

Repertoriumnummer 2022/ 001344
Datum van uitspraak 18 MAART 2022
Rolnummer 20/1537/A
Aud. nr.: 2020/6/02/336
ziekte en invaliditeit
Eindvonnis EVT Tegensprekelijk eindvonnis

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op €	op €

FONDS

Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel

Vonnis

Kamer 9

AFSCHRIJFT
Art. 792 G.W.
Vrij van rechten.

1. K [REDACTED] (RRN [REDACTED]) en K [REDACTED] (RRN [REDACTED] [REDACTED]), beiden wonende te [REDACTED] gezamenlijk optredend als vertegenwoordigers van hun minderjarige zoon B [REDACTED] (RRN [REDACTED]), wonende op hetzelfde adres

Hierna "eerste eisende partij" genoemd

2. Het **INSTITUUT VOOR DE GELIJKHEID VAN VROUWEN EN MANNEN**, onafhankelijke openbare instelling, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1070 Anderlecht, Ernest Blerotstraat 1, KBO-nummer 0873.091.753

Hierna "tweede eisende partij" of "het IGVM" genoemd

Beide eisende partijen vertegenwoordigd door mr. C [REDACTED] in eigen naam en loco mr. J [REDACTED] en mr. E [REDACTED], advocaten, met kantoor te [REDACTED] waar keuze van woonplaats wordt gedaan.

TEGEN:

1. De L [REDACTED] met zetel te [REDACTED]

Hierna "L [REDACTED]" genoemd

Vertegenwoordigd door mr. L [REDACTED], advocaat

2. De **BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, met kantoor te 1000 Brussel, Wetstraat 23

Hierna "de Belgische Staat" genoemd

Vertegenwoordigd door mr. P [REDACTED], in eigen naam en loco mr. P [REDACTED]

1 PROCEDURE

De rechtbank neemt kennis van en houdt rekening met:

- de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek
- de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken
- de wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen ('Ziekteverzekeringswet')

- de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen ('Genderwet')
- de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie ('Antidiscriminatiewet')
- het gedinginleidend verzoekschrift van 10 december 2020
- de oproeping van 29 december 2020 om te verschijnen voor de Kamer zoals in Kortgeding op 19 januari 2021
- de beschikking van 19 januari 2021 op grond van artikel 747, §2 en §3 Ger. W. waarbij de zaak werd vastgesteld voor pleidooien voor de negende kamer van deze rechtbank op 1 oktober 2021.
- de conclusies van de partijen
- het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie van 29 december 2021
- de replieken van de partijen
- de stukken van de partijen.

Op de openbare zitting van 1 oktober 2021 heeft de rechtbank de partijen gehoord. Hierna heeft zij de debatten gesloten. Het Openbaar Ministerie heeft een schriftelijk advies gegeven op 29 december 2021. De partijen kregen de mogelijkheid om te repliceren op het advies tot 31 januari 2022. [REDACTED] heeft gerepliceerd op 28 januari 2022 en de Belgische Staat en beide eisende partijen op 31 januari 2022. Hierna heeft de rechtbank de zaak in beraad genomen. De uitspraak van het vonnis werd uitgesteld naar vandaag.

2 VORDERING

2.1

Volgens het beschikkend gedeelte van hun syntheseconclusie (art. 748bis Ger. W.) vorderen de eisende partijen (letterlijk citaat):

- "
- *Te verklaren dat de bij dit verzoekschrift ingestelde vordering ontvankelijk en gegrond is;*
 - *Vast te stellen dat de weigering van verwerende partijen om ten voordele van B [REDACTED] tegemoet te komen in de kosten van het HPV-vaccin Gardasil 9® een verboden discriminatie vormt in de zin van artikel 19 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen;*
 - *Vast te stellen dat de weigering van verwerende partijen om ten voordele van homoseksuele jongens tegemoet te komen in de kosten van het HPV-vaccin Gardasil 9® een verboden discriminatie vormt in de zin van artikel 19 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen juncto artikel 14 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie;*

