling in verband met verzekeringen (*Test-Aankoop*, n. 22-35):

'22 Zoals wordt vastgesteld in punt 18 van de considerans van richtlijn 2004/113, was het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren wijdverspreid bij het verlenen van verzekeringsdiensten ten tijde van de vaststelling van deze richtlijn.

23 De Uniewetgever kon het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen, meer bepaald de toepassing van de regel van unisekspremies en -uitkeringen, dus geleidelijk met passende overgangsperiodes ingang doen vinden.

24 In die zin bepaalde de Uniewetgever in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/113 dat de uit het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen voortvloeiende verschillen uiterlijk op 21 december 2007 moesten zijn weggewerkt.

25 In afwijking van de bij dit artikel 5, lid 1, ingestelde algemene regel van unisekspremies en -uitkeringen, gaf lid 2 van dit artikel de lidstaten waarvan het nationale recht deze regel bij de vaststelling van richtlijn 2004/113 nog niet toepaste, de mogelijkheid om vóór 21 december 2007 te beslissen proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor de verzekerden toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico, op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.

26 Deze mogelijkheid, aldus datzelfde lid, zal vijf jaar na 21 december 2007 worden getoetst, waarbij rekening wordt gehouden met een verslag van de Commissie, maar de lidstaten die van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, mogen, doordat richtlijn 2004/113 niet preciseert hoe lang deze verschillen mogen duren, de verzekeraars de toepassing van deze ongelijke behandeling zonder tijdslimiet toestaan.

27 De Raad betwijfelt of de situaties van vrouwelijke en mannelijke verzekerden in sommige particuliere verzekeringstakken vergelijkbaar kunnen worden geacht daar de graden van verzekerd risico, gelet op de verzekeringstechnische indeling van de risico's in categorieën op basis van statistieken, kunnen verschillen voor vrouwen en mannen. Hij wijst erop dat de keuzemogelijkheid van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 er alleen toe strekt te voorkomen dat verschillende situaties gelijk worden behandeld.

28 Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist het gelijkheidsbeginsel dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie arrest van 16 december 2008, *Arcelor Atlantique en Lorraine e.a.*, C-127/07, Jurispr. p. I-9895, punt 23).

29 Dienaangaande dient te worden benadrukt dat de vergelijkbaarheid van situaties moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de handeling van de Unie die het betrokken onderscheid invoert (zie in die zin arrest *Arcelor Atlantique en Lorraine e.a.*, reeds aangehaald, punt 26). In casu voert artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 dit onderscheid in.

30 Vaststaat dat richtlijn 2004/113 in de sector van de verzekeringsdiensten zoals blijkt uit artikel 5, lid 1, ervan de toepassing van unisekspremies en -uitkeringen tot doel heeft. In punt 18 van de considerans van deze richtlijn wordt uitdrukkelijk verklaard dat om de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te waarborgen het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren niet mag resulteren in verschillen tussen de premies en uitkeringen van verzekerden. Volgens punt 19 van de considerans van deze richtlijn is de aan de lidstaten verleende mogelijkheid om de regel van de unisekspremies en -uitkeringen niet toe te passen een 'uitzondering'. Richtlijn 2004/113 gaat voor de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de zin van de artikelen 21 en 23 van het Handvest dus uit van de vergelijkbaarheid van de respectieve situaties van vrouwen en mannen inzake de premies en uitkeringen van door hen aangegane verzekeringen.

31 In deze omstandigheden bestaat het gevaar dat de uitzondering op de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 naar Unierecht onbeperkt toegestaan blijft.

32 Een dergelijke bepaling, die de betrokken lidstaten toestaat een uitzondering op de regel van unisekspremies en -uitkeringen zonder beperking in de tijd te handhaven, is in strijd met de verwezenlijking van het door richtlijn 2004/113 nagestreefde doel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen en onverenigbaar met de artikelen 21 en 23 van het Handvest.

