CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 30 september 2010[1]

I — Inleiding

1. Is de inaanmerkingneming van het geslacht van de verzekerde als risicofactor bij de opstelling van particuliere levensverzekeringsovereenkomsten verenigbaar met de grondrechten van de Europese Unie? Dit is in wezen de aan het Hof voorgelegde vraag in deze prejudiciële procedure. Daarbij gaat het voor de eerste keer om materieelrechtelijke bepalingen van richtlijn 2004/113/EG[2], een van de zogenaamde antidiscriminatierichtlijnen[3], die recentelijk hebben geleid tot hevige controverse.

2. Op grond van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 mogen de lidstaten seksegerelateerde verschillen in verzekeringspremies en -uitkeringen voor individuele personen toestaan in de gevallen waarin sekse een bepalende risicofactor is en dit kan worden onderbouwd door relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Talrijke lidstaten hebben voor een of meerdere typen van verzekeringen gebruikgemaakt van deze uitzondering.

3. Het Belgische Grondwettelijk Hof vraagt thans evenwel of deze bepaling van de richtlijn verenigbaar is met hogere regels van Unierecht, in het bijzonder met het als grondrecht neergelegde verbod van discriminatie op grond van geslacht. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een door de Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop (hierna: „Test-Aankoop") en door twee particuliere personen ingesteld beroep tot ongrondwettigverklaring van de Belgische wet waarbij richtlijn 2004/113 in nationaal recht wordt omgezet.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (PB L 373, blz. 37); hierna: „richtlijn 2004/113".

3 — Tot de antidiscriminatierichtlijnen behoren bovendien richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22), richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303, blz. 16) en richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (PB L 204, blz. 23).

II — Rechtskader

A — *Unierecht*

4. De Europese regelgeving ter zake wordt bepaald door de op Unieniveau geldende grondrechten, waarnaar artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie verwijst. Deze grondrechten, zoals deze in het bijzonder in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [4] zijn verwoord, vormen de maatstaf voor de beoordeling van de geldigheid van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113.

Verdrag betreffende de Europese Unie

5. Tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 bevatte het Verdrag betreffende de Europese Unie in de versie van het Verdrag van Amsterdam volgend artikel 6 (hierna: „artikel 6 EU"):

„1. De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben.

2. De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende 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.

[...]"

6. In de uit het Verdrag van Lissabon voortvloeiende versie luidt artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: „VEU") als volgt:

„1. De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.

[...]

3. De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie."

4 — Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie werd eerst op 7 december 2000 te Nice (PB C 364, blz. 1) en daarna nog eens op 12 december 2007 te Straatsburg (PB C 303, blz. 1, en PB 2010, C 83, blz. 389) afgekondigd.

Handvest van de grondrechten

7. Het Handvest van de grondrechten bevat onder titel III bepalingen inzake gelijkheid. Artikel 20 van het Handvest, met het opschrift „Gelijkheid voor de wet", bepaalt:

„Eenieder is gelijk voor de wet."

8. Artikel 21, lid 1, van het Handvest bevat het beginsel van non-discriminatie, dat als volgt is geformuleerd:

„Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden."

9. Verder schrijft artikel 23, eerste alinea, van het Handvest onder het opschrift „De gelijkheid van vrouwen en mannen" voor:

„De gelijkheid van vrouwen en mannen moet worden gewaarborgd op alle gebieden, met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning."

Richtlijn 2004/113

10. Richtlijn 2004/113 heeft artikel 13, lid 1, EG (thans artikel 19, lid 1, VWEU) als rechtsgrondslag. Het doel ervan is vastgesteld in artikel 1 ervan:

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

11. Een definitie van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van richtlijn 2004/113 is opgenomen in artikel 4, lid 1, ervan:

„Voor de toepassing van deze richtlijn houdt het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in dat

a) directe discriminatie op grond van geslacht, inclusief de ongunstigere behandeling van vrouwen wegens zwangerschap en moederschap, verboden is;

b) indirecte discriminatie op grond van geslacht verboden is."

12. Artikel 5 van richtlijn 2004/113, met het opschrift „Actuariële factoren", bepaalt:

„1. 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.

2. 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.

3. Kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, mogen in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen leiden.

De lidstaten kunnen de uitvoering van de maatregelen die noodzakelijk zijn om aan dit lid te voldoen uitstellen tot uiterlijk twee jaar na 21 december 2007. De betrokken lidstaten moeten de Commissie in dat geval onmiddellijk daarvan in kennis stellen."

13. Verder dient te worden gewezen op de considerans van richtlijn 2004/113, waarvan de punten 1, 4, 18 en 19 luiden als volgt:

„(1) Overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben, en eerbiedigt 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.

[...]

(4) Gelijkheid van mannen en vrouwen is een fundamenteel beginsel van de Europese Unie. Krachtens de artikelen 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is elke discriminatie op grond van geslacht verboden en moet de gelijkheid van mannen en vrouwen op alle gebieden worden gewaarborgd.

[...]

(18) Het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren is wijdverspreid bij het verlenen van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten. Om de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te waarborgen mag het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren niet resulteren in verschillen tussen de premies en uitkeringen van individuele personen. Om een plotse herordening van de markt te voorkomen mag deze regel uitsluitend gelden voor nieuwe contracten die na de omzettingsdatum van deze richtlijn worden gesloten.

(19) Sommige risicocategorieën kunnen per sekse verschillen. In sommige gevallen is sekse een, maar niet noodzakelijk de enige, bepalende factor in de beoordeling van het te verzekeren risico. Voor overeenkomsten ter verzekering van een dergelijk risico kunnen de lidstaten besluiten uitzonderingen op de regel van sekseneutrale premies en uitkeringen toe te staan, mits zij ervoor kunnen zorgen dat de onderliggende actuariële statistische gegevens waarop de berekeningen gebaseerd zijn, betrouwbaar zijn, regelmatig geactualiseerd worden en voor het publiek beschikbaar zijn. Uitzonderingen zijn alleen mogelijk voor zover de regel van sekseneutraliteit nog niet in de nationale wetgeving wordt toegepast. Vijf jaar na de omzetting moeten de lidstaten nagaan of deze uitzonderingen nog steeds gerechtvaardigd zijn in het licht van de meest recente actuariële en statistische gegevens en een verslag dat de Commissie drie jaar na de datum van omzetting van deze richtlijn zal opstellen."

B — *Nationaal recht*

14. Wat het Belgische recht betreft, is de wet van 21 december 2007 [5] relevant, waarbij richtlijn 2004/113 in nationaal recht wordt omgezet. [6] Bij deze wet werd een wetsbepaling

5 — Wet tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden (*Belgisch Staatsblad* nr. 373 van 31 december 2007, blz. 66175).

6 — Deze doelstelling blijkt uit artikel 2 van de wet van 21 december 2007.

die luttele maanden eerder was vastgesteld, te weten artikel 10 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen [7], vervangen. De nieuwe versie, die op 20 december 2007 in werking is getreden, luidt als volgt [8]:

„Art. 10. § 1. In afwijking van artikel 8 kan een proportioneel direct onderscheid gemaakt worden op grond van het geslacht voor de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties, als het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens.

Deze afwijking geldt enkel voor de levensverzekeringsovereenkomsten in de zin van artikel 97 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.