- Vast te stellen, conform artikel 20 van de Genderwet al dan niet samengenomen met artikel 15 van de Antidiscriminatiewet, dat de door de Belgische Staat opgelegde discriminatoire vergoedingsvoorwaarde absoluut nietig is;
- De weigeringsbeslissing genomen op 14 september 2020 door [REDACTED] ten aanzien van eerste verzoekende partij te vernietigen;
- Dientengevolge de [REDACTED] overeenkomstig artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, ten opzichte van eerste verzoekende partij te veroordelen tot het betalen van de reële schade, ten belope van 245,80 euro, die B [REDACTED] heeft geleden ten gevolge van de discriminatie waarvan hij het slachtoffer was in het kader van de uitvoering van de verplichte verzekering voor geneeskundig verzorging en uitkering;
- Dientengevolge de [REDACTED] overeenkomstig artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, ten opzichte van het Instituut te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding provisioneel begroot op 1 euro voor de morele schade die het Instituut, door de aantasting van het collectief belang waarvoor zij is opgericht, heeft geleden als gevolg van deze discriminatie;
- Dientengevolge de Belgische Staat, overeenkomstig artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, ten opzichte van elk van de verzoekende partijen te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding provisioneel begroot op 1 euro voor de morele schade die B [REDACTED] als slachtoffer, en het Instituut, door de aantasting van het collectief belang waarvoor zij is opgericht, hebben geleden als gevolg van de nietige discriminatoire vergoedingsvoorwaarde;
- Dientengevolge de [REDACTED] te bevelen om het beschikkend gedeelte van het tussen te komen vonnis, gedurende een termijn van 6 maanden vanaf de betekening ervan, zichtbaar aan te plakken in de wachtruimte van elk publiek kantoor van de [REDACTED] en te bevelen het tussen te komen vonnis bekend te maken op elke onderdeel van de website de [REDACTED] dat informatie geeft over de tegemoetkoming in de kosten van een HPV-vaccin, overeenkomstig artikel 25, §3 van de Genderwet;
- De verwerende partijen te bevelen om het beschikkend gedeelte van het tussen te komen vonnis binnen een termijn van 2 maanden vanaf de betekening ervan in minstens twee nationale kranten te laten publiceren;
- De verwerende partijen hoe dan ook te veroordelen in de kosten van het geding, m.i.v. van de rechtsplegingsvergoeding welke langs de zijde van verzoekende partijen wordt begroot op het basisbedrag van 131,18 euro.”

2.2

Volgens haar syntheseconclusie vordert L. om de vordering van de eisende partijen af te wijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond en om hen te veroordelen tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 1.440,00 euro.

2.3

Volgens haar syntheseconclusie vordert de Belgische Staat om de vorderingen onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren en de eisende partijen te veroordelen tot de gerechtskosten, begroot op een rechtsplegingsvergoeding van 1.560,00 euro.

3 FEITEN

3.1

In februari 2020 besloot de eerste eisende partij om haar zoon B. te laten vaccineren met een vaccin tegen het humaan papillomavirus (HPV). Op voorschrift van de huisarts kocht zij het vaccin Gardasil 9[®] aan bij een apotheek. De vaccinatie werd uitgevoerd door de huisarts.

De eerste eisende partij diende een verzoek tot terugbetaling in bij haar ziekenfonds, de [REDACTED]

Bij een beslissing van 14 september 2020 werd het verzoek tot terugbetaling afgewezen als volgt:

“De [REDACTED] tegemoetkoming voor het HPV-vaccin voor jongens werd stopgezet voor aankopen vanaf 1 september 2019. Vanaf dan subsidieert de overheid namelijk de terugbetaling in de vorm van een gratis vaccinatie voor bepaalde doelgroepen.

Meer informatie over de terugbetaling van vaccins vindt u op [www.\[REDACTED\]](http://www.[REDACTED])

Op deze website vindt men de volgende informatie:

“De ziekteverzekering betaalt de vaccins Gardasil 9[®] en Cervarix[®] grotendeels terug voor meisjes van 12 tot en met 18 jaar.

Voor hen kost het vaccin 12,10 euro per dosis of 8 euro indien ze recht hebben op de verhoogde tegemoetkoming.

De vaccinatie bestaat afhankelijk van de leeftijd uit twee of drie dosissen.

(...)