33 Bijgevolg moet deze bepaling ongeldig worden geacht bij het verstrijken van een passende overgangsperiode.

34 Gelet op al het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 met ingang van 21 december 2012 ongeldig is.'

## NOOT

1. Als gevolg van het arrest van het Hof in de zaak *Test-Aankoop* zal artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG vanaf 21 december 2012 ongeldig zijn. Met andere woorden: vanaf dat moment is iedere ongelijke behandeling van mannen en vrouwen die is gebaseerd op seksegerelateerde actuariële factoren, een door de richtlijn verboden discriminatie als het contracten gesloten na 21 december 2007 betreft. Net als in *Sturgeon* (zaak C-402/07), dat de verplichting tot compensatie van vliegpassagiers bij annulering uitbreidde tot bepaalde gevallen van vertraging, gaat het Hof in *Test-Aankoop* met een beroep op het beginsel van gelijke behandeling tegen een expliciete beslissing van de EU-wetgever in. Het oordeel leidde tot hevige kritiek vanuit de verzekeringsindustrie.<sup>2</sup> Dit is niet verrassend, aangezien het bestaan van artikel 5, tweede lid van de richtlijn aan het lobbywerk van de (particuliere) verzekeringen tijdens de wetgevingsprocedure te danken is.<sup>3</sup> Het voorstel voor de richtlijn van de Commissie bevatte een dergelijke bepaling niet. Sterker nog, de Commissie sprak zich toen uitdrukkelijk tegen een ongelijke behandeling uit – hetgeen de Commissie er overigens niet van weerhield om zich in *Test-Aankoop* vóór de ongelijke behandeling uit te spreken. Commissaris Viviane Reding publiceerde na het oordeel wederom een verklaring waarin zij met het Hof instemde.<sup>4</sup>

Het nu volgende commentaar wijkt af van de volgorde van de overwegingen van het Hof. Het begint met een aantal korte opmerkingen over het toetsingskader en gaat dan verder met de vergelijkbaarheid van de gevallen en de mogelijkheid van uitzonderingsbepalingen. Tenslotte rijst de vraag in hoeverre de benadering door het Hof in *Test-Aankoop* ook in ander verband relevant zou kunnen zijn, bijvoorbeeld ten opzichte van verschillende verzekeringspremies en -prestaties in verband met leeftijd.

2. *Het toetsingskader.* In *Test-Aankoop* toetst het Hof van Justitie EU artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG aan de artikelen 21 en 23 van het EU-Handvest van de Grondrechten. Het is niet de eerste keer dat het Hof de geldigheid van secundair recht toetst aan het Handvest; dit gebeurde al in *Schecke en Eifert* (zaak C-93/08), in het kader van de bescherming van persoonlijke data in het licht van de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Sinds 1 december 2009 (de verdragsherziening van Lissabon) is het Handvest onderdeel van het primaire recht van de Europese Unie. De feiten van *Test-Aankoop* zijn ouder. Echter, dit maakt in het onderhavige geval niet uit, nu de instellingen van de EU (in tegenstelling tot de lidstaten) al voor 1 december 2009 aan het Handvest gebonden waren. Verder laat de interpretatie van de artikelen 21 en 23 van het Handvest door het Hof zien dat deze bepalingen inhoudelijk overeenkomen met het algemene beginsel van gelijke behandeling. Dit beginsel eist dat vergelijkbare situaties niet verschillende en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Dit wordt bevestigd door het in dit verband door het Hof aangehaalde oordeel *Arcelor*, dat met het Handvest niets te maken heeft. In wezen zijn de artikelen 21 en 23 van het Handvest dus niet meer dan een expliciete uitdrukking van het algemene beginsel

2 Zie de reactie van de Europese federatie van verzekeraars, CEA: <http://www.cea.eu/index.php/newsroom/424/51/CEA-regrets-ECJ-judgement-on-gender-in-insurance-pricing/>.

3 Ik maakte destijds een zitting mee in Brussel omtrent deze vragen en hoorde de argumenten van de particuliere verzekeringen. De staatsverzekeringen hadden daarentegen geen moeite met de gedachte van gelijke behandeling, aangezien zij dit in de praktijk toch al deden.