§ 2. Kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap mogen vanaf 21 december 2007 in geen geval nog tot verschillen in verzekeringspremies en -prestaties leiden.

§ 3. De Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen verzamelt de in § 1 bedoelde actuariële en statistische gegevens, maakt ze uiterlijk op 20 juni 2008 en de geactualiseerde gegevens daarna om de twee jaar bekend en publiceert ze op haar internetpagina. Die gegevens worden om de twee jaar geactualiseerd.

De Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen is gemachtigd de daartoe benodigde gegevens bij de betrokken instellingen, ondernemingen of personen op te vragen. Zij bepaalt welke gegevens moeten worden overgezonden, alsook de wijze waarop en de vorm waarin dit moet gebeuren.

§ 4. De Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen verstrekt de Europese Commissie uiterlijk op 21 december 2009 de gegevens waarover zij krachtens dit artikel beschikt. Zij bezorgt deze gegevens aan de Europese Commissie, telkens als ze worden geactualiseerd.

§ 5. De Wetgevende Kamers evalueren vóór 1 maart 2011 de toepassing van dit artikel op basis van de in §§ 3 en 4 bedoelde gegevens, het in artikel 16 van de richtlijn 2004/113/EG bedoelde verslag van de Europese Commissie alsook de toestand in de andere lidstaten van de Europese Unie.

7 — *Belgisch Staatsblad* nr. 159 van 30 mei 2007, blz. 29031.

8 — De gewijzigde versie is opgenomen in artikel 3 van de wet van 21 december 2007; het tijdstip van inwerkingtreding blijkt uit artikel 5 ervan.

Deze evaluatie vindt plaats op basis van een verslag, dat door een Evaluatiecommissie binnen de 2 jaar aan de Wetgevende Kamers wordt voorgelegd.

De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de nadere regels inzake de samenstelling en de aanstelling van de Evaluatiecommissie, de vorm en de inhoud van het verslag.

De Commissie rapporteert onder andere over de gevolgen van dit artikel op de markttoestand en onderzoekt ook andere segmentatiecriteria dan die welke verband houden met het geslacht.

§ 6. Deze bepaling is niet van toepassing op verzekeringsovereenkomsten die worden gesloten in het kader van een aanvullende regeling voor sociale zekerheid. Voor die overeenkomsten geldt uitsluitend artikel 12."

15. Verder bepaalt artikel 4 van de wet van 21 december 2007:

„In afwachting van de bekendmaking door de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen van de relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens, bedoeld in artikel 10, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen [in de versie van de onderhavige wet], is direct onderscheid op grond van geslacht toegelaten voor de bepaling van verzekeringspremies en -prestaties, als het objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en als de middelen om dit doel te bereiken gepast en noodzakelijk zijn. De Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen maakt de bedoelde gegevens uiterlijk op 20 juni 2008 bekend."

III — Hoofdgeding

16. Bij het Grondwettelijk Hof van het Koninkrijk België is een beroep tot vernietiging van de wet van 21 december 2007 aanhangig. Dit beroep werd in juni 2008 door Test-Aankoop als verbruikersunie zonder winstoogmerk alsmede door twee particulieren ingesteld.

17. In wezen voeren de verzoekende partijen aan dat de wet van 21 december 2007 onverenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Deze wet schendt de artikelen 10, 11 en 11 bis van de Belgische Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 13 EG, richtlijn 2004/113, de artikelen 20, 21 en 23 van het Handvest van de

grondrechten, artikel 14 EVRM [9], artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten [10] en het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen [11].

18. Het Grondwettelijk Hof stelt vast dat de litigieuze wet gebruikmaakt van de uitzondering krachtens artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 en de kritiek van de verzoekende partijen derhalve ook geldt ten aanzien van deze bepaling van de richtlijn. In deze omstandigheden acht het Grondwettelijk Hof het noodzakelijk, alvorens uitspraak te doen over het bij hem aanhangige beroep tot ongrondwettigverklaring, de geldigheid van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 te beoordelen. Het Grondwettelijk Hof erkent expliciet dat enkel het Hof van Justitie bevoegd is om uitspraak te doen over deze vraag inzake geldigheid en dat het als nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, overeenkomstig artikel 234, derde alinea, EG (thans artikel 267, derde alinea, VWEU) gehouden is zich tot het Hof van Justitie te wenden.

IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procesverloop voor het Hof

19. Bij arrest van 18 juni 2009 heeft het Belgische Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof [12]:

„1) Is artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten verenigbaar met artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en meer bepaald met het bij die bepaling gewaarborgde beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie?

2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, is hetzelfde artikel 5, lid 2, van de richtlijn eveneens onverenigbaar met artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie wanneer de

9 — Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden („EVRM", ondertekend te Rome op 4 november 1950). Aan het EVRM komt volgens vaste rechtspraak bijzondere betekenis toe voor de vaststelling van de standaard inzake grondrechten die de Europese Unie in acht dient te nemen; zie onder meer het arrest van het Hof van 26 juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. (C-305/05, Jurispr. blz. I-5305, punt 29 en aangehaalde rechtspraak); zie ook art. 6, lid 2, EU respectievelijk artikel 6, lid 3, VEU.

10 — Op 19 december 1966 ter ondertekening voorgelegd en op 23 maart 1976 in werking getreden (UNTS deel 999, blz. 171).

11 — Op 18 december 1979 ter ondertekening voorgelegd en op 3 september 1981 in werking getreden (UNTS deel 1249, blz. 13).

12 — Arrest nr. 103/2009, rolnr. 4486; zie internetsite van het Belgische Grondwettelijk Hof onder http://www.const-court.be/nl/common/home.html (laatst bezocht op 1 september 2010).

toepassing ervan wordt beperkt tot de levensverzekeringsovereenkomsten?"

20. In de procedure voor het Hof hebben naast Test-Aankoop de regeringen van België, Ierland, Frankrijk, Litouwen, Finland en het Verenigd Koninkrijk alsmede de Raad van de Europese Unie en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Aan de terechtzitting van 1 juni 2010 hebben Test-Aankoop, de regeringen van België, Ierland en het Verenigd Koninkrijk alsmede de Raad en de Commissie deelgenomen.

V — Beoordeling

21. Het litigieuze artikel 5, lid 2, is een bepaling van richtlijn 2004/113 die in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Commissie [13] niet was opgenomen. Sterker nog, in de toelichting van haar richtlijnvoorstel heeft de Commissie zich na een uitvoerige behandeling van de hier ter discussie staande problematiek uitgesproken tegen de mogelijkheid van seksegerelateerde verschillen in verzekeringspremies en -uitkeringen en daarbij heeft zij expliciet dergelijke verschillen onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling verklaard. [14]

22. Des te verbazingwekkender is het dat de Commissie in deze procedure met klem de stelling verdedigt dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 geen enkele schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen inhoudt, maar juist de uitdrukking daarvan is. Ook bij navraag kon de Commissie geen aannemelijke verklaring geven voor deze plotselinge ommekeer.