Goed om te weten

De Vlaamse overheid biedt een gratis vaccinatie (Gardasil 9[®]) aan via het CLB voor meisjes en jongens van het eerste jaar secundair onderwijs. Ook de huisarts kan hen de vaccinatie toedienen, maar dan bestel je de raadpleging. Het vaccin is gratis indien de huisarts het bestelt via Vaccinet, het bestelsysteem van de Vlaamse Overheid. Als je het vaccin met een voorschrift afhaalt bij de apotheker is het niet gratis.

Voor jongens die niet gevaccineerd werden via het programma van de Vlaamse overheid, is er geen terugbetaling via de ziekteverzekering.”

Met een verzoekschrift van 10 december 2020 hebben de eisende partijen het geschil aanhangig gemaakt bij deze rechtbank.

4 BEOORDELING

4.1 Rechtsmacht – Bevoegdheid

4.1.1

De Belgische Staat stelt dat de eisende partijen het Ministerieel Besluit dat de vergoedingsvoorwaarden voor Gardasil 9[®] bepaalt hadden moeten aanvechten bij de Raad van State binnen 60 dagen na de publicatie. Deze rechtbank heeft volgens de Belgische Staat geen rechtsmacht (randnummers 71-73 van de syntheseconclusie).

De rechtbank oordeelt als volgt.

Om uit te maken of de rechterlijke macht dan wel de Raad van State bevoegd is, moet er nagegaan worden wat het voorwerp van het geschil is. Daarbij moet niet alleen gekeken worden naar de aangevochten beslissing, maar ook naar de ruimere context waarbinnen deze beslissing zich situeert. Als het werkelijke voorwerp bestaat in het opwerpen van een geschil betreffende een subjectief recht, is de Raad van State zonder rechtsmacht (B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérence de la théorie de l’objet véritable et direct du recours” in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brussel, la Charte, 2007, 27; M. Pâques en L. Donnay, “Jurisdiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge”, *CDPK* 2007, 84-85).

Dit geschil betreft in essentie de vraag om tegemoet te komen in de kosten van het HPV-vaccin Gardasil 9[®], waarbij de eerste eisende partij beweert hierop recht te hebben volgens regels van objectief recht, namelijk de Genderwet en de Antidiscriminatiewet. De vordering van de eisende partijen strekt er niet toe om de vergoedingsvoorwaarden *erga omnes* te laten vernietigen.

Het mag duidelijk zijn dat een dergelijke vraag tot de rechtsmacht van de rechterlijke macht behoort. Het recht om niet gediscrimineerd te worden is een subjectief recht. Dat beide verwerende partijen menen dat er geen rechtsgrond is voor de toekenning van dit recht, doet geen afbreuk aan de rechtsmacht van de rechtbank, maar is een vraag die bij de beoordeling ten gronde aan bod komt.

Bovendien is de rechtsmacht van de Raad van State residuair, in de zin dat de Raad van State geen rechtsmacht heeft wanneer een andere jurisdictionele beroepsmogelijkheid openstaat met hetzelfde onderwerp.

4.1.2

De materiële bevoegdheid van de rechtbank wordt bepaald op het tijdstip waarop de vordering is ingesteld en wordt bepaald door het voorwerp van de vordering, zoals dit door de eisende partijen is voorgedragen en is omschreven in de gedinginleidende akte.

Beide verwerende partijen houden voor dat de vordering, in de mate dat zij gericht is tegen de bestreden beslissing van 14 september 2020, een geschil betreft aangaande de aanvullende ziekteverzekering.

De rechtbank citeert de gedinginleidende akte (eigen onderlijning):

“Verzoekers bestrijden een weigering tot tegemoetkoming in de kosten van een vaccin door de mutualiteit in het kader van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkering (...).” (randnummer 11)

“Uit hetgeen wat is uiteengezet in randnummer 17 volgt dat de verwerende partijen, in het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering onderworpen zijn aan de Genderwet en het verbod op discriminatie zoals dat vevat ligt in artikel 19 van die wet.” (randnummer 24)

“De verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering valt als onderdeel van de sociale zekerheid zowel onder het toepassingsgebied van de Genderwet als onder het toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewet.” (randnummer 40)

“Vast te stellen dat de weigering van verwerende partijen om ten voordele van B [redacted] tegemoet te komen in de kosten van het HPV-vaccin Gardasil 9[®] een verboden discriminatie vormt (...).” (gevraagde beschikkende gedeelte, pagina 22).