4 *Sex Discrimination in Insurance Contracts: Statement by European Commission Vice-President Viviane Reding, the EU's Justice Commissioner, on the European Court of Justice's ruling in the Test-Achats case*, Brussel, 1 maart 2011: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/123&type=HTML>.

van gelijke behandeling, en meer specifiek van het algemene beginsel van gelijk behandeling van mannen en vrouwen waar het Hof het al in een van de *Defrenne*-oordelen over had (zaak 149/77 *Defrenne III*). Dit betekent tegelijkertijd dat de redenering van het Hof in *Test-Aankoop* niet afhangt van het Handvest, maar evengoed op het algemene beginsel had kunnen worden gebaseerd (hetgeen overigens ook het voorstel was van AG Kokott in *Test-Aankoop*).<sup>5</sup>

In *Test-Aankoop* vormen de artikelen 21 en 23 van het Handvest het toetsingskader voor de fundamentele vraag van de gelijke behandeling in het kader van verzekeringscontracten als zodanig. Een belangrijk element is verder het juridische kader van de wetgevingsbevoegdheid van de EU met betrekking tot gelijke behandeling op het gebied van verzekeringen. Hier loopt de bevoegdheidsbepaling van artikel 19, eerste lid, VWEU samen met de algemene doelstelling van de EU ten opzichte van gelijkheid van mannen en vrouwen (artikel 3, derde lid, VWEU) en met de verplichting van de Unie om bij elk optreden ernaar te streven om de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen (artikel 8 VWEU). Dit samenspel leidt het Hof tot de belangrijke conclusie dat het toegestaan is dat de EU-wetgever de gelijke behandeling van mannen en vrouwen geleidelijk invoert, met inbegrip van overgangstermijnen en beperkte uitzonderingen. Dit wordt vervolgens door het Hof in het concrete verband van verzekeringen en actuariële en statistische gegevens uitdrukkelijk bevestigd.

3. *Gelijke behandeling en vergelijkbaarheid van de gevallen.* De kritiek van de verzekeraars aan *Test-Aankoop* betreft met name het oordeel van het Hof over de vergelijkbaarheid van de gevallen. Dit is tegelijkertijd het kern van de juridische argumentatie van het Hof. Meer algemeen is de vergelijkbaarheid van situaties een centraal vraagstuk van het discriminatierecht dat tegelijkertijd bijzonder moeilijk is. Meestal zijn er in dit verband zeer uiteenlopende redeneringen denkbaar en is het moeilijk om te beslissen welke elementen in aanmerking moeten worden genomen voor het vaststellen van vergelijkbaarheid of onvergelijkbaarheid. Even zo moeilijk is het om te bepalen welke feitelijke verschillen juridisch wel of niet relevant zijn. In het vrije verkeersrecht kunnen deze problemen soms uit de weg worden gegaan door, in plaats van met het discriminatieverbod, met het verbod van beperkingen van het vrije verkeer te redeneren (zie bijvoorbeeld AG Sharpston in de zaak C-293/06 *Deutsche Shell*). In een zaak als *Test-Aankoop* is dit echter niet mogelijk, nu Richtlijn 2004/113/EG alleen discriminatie verbiedt.

Voor het Hof van Justitie EU redeneerde de Ministerraad dat de keuzemogelijkheid van artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG er alleen toe strekt te voorkomen dat verschillende situaties gelijk worden behandeld. Dit was ook de visie van de verzekeringsmaatschappijen, van de Commissie en van de lidstaten die voor het Hof van Justitie EU hun mening gaven. Het Hof noemt uitdrukkelijk het argument van de Raad dat gradaties van verzekerd risico in sommige takken van de particuliere verzekeringsbranche voor vrouwen en mannen kunnen verschillen, gelet op de verzekeringstechnische indeling van de risico's in categorieën op basis van statistieken. De vraag – zoals verwoord door AG Kokott – is dus in hoeverre de bijzonderheden van verzekeringen een rol dienen te spelen bij het beoordelen van de vergelijkbaarheid van mannen en vrouwen, en meer specifiek of bij de ontwikkeling van verzekeringsproducten verschillen tussen personen die louter statistisch met hun geslacht in verband kunnen worden gebracht, mogen of zelfs moeten leiden tot een verschillende behandeling van mannelijke en vrouwelijke verzekerden.