23. Zelf koester ik sterke twijfels of artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 in de door de Raad gekozen versie eigenlijk wel uitdrukking kan geven aan het beginsel van gelijke behandeling, te weten het vereiste, onderscheiden zaken niet gelijk te behandelen. Een bepaling waarmee dit wordt beoogd, moet in alle lidstaten gelding hebben. In werkelijkheid zal artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 volgens de Uniewetgever evenwel slechts van toepassing zijn „voor zover de regel van sekseneutraliteit nog niet in de nationale wetgeving wordt toegepast". [15] Aldus leidt de bepaling ertoe dat in sommige lidstaten mannen en

13 — Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot uitvoering van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten, COM(2003) 657 def.

14 — Voorstel van de Commissie (aangehaald in voetnoot 13, blz. 7 e.v., in het bijzonder blz. 9 onderaan).

15 — Zie punt 19, vierde volzin, van de considerans van richtlijn 2004/113.

vrouwen verschillend mogen worden behandeld met betrekking tot een verzekeringsproduct, terwijl zij in andere lidstaten met betrekking tot hetzelfde verzekeringsproduct gelijk dienen te worden behandeld. Dat een dergelijke rechtssituatie voortvloeit uit het in het Unierecht neergelegde beginsel van gelijke behandeling, is moeilijk te begrijpen.

A — *Eerste vraag*

24. Met zijn eerste vraag wil het Belgische Grondwettelijk Hof opheldering over de geldigheid van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113. In wezen wil het een antwoord op de vraag, of deze bepaling verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie.

25. Terwijl Test-Aankoop van mening is dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 dit beginsel schendt, nemen de aan de procedure deelnemende lidstaten en instellingen van de Unie allemaal het tegenovergestelde standpunt in.

1. Algemene opmerkingen

26. De Europese Unie is een rechtsunie; noch de instellingen van de Unie noch de lidstaten ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het „constitutionele basishandvest" van de Unie, dat in de Verdragen is neergelegd. [16]

27. De eerbiediging van de grond- en mensenrechten is een vereiste voor de wettigheid van handelingen van de Unie. [17] De Unie is immers gegrondvest op de beginselen van vrijheid, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat (artikel 6, lid 1, EU [18]). De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene rechtsbeginselen (artikel 6, lid 2, EU [19]).

28. Een overzicht van de op het niveau van de Unie gewaarborgde grondrechten kan thans worden gevonden in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag

16 — Arresten van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, Jurispr. blz. 1339, punt 23), en 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie („Kadi", C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 281).

17 — In deze zin arrest Kadi (aangehaald in voetnoot 16, punt 285).

18 — Deze bepaling komt thans in wezen overeen met artikel 2 VEU.

19 — Deze bepaling komt thans overeen met artikel 6, lid 3, VEU.

van Lissabon dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft (artikel 6, lid 1, VEU). [20] Ook voor de periode vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, toen het Handvest nog geen met het primaire recht vergelijkbare bindende rechtsgevolgen sorteerde, kan het evenwel als inspiratiebron worden gehanteerd voor de bescherming van de grondrechten op Unieniveau. [21] Dit geldt in het bijzonder wanneer een rechtshandeling wordt getoetst waarin de Uniewetgever zelf het Handvest in aanmerking heeft genomen, zoals in het onderhavige geval in punt 4 van de considerans van richtlijn 2004/113 is gebeurd. [22]

29. Het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie is geformuleerd in artikel 20 van het Handvest van de grondrechten, volgens hetwelk eenieder gelijk is voor de wet. In casu gaat het evenwel om het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie van mannen en vrouwen, dat reeds vroeg door het Hof werd erkend als een fundamenteel beginsel van het Unierecht [23] en thans specifiek als grondrecht in artikel 21, lid 1, en artikel 23, eerste alinea, van het Handvest van de grondrechten is neergelegd. Hierna ga ik enkel in op dit beginsel. Aangezien voor deze zaak geen wezenlijk onderscheid bestaat tussen de begrippen „beginsel van gelijke behandeling", „beginsel van non-discriminatie" en „discriminatieverbod", zal ik deze als synoniemen gebruiken.

30. Dat de Uniewetgever in artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 niet zelf een onderscheid op grond van het geslacht van de verzekerden maakt, maar louter de lidstaten daartoe machtigt, heeft geen invloed op het onderzoek van de verenigbaarheid van deze bepaling met hogere rechtsregels. De Uniewetgever mag immers de lidstaten geen machtiging verlenen voor maatregelen die in strijd zijn met de grondrechten van de Unie, en het Hof heeft als plicht dit te controleren. [24]

20 — Zie ook arresten van 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 22), en 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6375, punt 91).

21 — In die zin arresten van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37); 11 december 2007, International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union (C-438/05, Jurispr. blz. I-10779, punten 43 en 44); 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punten 90 en 91), en 14 februari 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Jurispr. blz. I-505, punt 41).

22 — In deze zin arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad („Gezinshereniging", C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 38).

23 — Arresten van 8 april 1976, Defrenne („Defrenne II", 43/75, Jurispr. blz. 455, punt 12), en 15 juni 1978, Defrenne („Defrenne III", 149/77, Jurispr. blz. 1365, punten 26 en 27).

24 — In deze zin arrest Gezinshereniging (aangehaald in voetnoot 22, in het bijzonder punten 76, 84, 90 en 103).

2. Fundamenteel belang van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen

31. Het Hof wijst in vaste rechtspraak met klem op het fundamentele belang van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.[25] Dit belang wordt ook in de Verdragen op prominente plaatsen benadrukt. Op het tijdstip van vaststelling van richtlijn 2004/113 bijvoorbeeld in artikel 2 EG en in artikel 3, lid 2, EG, thans in artikel 2 VEU, artikel 3, lid 3, tweede alinea, VEU, artikel 8 VWEU en artikel 10 VWEU.

32. Desalniettemin hebben een aantal partijen geprobeerd het belang van dit beginsel voor het onderhavige geval te bagatelliseren. Geen van de daartoe aangedragen argumenten kan evenwel overtuigen.

33. Anders dan de Raad en de Commissie lijken te menen, vloeit in de eerste plaats uit de rechtsgrondslag van artikel 13, lid 1, EG — waarop richtlijn 2004/113 is gebaseerd — niet voort dat de Uniewetgever bij de vaststelling van de inhoud van maatregelen ter bestrijding van discriminatie beschikt over een ruime handelingsvrijheid.

34. Het is juist dat artikel 13, lid 1, EG een bepaling is volgens welke de Raad „maatregelen" ter bestrijding van discriminatie „kan" nemen. Derhalve beschikt hij zonder twijfel over een zekere beoordelingsmarge met betrekking tot de opportuniteit, de materiële werkingssfeer en de inhoud van de door hem vast te stellen antidiscriminatiebepalingen. Binnen de grenzen van het verbod van willekeur had de Raad aldus in beginsel ook bepaalde diensten, zoals verzekeringen, volledig kunnen uitsluiten van de werkingssfeer van richtlijn 2004/113.

35. Met richtlijn 2004/113, in het bijzonder met artikel 5 ervan, heeft de Raad er evenwel bewust voor gekozen om antidiscriminatiebepalingen op het gebied van verzekeringen vast te stellen. Dergelijke bepalingen moeten zonder enige beperking een toetsing aan hogere rechtsregels van het Unierecht, in het bijzonder aan de grondrechten van de Unie, doorstaan. Ze moeten, om het met de bewoordingen van artikel 13, lid 1, EG (thans artikel 19, lid 1, VWEU) te formuleren, „passend" zijn om discriminatie te bestrijden, en mogen geenszins van hun kant tot discriminatie leiden. De Raad kan zich niet onttrekken aan deze toetsing door kortweg te stellen dat hij ook niets had kunnen doen.