Het voorwerp van de vordering, zoals dit door de eisende partijen is omschreven, betreft aldus duidelijk de verplichte ziekteverzekering en niet de aanvullende ziekteverzekering (zie verder randnummer 4.2.1.1).

Het recht op de terugbetaling van bepaalde preventieve geneesmiddelen ligt vevat in artikel 34, eerste lid, 5° van de Ziekteverzekeringwet. De arbeidsrechtbank is volgens artikel 580, 2° bevoegd om kennis te nemen van de geschillen betreffende de rechten welke voortvloeien uit de wetgeving inzake de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering.

De arbeidsrechtbank is bijgevolg materieel bevoegd.

4.2 Ontvankelijkheid

4.2.1 Ten aanzien van L

4.2.1.1

De verwerende partijen houden voor dat de vordering gericht is tegen de verkeerde persoon. Zij stellen namelijk dat de vordering gericht had moeten worden tegen het ziekenfonds () en niet tegen de landsbond (L) omdat de bestreden beslissing van 14 september 2020 een beslissing betreft in het kader van de aanvullende ziekteverzekering.

De rechtbank oordeelt als volgt.

Artikel 8 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde bepaalt:

“De sociale prestaties worden toegekend, hetzij ambtshalve telkens wanneer dit materieel mogelijk is, hetzij op schriftelijk verzoek.”

De verzekeringsinstelling is belast met de uitbetaling van de prestaties en met het nemen van de meeste beslissingen over de toekenning van een recht of betaling van een prestatie. Op grond van artikel 8 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde dient de verzekeringsinstelling ambtshalve te onderzoeken of er sociale prestaties kunnen worden toegekend. Wanneer de () zoals in deze zaak, stelt dat er geen tussenkomst is van de aanvullende verzekering is die zij aanbiedt aan haar leden, dan impliceert dit dat er volgens haar ook geen tussenkomst is van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering. De rechten op sociale prestaties moeten immers ambtshalve en in de eerste plaats onderzocht worden. De weigeringsbeslissing heeft bijgevolg ook betrekking op de rechten van de eerste eisende partij op terugbetaling op basis van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering. De motivering van de weigeringsbeslissing maakt dit duidelijk door de verwijzing naar de website, waar de terugbetalingsvoorwaarden van Gardasil 9[®] op basis van de federale regelgeving kort worden toegelicht.

Of de aanvraag gedaan werd door middel van een BVAC attest of van een attest model 30, is in het licht van artikel 8 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde dan ook niet relevant. Het onderscheid tussen de aanvullende en de verplichte ziekteverzekering is voor sociaal verzekerden niet steeds duidelijk en het kan de eerste eisende partij niet verweten worden dat zij haar verzoek heeft ingediend door middel van het “verkeerde” formulier.¹

De vordering van de eisende partijen steunt op de verplichte ziekteverzekering (zie onderdeel 4.1.2).

Artikel 7, §1 van de Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden stelt dat de landsbonden verantwoordelijk zijn voor de goede

¹ Dat ook niet werd neergelegd als bewijsstuk.

uitvoering van de verplichtingen die hun krachtens de Ziekteverzekeringwet zijn opgelegd. Artikel 3 van de Ziekteverzekeringwet legt de verantwoordelijkheid voor de uitvoering of waarborging van prestaties verricht in het kader van de verplichte ziekteverzekering bij de landsbonden.

Uit deze bepalingen volgt dat de eisende partijen de L●●●n rechte kunnen en moeten aanspreken. De vordering is ontvankelijk ten aanzien van de L●●● omdat de L●●● de hoedanigheid heeft om deze in rechte te beantwoorden (vgl. Cass. 29 juni 2006, Arr. Cass. 2006, nr. 366 en GwH 19 september 2014, P&B 2014, 185).