<sup>5</sup> Conclusie van 30 september 2010, overweging 31 e.v.

AG Kokott accepteert dat verzekeringen bijzondere kenmerken hebben. Het gaat over diensten waarvan bij het afsluiten van de overeenkomst niet met zekerheid kan worden gezegd of, wanneer en in welke mate de verzekerde daarop een beroep zal doen. De risico's worden daarom berekend op basis van prognoses. De AG legt dit als volgt uit in overweging 46 van haar conclusie:

'Normaal gezien wordt daarbij geen individuele prognose met betrekking tot de betrokken verzekerde gemaakt, maar er wordt een beroep gedaan op empirische gegevens. De voornaamste reden hiervoor is dat precieze uitspraken over het verzekeringsrisico met betrekking tot een bepaald individu moeilijk, of zelfs helemaal onmogelijk zijn. Het is derhalve in beginsel volstrekt legitiem om bij de beoordeling van het risico in plaats van – of naast – een individuele benadering een groepsbenadering te hanteren.'

Volgens Test-Aankoop en de AG worden verzekeringspremies en -uitkeringen enkel of minstens op doorslaggevende wijze op basis van statistieken voor mannen en vrouwen verschillend berekend, terwijl in werkelijkheid talrijke andere factoren een belangrijke rol bij de beoordeling van bovengenoemde verzekeringsrisico's spelen, bijvoorbeeld voor levensverzekeringen de levensverwachting van de verzekerden. Deze wordt sterk beïnvloed door economische en sociale omstandigheden en door de levensgewoonten van elk individu (bijvoorbeeld aard en omvang van de uitgeoefende beroepsactiviteit, familiaal kader en sociaal milieu, voedingsgewoonten, gebruik van genotmiddelen en/of drugs, vrijetijdsbesteding, sportbeoefening). Volgens de AG mag en moet de Raad rekening houden met de specifieke kenmerken van verzekeringen, maar is zijn bevoegdheid hieromtrent niet onbeperkt. De Raad doet aan de complexiteit van deze problematiek geen recht wanneer hij zonder meer toelaat dat verschillen tussen verzekerden enkel of minstens op doorslaggevende wijze gekoppeld blijven aan het geslacht van de betrokkenen, alleen omdat de differentie op basis van geslacht makkelijker te verwezenlijken is dan op basis van andere factoren. Volgens de AG is dit niet verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel.

In wezen komt de redenering van de AG erop neer dat artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG is gebaseerd op een te beperkte vergelijking, terwijl de verzekeringindustrie juist van mening is dat de focus op de risicoverdeling qua geslacht de juiste benadering is. Alleen al deze argumenten laten zien hoe ingewikkeld de kwestie van vergelijkbaarheid kan zijn. Het is daarom zeer interessant om te zien hoe het Hof van Justitie EU zich aan de vraag over wat nu wel de goede ijkpunten voor de vergelijking zijn en hoe in dit kader om te gaan met de feitelijk verschillende verdeling van risico's tussen mannen en vrouwen als het ware onttrekt. De 'truc' van het Hof ligt erin dat het helemaal niet ingaat op zojuist genoemde vragen, maar de klemtoon legt op de juridisch relevante vergelijkbaarheid zoals deze – steeds volgens het Hof – in de richtlijn zelf tot uitdrukking komt. Met andere woorden: volgens het Hof staat de vraag van de principiële vergelijkbaarheid van mannen en vrouwen met het oog op verzekeringen helemaal niet open voor discussie, nu deze door de richtlijn zelf allang positief is beantwoord (zij het dat de richtlijn vervolgens niet coherent is).