36. In de tweede plaats kan niet worden afgedaan aan het belang van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in casu door erop te wijzen dat het „geen

25 — Zie de standaardarresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 36) en Beets-Proper (262/84, Jurispr. blz. 773, punt 38), verder arresten van 24 februari 1994, Roks e.a. (C-343/92, Jurispr. blz. I-571, punt 36); 6 april 2000, Jørgensen (C-226/98, Jurispr. blz. I-2447, punt 39); 20 maart 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Jurispr. blz. I-2741, punt 60), en 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, Jurispr. blz. I-12575, punt 85).

absoluut recht" betreft, dit wil zeggen geen onbeperkt grondrecht. Ook wanneer grondrechten over het algemeen kunnen worden ingeperkt, moeten zij toch als maatstaf voor het onderzoek van de rechtmatigheid van rechtshandelingen worden gehanteerd. [26]

37. Het is juist dat ongelijke behandeling van de seksen onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. De rechtvaardiging van *directe* discriminatie op grond van geslacht, de enige vorm van discriminatie die in casu dient te worden onderzocht, is evenwel slechts binnen beperkte grenzen mogelijk en moet zorgvuldig gemotiveerd worden. Op generlei wijze staat het de Uniewetgever vrij, naar believen uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling toe te staan en op deze wijze het discriminatieverbod uit te hollen.

38. Ik voeg hieraan toe dat het verbod van discriminatie op grond van geslacht geenszins een of andere concretisering door de Uniewetgever behoeft met betrekking tot de inhoud ervan. Dat de Uniewetgever soms maatregelen van afgeleid recht ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en ter bestrijding van voortbestaande discriminatie neemt — en gelet op de doelstellingen van de Verdragen [27] ook *dient* te nemen —, relativeert niet het belang van het beginsel van gelijke behandeling als grondrecht en constitutioneel beginsel van de Europese Unie, maar beklemtoont juist de vooraanstaande plaats ervan op alle gebieden.

39. Wanneer de Uniewetgever „maatregelen" in de zin van artikel 13, lid 1, EG (thans artikel 19, lid 1, VWEU) neemt ter bestrijding van discriminatie en ter bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen, moet hij dit doen in overeenstemming met de vereisten van het beginsel van gelijke behandeling van de seksen, dat in het primaire recht is neergelegd.

3. Onderzoek van de verenigbaarheid van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen

40. Op grond van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 mogen de lidstaten onder de daar

26 — Zie met betrekking tot het beginsel van gelijke behandeling, arresten van 14 juni 1990, Weiser (C-37/89, Jurispr. blz. I-2395, punten 13 en 14), en 11 september 2007, Lindorfer/Raad (C-227/04 P, Jurispr. blz. I-6767, punt 51); in dezelfde zin in verband met het grondrecht op eerbiediging van het gezinsleven, arrest Gezinshereniging (aangehaald in voetnoot 22, in het bijzonder punten 76, 90 en 103).

27 — Zie ook de hierboven (punt 31 van deze conclusie) aangevoerde bepalingen van de Verdragen.

gestelde voorwaarden seksegerelateerde verschillen in verzekeringspremies en -uitkeringen toestaan. Deze bepaling laat dus verschillen in verzekeringsovereenkomsten toe die direct verband houden met het geslacht van de verzekerde. [28]

41. Dit betekent niet noodzakelijk dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 de weg effent voor een door het Unierecht verboden directe discriminatie op grond van geslacht. Volgens vaste rechtspraak [29] vereist het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie, waarvan het verbod van discriminatie op grond van geslacht louter een bijzondere toepassing vormt, immers dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. [30]

42. Onderzocht dient dus te worden of de situaties waarin mannen en vrouwen zich bevinden met betrekking tot verzekeringsdiensten, zich van elkaar kunnen onderscheiden op rechtens relevante wijze.

43. De kenmerken van situaties en de vergelijkbaarheid ervan moeten met name worden bepaald en beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de regeling die het betrokken onderscheid invoert. Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken regeling valt. [31]

44. Zoals meerdere partijen in de procedure voor het Hof hebben aangevoerd, beoogt artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 rekening te houden met de bijzondere kenmerken van verzekeringen. Verzekeringsmaatschappijen bieden diensten aan 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. Om dit risico te kunnen berekenen en die producten te ontwikkelen op een met het risico verenigbare wijze, is bij de actuariële berekening van premies en uitkeringen het terugvallen op prognosen absoluut noodzakelijk.

28 — Soms kan het ook gaan om het geslacht van de begunstigde van de verzekeringsovereenkomst, die niet noodzakelijk dezelfde is als de verzekeringnemer. Eenvoudigheidshalve zal ik hierna steeds verwijzen naar verzekerden.

29 — Arresten van 13 december 1984, Sermide (106/83, Jurispr. blz. 4209, punt 28); 6 december 2005, ABNA e.a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Jurispr. blz. I-10423, punt 63); 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. („Arcelor", C-127/07, Jurispr. blz. I-9895, punt 23), en 7 juli 2009, S.P.C.M. e.a. (C-558/07, Jurispr. blz. I-5783, punt 74).

30 — Richtlijn 2004/113 stelt overigens hetzelfde in artikel 2, sub a, waarin directe discriminatie als volgt wordt gedefinieerd: „wanneer iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld". De andere antidiscriminatierichtlijnen bevatten eveneens overeenkomstige definities (zie artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/43, artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78 en artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 2006/54).

31 — Arrest Arcelor (aangehaald in voetnoot 29, punt 26).

45. Bij levensverzekeringen en pensioenverzekeringen is bijvoorbeeld de voorspelde levensverwachting bepalend, in het geval van verplichte wettelijkeaansprakelijkheidsverzekeringen voor motorrijtuigen is het de waarschijnlijkheid dat de verzekerde in het wegverkeer een ongeval zal veroorzaken, en bij particuliere ziektekostenverzekeringen de waarschijnlijkheid dat de verzekerde een beroep zal doen op bepaalde medische prestaties.

46. 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 litigiem om bij de beoordeling van het risico in plaats van — of naast — een individuele benadering een groepsbenadering te hanteren.

47. Welke vergelijkingsgroepen met het oog daarop mogen worden gevormd, hangt uiteindelijk altijd af van het toepasselijke rechtskader. Bij de vaststelling van een dergelijk rechtskader, waarbij politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en ingewikkelde beoordelingen nodig kunnen zijn, beschikt de Raad in het kader van de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheden over een ruime beoordelingsvrijheid („discretionaire bevoegdheid”). [32] Daarop hebben meerdere partijen terecht gewezen. In het kader van zijn discretionaire bevoegdheid mag — en moet — de Raad ook rekening houden met de specifieke kenmerken van verzekeringen.