4.2.1.2

Artikel 23 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde bepaalt dat tegen de beslissingen van de instellingen van sociale zekerheid beroep moet worden ingesteld binnen drie maanden na kennisgeving van de beslissing. De weigering werd ter kennis gebracht per brief van 14 september 2020. Hierover bestaat er geen betwisting.

Het verzoekschrift van 10 december 2020 werd in ieder geval tijdig neergelegd. Zoals de eisende partijen terecht stellen, werden de verplichte vermeldingen van artikel 14 van het Handvest van de Sociaal Verzekerde niet opgenomen in de tekst van de bestreden beslissing, waardoor de termijn om een voorziening in te stellen niet is ingegaan (artikel 14, voorlaatste lid van het Handvest van de Sociaal Verzekerde).

4.2.2 *Ten aanzien van de Belgische Staat*

De vordering ten aanzien van de Belgische Staat is eveneens ontvankelijk. Zij is ook niet verjaard. Deze vordering is samenhangend met de vordering ten aanzien van de L●●● en steunt op artikel 1382 oud BW. De verjaringstermijn die geldt voor een vordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid is vijf jaar vanaf de dag waarop de benadeelde kennis heeft genomen van alle gegevens die nodig zijn om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen (artikel 2262bis, §2 oud BW). Het Ministerieel Besluit waarbij het geneesmiddel Gardasil 9[®] werd opgenomen op de lijst van de vergoedbare specialiteiten is in werking getreden op 1 juni 2017, zodat de vordering van de eisende partijen onmogelijk verjaard kan zijn.

4.3 Ten gronde

4.3.1 *Vormt de uitsluiting van tegemoetkoming in de kosten van een HPV-vaccin voor jongens een verboden discriminatie in de zin van artikel 19 Genderwet?*

4.3.1.1

De eisende partijen stellen dat de uitsluiting van jongens wat betreft de tegemoetkoming in de kosten van een HPV-vaccin jongens benadeelt ten opzichte van meisjes in een vergelijkbare situatie. Dit onderscheid vormt volgens de eisende partijen een verboden discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 19 van de Genderwet.

De rechtbank oordeelt hierover als volgt.

4.3.1.2

Artikel 6, §1, 2° van de Genderwet bepaalt dat de wet van toepassing is op de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg, doch met uitzondering van de aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de gewesten en de gemeenschappen vallen.

Artikel 5,14° van de Genderwet definieert de sociale zekerheid als volgt:

“de wettelijke regelingen inzake werkloosheidsverzekering, de ziekte- en invaliditeitsverzekering, het rust- en overlevingspensioen, de kinderbijslag, de arbeidsongevallen, de beroepsziekten en de jaarlijkse vakantie voor arbeid in loondienst, arbeid als zelfstandige en als ambtenaar”

De verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering valt als onderdeel van de sociale zekerheid onder het materieel toepassingsgebied van de Genderwet.

Een direct onderscheid op basis van geslacht wordt gedefinieerd als *“de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van het geslacht”* (artikel 5,5° van de Genderwet).

Een direct onderscheid op basis van geslacht vormt krachtens artikel 11 van de Genderwet een directe discriminatie in de context van de sociale zekerheid (artikel 6, §1, 2° Genderwet), behalve in de artikelen 16, 17 en 18 bedoelde gevallen. In het kader van de sociale zekerheid, met inbegrip van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, vormt een direct onderscheid altijd een directe discriminatie tenzij dit onderscheid gerechtvaardigd kan worden op basis van artikel 16 (met betrekking tot positieve discriminatie), artikel 17 (met betrekking tot zwangerschap en moederschap) of artikel 18 (met betrekking tot een onderscheid opgelegd door of krachtens de wet) van de Genderwet.

Artikel 19 van de Genderwet verbiedt elke vorm van discriminatie, met inbegrip van directe discriminatie, voor materies die binnen het toepassingsgebied van de Genderwet vallen.

Artikel 20 van de Genderwet bepaalt onder meer dat de bepalingen die strijdig zijn met de wet nietig zijn.

4.3.1.3

Artikel 34, eerste lid, 5° b) en c) van de Ziekteverzekeringswet sluit bij de geneeskundige verstrekkingen onder meer het verstrekken van geneesmiddelen in, en in het bijzonder de daarin omschreven *“farmaceutische specialiteiten”*.