Het is belangrijk om te beseffen dat het Hof de daadwerkelijke statistische verschillen tussen mannen en vrouwen niet negeert. Echter, dergelijke verschillen acht het in het onderhavige context vanuit een juridisch oogpunt niet relevant. Over de redenen hiervoor zegt het Hof niets, net zomin overigens als de richtlijn zelf – dit punt blijft dus in het midden gelaten. Het is begrijpelijk dat deze redenering voor de verzekeringsindustrie moeilijk te begrijpen valt, maar vanuit een juridisch oogpunt is zij eigenlijk elegant. Zij bevestigt op een omgekeerde manier

wat Catharine MacKinnon<sup>6</sup> ooit in de context van het recht van de VS zei, namelijk dat de status van onvergelykbaarheid ('the status of not being similarly situated') 'can be created by Congress as well as God, biology, and the market'. In het geval van Richtlijn 2004/113/EG is het omgekeerde het geval: hier is de principiële status van vergelykbaarheid volgens het Hof 'gecreëerd' door de wetgever, maar is de wetgever vervolgens niet consequent door toch zonder tijdelijke beperkingen een ongelijke behandeling toe te staan.

In dit kader is het wellicht interessant om op te merken – zoals ook AG Kokott dit doet<sup>7</sup> – dat in de VS op basis van de rechtspraak van de *Supreme Court* een ongelijke behandeling van mannen en vrouwen als groepen ten opzichte van leeftijdspensioenen in bedrijven al sinds meer dan 30 jaar verboden is (arrest *Manhart*).<sup>8</sup> Echter, de reden hiervoor is niet de vergelykbaarheid tussen mannen en vrouwen, maar het feit dat de wet in kwestie 'precludes treatment of individuals as simply components of a racial, religious, sexual, or national class. [...] Even a true generalization about the class is an insufficient reason for disqualifying an individual to whom the generalization does not apply.'<sup>9</sup>

4. *Beperkte overgangperiodes.* Gezien het voorafgaande is de conclusie van het Hof voorspelbaar: artikel 5, tweede lid, Richtlijn 2004/113/EG is niet verenigbaar met de artikelen 21 en 23 van het EU-Handvest van de Grondrechten. Aangezien een gepaste overgangsperiode wel toegestaan zou zijn, beperkt het Hof zijn conclusie echter in de tijd door de ongeldigheid in te laten gaan vanaf 21 december 2012. De keuze voor dit tijdstip is vermoedelijk met de termijn van vijf jaar in artikel 5, tweede lid van de richtlijn te verklaren: de lidstaten die van de mogelijkheid van artikel 5, tweede lid gebruik maken, moeten hun besluit na 21 december 2012 toetsen.

Het Hof heeft hier dus voor een andere benadering gekozen dan AG Kokott. Zij had voorgesteld om de werking van het oordeel van het Hof in de tijd te beperken, dat wil zeggen de ongeldigheid van de omstreden bepaling, die echter pas vanaf de datum van het oordeel kan worden ingeroepen, behalve voor de klagers in de onderhavige zaak en anderen die al hebben geklaagd. Het betreft een analoge toepassing van het tweede gedeelte van artikel 264 VWEU, zoals in *Schecke en Eifert* (zaak C-93/08). In *Test-Aankoop* is een dergelijke beperking er niet, maar is de omstreden bepaling als zodanig pas vanaf 21 december 2012 ongeldig. Dit is ook relevant voor de klagers in deze zaak.

5. *Gevolgen van het oordeel in ander verband.* Het blijft de vraag in hoeverre de door het Hof gekozen benadering in *Test-Aankoop* ook in een ander verband een rol moet of zou kunnen spelen – bijvoorbeeld waar het gaat om leeftijd, een factor die in de berekening van premies en prestaties van particuliere verzekeringen vaak een belangrijke rol speelt.