48. Deze bevoegdheid van de Raad is evenwel niet onbeperkt. In het bijzonder mag de uitoefening ervan niet ertoe leiden dat de tenuitvoerlegging van een fundamenteel beginsel van het Unierecht niets meer voorstelt. [33] Deze fundamentele beginselen van het Unierecht omvatten niet in het laatst de in artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten neergelegde specifieke discriminatieverboden.

49. Derhalve mag de Raad bijvoorbeeld ras en etnische afkomst van een persoon niet als grond voor differentiatie op het gebied van verzekeringen toelaten. [34] In een rechtsunie, die eerbied voor de menselijke waardigheid,

32 — Vaste rechtspraak, zie enkel arresten Arcelor (aangehaald in voetnoot 29, punt 57), en S.P.C.M. e.a. (aangehaald in voetnoot 29, punt 42), en arrest van 8 juni 2010, Vodafone e.a. (C-58/08, Jurispr. blz. I-4999, punt 52).

33 — Arrest van 9 september 2003, Rinke (C-25/02, Jurispr. blz. I-8349, punt 39). In dezelfde zin, maar met betrekking tot maatregelen van de lidstaten op het gebied van sociale politiek, arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punten 74 en 75); arrest Kutz-Bauer (aangehaald in voetnoot 25, punten 55-57), en arresten van 11 september 2003, Steinicke (C-77/02, Jurispr. blz. I-9027, punt 63), en 18 januari 2007, Confédération générale du travail e.a. (C-385/05, Jurispr. blz. I-611, punten 28 en 29). Het Hof ging op dezelfde wijze te werk in een aantal recente arresten inzake het verbod van discriminatie op grond van leeftijd; zie arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punten 63-65), en 18 juni 2009, Hütter (C-88/08, Jurispr. blz. I-5325, punten 45-50), en arrest Kücükdeveci (aangehaald in voetnoot 20, punten 38-42).

34 — Richtlijn 2000/43, waarmee de Raad in het Unierecht een kader ter bestrijding van discriminatie op grond van ras of etnische afkomst heeft geschapen, bevat dus logischerwijs geen uitzondering voor de inaanmerkingneming van actuariële factoren.

eerbiediging van de mensenrechten, gelijkheid en non-discriminatie tot haar belangrijkste beginselen heeft uitgeroepen [35], zou het zonder enige twijfel uitermate ongepast zijn, wanneer bijvoorbeeld in het kader van de ziekteverzekering een verschillend risico op huidkanker in verband wordt gebracht met de huidskleur van de verzekerde en derhalve een hogere of lagere premie van hem wordt verlangd.

50. Evenmin is het passend, verzekeringsrisico's te koppelen aan het geslacht van een persoon. Er is geen objectieve reden om aan te nemen dat in het kader van het Unierecht het verbod van discriminatie op grond van geslacht een geringere bescherming biedt dan het verbod van discriminatie op grond van ras en etnische afkomst. Net als ras en etnische afkomst is het geslacht immers een kenmerk dat onlosmakelijk verbonden is met de persoon van de verzekerde en waarop deze geen enkele invloed heeft. [36] Bovendien is het geslacht van een persoon, anders dan bijvoorbeeld zijn leeftijd [37], niet onderhevig aan natuurlijke veranderingen.

51. Het is bijgevolg volstrekt logisch dat de Raad in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/113 het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van verzekeringspremies en -uitkeringen principieel verboden heeft. Zelfs de kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap mogen, hoewel die om duidelijke biologische redenen enkel bij vrouwen kunnen voorkomen [38], volgens artikel 5, lid 3, van richtlijn 2004/113 in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor mannelijke en vrouwelijke verzekerden leiden.

52. Desalniettemin laat de Raad in artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 toe dat het geslacht bij de berekening van verzekeringspremies en -uitkeringen in aanmerking wordt genomen wanneer het een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. De litigieuze bepaling viseert dus — anders dan artikel 5, lid 3, van richtlijn 2004/113 — geen duidelijke biologische verschillen tussen de verzekerden. Zij betreft integendeel gevallen waarin onderscheiden verzekeringsrisico's hoogstens *statistisch* met het geslacht in verband kunnen worden gebracht.

53. In de procedure voor het Hof werden daarvoor met name de volgende twee

35 — Artikel 2 VEU in de versie van het Verdrag van Lissabon; op soortgelijke wijze reeds daarvoor, artikel 6, lid 1, EU.

36 — Het zeldzame uitzonderingsgeval van geslachtsverandering laat ik in dit verband buiten beschouwing.

37 — Leeftijd is weliswaar ook een kenmerk dat onlosmakelijk verbonden is met de persoon, maar elke mens doorloopt in zijn leven verschillende leeftijdsklassen. Wanneer aldus verzekeringspremies en -uitkeringen volgens leeftijd verschillend worden berekend, dient op zich beschouwd nog niet te worden gevreesd voor een benadeling van de verzekerde als persoon. Iedereen kan in de loop van zijn leven afhankelijk van zijn leeftijd in aanmerking komen voor verzekeringsproducten die voor hem voordeliger of minder voordelig zijn.

38 — Dat mannelijke verzekerden moeten meebetalen aan de financiering van de kosten inzake zwangerschap en moederschap, is gerechtvaardigd op grond van het beginsel dat degene die het veroorzaakt, hiervoor dient op te komen: weliswaar kunnen enkel vrouwen zwanger worden, maar bij elke zwangerschap is ook een man betrokken.

voorbeelden ter sprake gebracht: vrouwen hebben — statistisch gezien — een langere levensverwachting dan mannen, en ernstige verkeersongevallen worden — statistisch gezien — vaker door mannen dan door vrouwen veroorzaakt. Bovendien wordt met betrekking tot particuliere ziektekostenverzekeringen soms aangevoerd dat vrouwen — statistisch gezien — meer een beroep doen op medische prestaties dan mannen. [39]

54. Tot dusver heeft het Hof nog geen duidelijk standpunt ingenomen over de vraag 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.

55. Het is juist dat het Hof in de arresten Neath en Coloroll Pension Trustees heeft vernomen dat bij de financiering van de aldaar betwiste pensioenregeling de verschillende levensverwachting van mannen en vrouwen een van de in aanmerking genomen actuariële factoren was. [40] Het Hof heeft zich evenwel niet uitgesproken over de verenigbaarheid van deze factor met het in het Unierecht neergelegde verbod van discriminatie op grond van geslacht. Het Hof heeft daarentegen het beginsel van gelijke beloning in de zin van artikel 119, lid 1, EEG-Verdrag (thans artikel 157, lid 1, VWEU) *als niet-toepasselijk beschouwd*, omdat enkel de pensioenbijdrage door de werkgever afhing van de actuariële factor, maar niet die van de werknemer, zodat het uit het oogpunt van de werknemer niet ging om een beloning in de zin van het Unierecht. [41]

56. Toch heeft het Hof in obiter dicta in de arresten Neath en Coloroll Pension Trustees steeds betoogd dat de binnen de werkingssfeer van artikel 119, lid 1, EEG-Verdrag vallende *werknemersbijdragen* aan de bedrijfspensioenregeling voor mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk moesten zijn, aangezien zij deel uitmaken van de beloning. [42]

57. Voor zover iets kan worden afgeleid uit de arresten Neath en Coloroll Pension

39 — In het bijzonder zouden vrouwen vaker deelnemen aan preventieve onderzoeken en meer geneesmiddelen gebruiken.

40 — Arresten van 22 december 1993, Neath (C-152/91, Jurispr. blz. I-6935, punt 24), en 28 september 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Jurispr. blz. I-4389, punt 73).

41 — Arresten Neath (punten 26-34) en Coloroll Pension Trustees (punten 75-85), aangehaald in voetnoot 40.

42 — Arresten Neath (punt 31, tweede volzin) en Coloroll Pension Trustees (punt 80, tweede volzin), aangehaald in voetnoot 40.

Trustees, is het dat in het kader van het Unierecht het verbod van discriminatie op grond van geslacht eraan in de weg staat dat bij de beoordeling van verzekeringsrisico's rekening wordt gehouden met verschillen tussen mannen en vrouwen die louter blijken uit statistieken.

58. Dit moet ook voor het onderhavige geval als richtsnoer dienen.

59. Binnen de werkingssfeer van de in het Unierecht neergelegde discriminatieverboden kunnen statistische gegevens volgens vaste rechtspraak weliswaar wijzen op het bestaan van *indirecte discriminatie* [43] , maar het Hof lijkt evenwel statistieken nog nooit te hebben aanvaard als enige aanknopingspunt — en dus uiteindelijk als rechtvaardigingsgrond — voor *directe ongelijke behandeling*.

60. Deze terughoudendheid van het Hof kan verband houden met de zeer belangrijke plaats van het verbod van discriminatie op grond van geslacht in het Unierecht. Afgezien van specifieke maatregelen ten gunste van ingezetenen van een benadeelde groep („affirmative action") [44], is directe ongelijke behandeling op grond van geslacht alleen toegelaten wanneer met zekerheid kan worden vastgesteld dat relevante verschillen tussen mannen en vrouwen een dergelijke ongelijke behandeling vereisen.

61. Juist deze zekerheid ontbreekt evenwel wanneer verzekeringspremies en -uitkeringen enkel of minstens op doorslaggevende wijze op basis van statistieken voor mannen en vrouwen verschillend worden berekend. Er wordt dan globaal verondersteld dat de — louter statistisch aan het licht komende — verschillende levensverwachting van mannelijke en vrouwelijke verzekerden, hun verschillende bereidheid tot het nemen van risico's in het wegverkeer en hun verschillende aandrang tot gebruikmaking van medische prestaties, op doorslaggevende wijze kunnen worden toegeschreven aan hun geslacht.

62. In werkelijkheid spelen evenwel, zoals Test-Aankoop heeft aangevoerd zonder

43 — Zie bijvoorbeeld arrest van 13 juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Jurispr. blz. 2743, punten 11 en 12); arrest Steinicke (aangehaald in voetnoot 33, punten 56 en 57), en arresten van 13 januari 2004, Allonby (C-256/01, Jurispr. blz. I-873, punten 75 en 81), en 12 oktober 2004, Wippel (C-313/02, Jurispr. blz. I-9483, punt 43).

44 — Zie artikel 3, lid 3, tweede alinea, VEU, artikel 8 VWEU en artikel 157, lid 4, VWEU.

op dit punt te worden weersproken, talrijke andere factoren een belangrijke rol bij de beoordeling van bovengenoemde verzekeringsrisico's. Zo wordt bijvoorbeeld de levensverwachting van verzekerden, die in casu vooral aan de orde is, 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 [45] en/of drugs, vrijetijdsbesteding, sportbeoefening).

63. Gelet op de maatschappelijke ontwikkeling en het daarmee gepaard gaande verlies aan betekenis van de traditionele rolpatronen, kan de invloed van gedragsgebonden factoren op de gezondheid en de levensverwachting van een persoon niet meer eenduidig met het geslacht in verband worden gebracht. Om slechts enkele van de hierboven genoemde voorbeelden te hernemen: zowel vrouwen als mannen verrichten tegenwoordig veeleisende en soms uiterst stresserende beroepsactiviteiten, leden van beide seksen gebruiken in niet onbelangrijke mate genotmiddelen en ook de aard en omvang van sportbeoefening kan niet van meet af aan met het ene of het andere geslacht in verband worden gebracht.

64. Uit de considerans van richtlijn 2004/113 blijkt geenszins dat de Raad zelfs maar summier rekening heeft gehouden met deze omstandigheden. [46]

65. De Raad laat in elk geval aan de complexiteit van deze problematiek geen recht wedervaren wanneer hij in artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 zonder meer toelaat dat verschillen tussen verzekerden enkel of minstens op doorslaggevende wijze gekoppeld blijven aan het geslacht van de betrokkenen, zelfs wanneer daarvoor bepaalde hindernissen worden opgericht („bepalende factor"; „proportionele verschillen", „relevante en nauwkeurige gegevens", die worden bekendgemaakt en regelmatig geactualiseerd).

66. Het is juist dat differentiatie op grond van geslacht bijzonder gemakkelijk te verwezenlijken is op het gebied van verzekeringsproducten. Het juiste begrip en de correcte beoordeling van economische en sociale omstandigheden en van de levensgewoonten van verzekerden zijn heel wat ingewikkelder en zijn ook moeilijker te controleren, vooral omdat deze factoren in de loop van de tijd onderhevig kunnen zijn aan wijzigingen. Praktische moeilijkheden alleen rechtvaardigen evenwel niet dat tot op zekere hoogte gemakshalve gebruik wordt gemaakt van het geslacht van de verzekerde als onderscheidingscriterium.

45 — In het bijzonder tabak, alcoholhoudende dranken, koffie en thee.

46 — Zie in het bijzonder punt 19 van de considerans van richtlijn 2004/113.

67. Dat het geslacht van een persoon als het ware als *vervangingscriterium* voor andere onderscheidende factoren wordt gebruikt, is onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Op die manier kan immers niet met zekerheid worden vastgesteld dat onderscheiden verzekeringspremies en -uitkeringen voor mannelijke en vrouwelijke verzekerden uitsluitend zijn gebaseerd op objectieve criteria die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht.

68. Zuiver financiële overwegingen, zoals het door meerdere partijen aangevoerde gevaar van een verhoging van de premies voor een deel van de verzekerden of zelfs voor alle verzekerden, vormen in elk geval geen objectieve grond waardoor ongelijke behandeling op grond van geslacht toegelaten is. [47] Bovendien ligt het voor de hand aan te nemen dat bij gebreke van een uitzonderingsbepaling als artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 de premies voor sommige verzekerden hoger zouden zijn dan momenteel het geval is; normaliter moeten daar evenwel lagere premies voor verzekerden van het andere geslacht tegenover staan. In elk geval heeft geen van de partijen aangevoerd dat bij invoering van zogenaamde unisekstarieven een ernstig gevaar voor het financiële evenwicht van particuliere verzekeringsregelingen zou ontstaan.