Op dit moment is er geen secundair EU-recht dat discriminatie op grond van leeftijd ten opzichte van verzekeringen verbiedt. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (zaak C-427/06 *Bartsch*) blijkt dat in deze situatie uit het algemene beginsel van gelijke behandeling ten opzichte van leeftijd geen verplichting tot gelijke behandeling kan voortvloeien; hetzelfde moet voor het Handvest gelden. Sinds 2008 is er een voorstel van de Commissie voor een nieuwe richtlijn tot uitbreiding van de bescherming tegen discriminatie onder meer wegens leeftijd.<sup>10</sup> Er gebeurt

6 Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality*, University Casebook Series, New York: Foundation Press 2001, p. 247.

7 Conclusie van 30 september 2010, overweging 70.

8 Arrest van de United States Supreme Court 25 april 1978 (*City of Los Angeles/Manhart*), 435 U.S. 702 [1978].

9 *Manhart*, p. 708.

10 *Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid*, COM(2008) 426 fin.



op dit moment weinig mee. Echter, mocht de richtlijn ooit worden aangenomen, dan is er ruimte voor de toepassing van het Handvest/het algemene beginsel van gelijke behandeling.

Net als in het geval van Richtlijn 2004/113/EG verwijst ook de preambule van de voorgestelde richtlijn naar het Handvest (artikel 21). En net als in het geval van Richtlijn 2004/113/EG omvat het toepassingsbereik van de voorgestelde richtlijn onder meer verzekeringen. Het verbod van discriminatie op grond van leeftijd in de voorgestelde richtlijn geldt daarom ook voor verzekeringen. En net als Richtlijn 2004/113/EG voorziet de voorgestelde richtlijn in een uitzondering. Volgens artikel 2, zevende lid, 'kunnen lidstaten voor de verstrekking van financiële diensten proportionele verschillen in behandeling toestaan wanneer het gebruik van leeftijd of handicap voor het betrokken product een essentiële factor is in de risicobeoordeling op basis van relevante en accurate actuariële of statistische gegevens'.

Echter, er is één duidelijk verschil. In de preambule van de voorgestelde richtlijn staat (punt 15): 'Bij de verstrekking van verzekerings-, bank- en anderen financiële diensten wordt gebruik gemaakt van actuariële risicofactoren in verband met handicap en leeftijd. Wanneer is aangetoond dat dit essentiële factoren voor de risicobeoordeling zijn, houden zij geen discriminatie in.' Verder is in de Raad besproken om artikel 2, zevende lid, op een zodanige manier te herformuleren dat het met deze formulering overeenkomt, d.w.z. dat het niet een mogelijkheid van de lidstaten betreft, maar eenvoudigweg een vaststelling dat er in de omschreven situatie geen discriminatie is. Dit is dus het pure tegendeel van de beaming in de preambule van Richtlijn 2004/113/EG dat gelijke behandeling ook ten opzichte van verzekeringen moet gelden.

Het is moeilijk te zeggen of dit verschil in beoordeling, met name wat betreft de kwestie van de vergelijkbaarheid, wel of niet een beslissende invloed moet hebben in de beantwoording van de gestelde vraag. Als particuliere verzekeraar die tegen discriminatiewetgeving is, zou ik redeneren dat de wetgever zich in de nieuwe (voorgestelde) richtlijn tegen de vergelijkbaarheid heeft uitgesproken, en dat daarom volgens *Test-Aankoop* geen sprake van vergelijkbaarheid kan zijn. Immers, daar berustte het oordeel van het Hof over de vergelijkbaarheid juist op de onderliggende visie van de wetgever, die vervolgens niet consequent is doorgetrokken. Als klant van de verzekeraar of als consumentenorganisatie zou mijn argument kunnen zijn dat er tal van oordelen zijn waarin het besluit van de wetgever over de vergelijkbaarheid volgens het Hof juist niet relevant was, omdat de wetgever een fout maakte, zoals in *Sturgeon*. Beide redeneringen lijken mij mogelijk.<sup>11</sup>

11 Een meer uitgebreide annotatie van dezelfde auteur zal in de Common Market Law Review verschijnen.