69. Tegen deze achtergrond ben ik, net zoals advocaat-generaal Van Gerven [48] vóór mij, van mening dat het gebruik van op het geslacht gebaseerde actuariële factoren onverenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

70. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 ongeldig te verklaren wegens schending van het als grondrecht neergelegde verbod van discriminatie op grond van geslacht. Met een dergelijke uitspraak zou het Hof overigens in goed gezelschap zijn: reeds meer dan dertig jaar geleden heeft de Supreme Court van de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot pensioenverzekeringen geoordeeld dat de Civil Rights Act van 1964 een verschillende behandeling van verzekerden op grond van geslacht verbiedt. [49]

47 — In die zin arresten Roks e.a. (aangehaald in voetnoot 25, punt 36), Schönheit en Becker (aangehaald in voetnoot 25, punt 85), en Steinicke (aangehaald in voetnoot 33, punt 66), en arrest van 10 maart 2005, Nikoloudi (C-196/02, Jurispr. blz. I-1789, punt 53).

48 — Gevoegde conclusies van advocaat-generaal Van Gerven van 28 april 1993 in de zaken Ten Oever e.a. (C-109/91, C-110/91, C-152/91 en C-200/91, Jurispr. blz. I-4879, punten 34-39). In de door sommige partijen besproken zaak Lindorfer/Raad (aangehaald in voetnoot 26) hebben de advocaten-generaal Jacobs (conclusie van 27 oktober 2005, punt 70) en Sharpston (conclusie van 30 november 2006, punt 46) de in casu aan de orde zijnde vraag niet verder geanalyseerd en uiteindelijk opengelaten.

49 — Arresten van de Supreme Court van de Verenigde Staten van 25 april 1978, City of Los Angeles v. Manhart (435 U.S. 702 [1978]), en van 6 juli 1983, Arizona Governing Comm. v. Norris (463 U.S. 1073 [1983]).

71. Ongeldigverklaring van richtlijn 2004/113 in haar geheel is daarentegen niet nodig. Het is juist dat de afzonderlijke nietigverklaring van één bepaling van een richtlijn niet mogelijk is wanneer die bepaling niet kan worden gescheiden van de rest van de richtlijn; in dat geval zou immers de gedeeltelijke nietigverklaring van de richtlijn de kern van de daarin vastgestelde regeling wijzigen, waartoe alleen de Uniewetgever bevoegd is. [50] In casu heeft evenwel geen enkele partij, in het bijzonder niet de Raad als opsteller van richtlijn 2004/113, na mijn uitdrukkelijke vraag ter zake betwist dat artikel 5, lid 2, een afscheidbaar deel van deze richtlijn vormt en derhalve afzonderlijk ongeldig kan worden verklaard. Daartoe pleit tevens de omstandigheid dat artikel 5, lid 2, oorspronkelijk niet was voorzien en pas later, in de loop van het wetgevingsproces, in richtlijn 2004/113 is opgenomen.

72. Indien het Hof artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 toch geldig zou achten, dient de bepaling als uitzonderingsbepaling strikt te worden uitgelegd. De bevoegde nationale autoriteiten moeten tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen regelmatig en streng controleren of is voldaan aan de aldaar gestelde voorwaarden voor het gebruik van seksegerelateerde actuariële en statistische gegevens. [51]

4. Beperking in de tijd van de werking van het arrest

73. De Verdragen bepalen niet uitdrukkelijk wat de gevolgen zijn van een ongeldigverklaring in het kader van een prejudiciële procedure. Daar echter de prejudiciële procedure ter toetsing van de geldigheid van een handeling van de Unie en het beroep tot nietigverklaring twee in de Verdragen voorziene, elkaar aanvullende wegen zijn waarlangs de rechtmatigheid van handelingen van de instellingen van de Unie kan worden gecontroleerd [52], moeten de gevolgen van een ongeldigverklaring volgens vaste rechtspraak naar analogie met de artikelen 264 VWEU en 266 VWEU, die van toepassing zijn op arresten houdende nietigverklaring, worden vastgesteld. [53]

50 — Zie bijvoorbeeld arresten van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punt 117), en 24 mei 2005, Frankrijk/Parlement en Raad (C-244/03, Jurispr. blz. I-4021, punten 15, 19 en 20), en arrest Gezinshereniging (aangehaald in voetnoot 22, punten 27 en 28).

51 — In dit verband is van belang dat de lidstaten niet alleen hun nationale recht conform het Unierecht dienen uit te leggen, maar er ook op dienen toe te zien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van een bepaling van afgeleid Unierecht die in conflict komt met de door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten of de andere algemene beginselen van het Unierecht (arrest Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., aangehaald in voetnoot 9, punt 28).

52 — Arresten van 8 februari 1996, FMC e.a. (C-212/94, Jurispr. blz. I-389, punt 56), en 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad (C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 40).

53 — Arresten van 15 oktober 1980, Providence agricole de la Champagne (4/79, Jurispr. blz. 2823, punten 44 en 45), Maïseries de Beauce (109/79, Jurispr. blz. 2883, punten 44 en 45) en Roquette Frères (145/79, Jurispr. blz. 2917, punten 51 en 52); 29 juni 1988, Van Landschoot (300/86, Jurispr. blz. 3443, punt 24); 8 november 2001, Silos (C-228/99, Jurispr. blz. I-8401, punt 35), en 22 december 2008, Regie Networks (C-333/07, Jurispr. blz. I-10807, punt 121).

74. In beginsel heeft dus een arrest waarbij het Hof bij wege van prejudiciële beslissing de ongeldigheid van een handeling vaststelt, net als een arrest houdende nietigverklaring, terugwerkende kracht. [54] De vaststelling van de ongeldigheid is bovendien voor elke nationale rechter een toereikende grond om de betrokken rechtshandeling bij de door hem vast te stellen maatregelen eveneens als ongeldig te beschouwen. [55]

75. Uitgaande van de ratio van artikel 264, tweede alinea, VWEU, staat het het Hof echter vrij om, zo het dit nodig oordeelt, te gelasten dat bepaalde gevolgen van de omstreden rechtshandeling gehandhaafd blijven, waarbij het in dit verband over een beoordelingsmarge beschikt. [56]

76. Van deze mogelijkheid heeft het Hof in het verleden vooral gebruikgemaakt wanneer bij een algemene beschouwing van de conflicterende belangen dwingende overwegingen van rechtszekerheid dit vereisten [57], waarbij het met name rekening houdt met de invloed van een nietig- of ongeldigverklaring op de rechten van de marktdeelnemers. [58] Dergelijke overwegingen kunnen ook in het onderhavige geval toepassing vinden.

77. Zoals in het bijzonder de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft opgemerkt, werden vele, vermoedelijk zelfs miljoenen verzekeringsovereenkomsten op basis van seksegerelateerde beoordelingen van het risico gesloten sinds de inwerkingtreding van richtlijn 2004/113, waarbij de betrokkenen vertrouwden op de geldigheid van de relevante nationale rechtsbepalingen in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113.

78. Om redenen van rechtszekerheid dienen derhalve de gevolgen van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 in twee opzichten gehandhaafd te blijven.

79. In de eerste plaats dienen seksegerelateerde verschillen bij verzekeringspremies en -uitkeringen niet ter discussie te worden gesteld voor het verleden. De ongeldigverklaring van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 dient aldus louter gevolgen te sorteren voor de toekomst.

54 — Arrest van 26 april 1994, Roquette Frères (C-228/92, Jurispr. blz. I-1445, punt 17), en arrest FMC e.a. (aangehaald in voetnoot 52, punt 55); met betrekking tot de terugwerkende kracht van arresten houdende nietigverklaring, zie arrest van 12 februari 2008, CELF en ministre de la Culture et de la Communication („CELF", C-199/06, Jurispr. blz. I-469, punten 61 en 63).

55 — Arrest van 13 mei 1981, International Chemical Corporation (66/80, Jurispr. blz. 1191, punt 13), en beschikking van 8 november 2007, Fratelli Martini en Cargill (C-421/06, punt 54).

56 — Arresten van 27 februari 1985, Produits de maïs (112/83, Jurispr. blz. 719, punt 18), en 15 januari 1986, Pinna (41/84, Jurispr. blz. 1, punt 26).

57 — Arresten Pinna (aangehaald in voetnoot 56, punten 26-28), en Silos (aangehaald in voetnoot 53, punt 36); arrest van 10 maart 1992, Lomas e.a. (C-38/90 en C-151/90, Jurispr. blz. I-1781, punt 24), en arrest Régie Networks (aangehaald in voetnoot 53, punt 122).

58 — Arrest van 30 september 2003, Duitsland/Commissie (C-239/01, Jurispr. blz. I-10333, punt 78); dergelijke overwegingen liggen tenslotte ook aan de basis van arrest Defrenne II (aangehaald in voetnoot 23, punten 69-75), arrest van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, in het bijzonder punten 40-45), en arrest Régie Networks (aangehaald in voetnoot 53, punt 123, eerste volzin).

80. In de tweede plaats dient de lidstaten een passende termijn te worden gegeven om voor hun nationale recht de gevolgen te trekken uit de ongeldigheid van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113. Op die wijze wordt tegelijkertijd de verzekeringsondernemingen een overgangsperiode verleend waarin zij zich kunnen aanpassen aan het nieuwe rechtskader en hun producten in overeenstemming kunnen brengen. In navolging van wat de Uniewetgever zelf in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/113 heeft vastgesteld, acht ik een overgangsperiode van drie jaar passend. [59] Deze termijn begint te lopen op de datum van uitspraak van het arrest van het Hof in de onderhavige zaak.

81. Na afloop van deze overgangsperiode moeten evenwel alle toekomstige verzekeringspremies voor de berekening waarvan momenteel nog steeds seksegerelateerde onderscheiden worden gemaakt, net als de door de nieuwe premies gefinancierde uitkeringen geslachtsneutraal zijn. Dit moet ook gelden voor bestaande verzekeringsovereenkomsten. Het zou niet gerechtvaardigd zijn om gediscrimineerde verzekerden, die in het verleden bijvoorbeeld een levensverzekeringsovereenkomst hebben afgesloten, de hun toekomende gelijkmaking bestendig te ontzeggen, temeer omdat de looptijd van dergelijke overeenkomsten in vele gevallen nog vele jaren kan zijn. [60] In het kader van het Unierecht verbiedt het algemene verbod van terugwerkende kracht geenszins, een nieuwe rechtssituatie toe te passen op de toekomstige gevolgen van een bestaande situatie. [61]

82. De beperking in de tijd van de werking van het arrest zal volgens vaste rechtspraak enkel niet gelden voor personen die vóór de datum van uitspraak van het arrest van het Hof in de onderhavige zaak overeenkomstig het toepasselijke nationale recht bij de rechter beroep hebben ingesteld dan wel een gelijkwaardig bezwaar hebben ingediend. [62]

59 — De datum van 21 december 2007, waarnaar wordt verwezen in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/113, is precies drie jaar na de inwerkingtreding van richtlijn 2004/113 op 21 december 2004 (dag van bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zie artikel 18 van de richtlijn).

60 — Dienovereenkomstig laat het Hof ook in de zaak Barber (aangehaald in voetnoot 58, punt 44) de gevolgen van het arrest enkel helemaal niet gelden voor „rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt". In dezelfde zin is het zogenaamde „Barber-protocol" (thans protocol nr. 33 ad artikel 157 VWEU; PB 2010, C 83, blz. 319) opgesteld, waarin enkel uitkeringen worden uitgesloten „indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990", dit wil zeggen vóór de datum van uitspraak van het arrest Barber.

61 — Arresten van 5 december 1973, SOPAD (143/73, Jurispr. blz. 1433, punt 8); 29 januari 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Jurispr. blz. I-1049, punt 50), en 6 juli 2010, Monsanto Technology (C-428/08, Jurispr. blz. I-6765, punt 66).

62 — Arresten Pinna (aangehaald in voetnoot 56, punt 30) en Régie Networks (aangehaald in voetnoot 53, punt 127); in dezelfde zin arresten Defrenne II (aangehaald in voetnoot 23, punt 75) en Barber (aangehaald in voetnoot 58, punt 44).

B — *Tweede vraag*

83. Met zijn tweede vraag, die enger geformuleerd is dan de eerste, wil het Belgische Grondwettelijk Hof vernemen of eventuele twijfels over de conformiteit van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 met de grondrechten ook bestaan wanneer de toepassing ervan wordt beperkt tot *levensverzekeringsovereenkomsten*. Deze tweede vraag werd gesteld omdat de Belgische wetgever enkel voor dit type van verzekeringsovereenkomsten gebruik heeft gemaakt van de uitzonderingsbepaling overeenkomstig artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113.

84. De tweede vraag is gesteld voor het geval dat de eerste — zoals ik in overweging geef — ontkennend wordt beantwoord omdat schending van het verbod van discriminatie op grond van geslacht door artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 aan te nemen is. Derhalve moet de tweede vraag worden onderzocht.

85. Ik zie evenwel niets wat specifiek bij levensverzekeringsovereenkomsten dwingend ervoor pleit, toe te laten dat het geslacht een factor is bij de vaststelling van verzekeringspremies en -uitkeringen. Bij levensverzekeringen is de voorspelde levensverwachting van de verzekerde een centrale risicofactor. Dat met het oog op de beoordeling van het risico niet globaal louter statistisch aantoonbare verschillen tussen mannelijke en vrouwelijke verzekerden in overweging mogen worden genomen, heb ik reeds in het kader van de eerste vraag uiteengezet. [63]

86. Geen enkel argument dat in de onderhavige procedure is aangevoerd, leidt tot de conclusie dat levensverzekeringen een bijzonder kenmerk bezitten ten opzichte van andere types van overeenkomsten, waarin traditioneel een beoordeling van het risico op grond van het geslacht wordt verricht. Gelet op de informatie waarover het Hof beschikt, bestaat er geen aanleiding om de tweede vraag inhoudelijk anders te beantwoorden dan de eerste. De tweede vraag van het Belgische Grondwettelijk Hof dient dus bevestigend te worden beantwoord.

63 — Zie hierover in het bijzonder de punten 61–68 van deze conclusie.

VI — Conclusie

87. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de door het Belgische Grondwettelijk Hof gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113/EG is ongeldig.

2) De gevolgen van de ongeldig verklaarde bepaling blijven gedurende drie jaar na de datum van uitspraak van het arrest van het Hof in de onderhavige zaak gehandhaafd. Dit geldt niet voor personen die vóór de datum van uitspraak van het arrest van het Hof in de onderhavige zaak overeenkomstig het toepasselijke nationale recht bij de rechter beroep hebben ingesteld dan wel een gelijkwaardig bezwaar hebben ingediend."