Artikel 35bis § 1 Ziekteverzekeringswet draagt de Koning op om de op 1 januari 2002 vergoedbare farmaceutische specialiteiten te bevestigen en machtigt de minister om

deze lijst te wijzigen op voorstel van de Commissie Tegemoetkoming Geneesmiddelen.

Overeenkomstig artikel 2 van het KB van 21 december 2001 komt de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen enkel tussen in de kosten van de specialiteiten die zijn opgenomen op de lijst.

Het Ministerieel Besluit dat de terugbetalingsvoorwaarden van Gardasil 9® in de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering regelt met ingang van 1 juni 2017, bepaalt (hoofdstuk IV § 8740000):

“De specialiteit komt voor vergoeding in aanmerking indien ze wordt voorgeschreven bij meisjes die op het ogenblik van de eerste toediening minstens 12 jaar zijn maar nog geen 19 jaar (...)”

Het is duidelijk dat het onderscheid dat het Ministerieel Besluit maakt een direct onderscheid is. Het onderscheid is namelijk *openlijk* gebaseerd op het beschermde kenmerk geslacht omdat de specialiteit enkel vergoed wordt indien ze wordt voorgeschreven bij “meisjes”. De weigeringsbeslissing van 14 september 2020 steunt ook op dit onderscheid.

De verwerende partijen stellen dat het onderscheid in werkelijkheid steunt op het gebrek aan een inhaalvaccinatie omdat de zoon van de eerste eisende partij niet in aanmerking komt voor de regionale (Vlaamse) vaccinatiecampaagne, maar dit is een verkeerde voorstelling van de situatie. De enige reden waarom Gardasil 9® niet terugbetaald werd, is gelegen in het geslacht: indien B. [REDACTED] een meisje was geweest, dan kwam de eerste eisende partij wel voor terugbetaling in aanmerking, en dit volledig los van het preventieve gezondheidsbeleid dat de Vlaamse Gemeenschap voert.

4.3.1.4

Jongens uit de leeftijdscategorie van 12 tot en met 18 jaar worden aldus ongunstiger behandeld dan meisjes van dezelfde leeftijdsgroep wat betreft de tegemoetkoming in de kosten van Gardasil 9®.

Zij behoren tot *vergelijkbare* categorieën. In tegenstelling tot wat vroeger werd aangenomen in de medische literatuur, is HPV niet enkel verantwoordelijk voor baarmoederhalskanker (die per definitie niet bij mannen kan voorkomen), maar ook voor andere vormen van kanker en voor andere ziektes, die zowel mannen als vrouwen kunnen treffen. Uit de niet inhoudelijk betwiste stukken die aan de rechtbank werden voorgelegd blijkt immers dat:

- een kwart van de HPV-gerelateerde kankers zich ontwikkeld heeft bij mannen voor wat betreft het jaar 2015 (stuk 3 van de eisende partijen)
- HPV verantwoordelijk is voor de ontwikkeling van anogenitale wratten, zowel bij mannen als bij vrouwen

- een infectie met HPV in verband gebracht wordt met een verminderde vruchtbaarheid, zowel bij mannen als bij vrouwen
- de klinische impact van een HPV-vaccinatie niet beperkt is tot baarmoederhalskanker of tot andere kankers die enkel bij vrouwen kunnen voorkomen.

4.3.1.5

De vaststelling van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen volstaat niet om van discriminatie te kunnen spreken. Volgens artikel 11 van de Genderwet kunnen de verwerende partijen zich beroepen op de artikelen 16, 17 en 18 van de Genderwet om een direct onderscheid te rechtvaardigen.

De artikelen 16 en 17 zijn niet relevant in deze zaak.

De verwerende partijen kunnen ook geen beroep doen op artikel 18 van de Genderwet. Het onderscheid werd niet opgelegd door of krachtens een wet. In de parlementaire voorbereiding van de Antidiscriminatiewet (*Parl. St. Kamer 2006-2007, nr. 2722/01, 23-14*) staat te lezen:

“De draagwijdte van deze «vrijwaringsclausule» moet goed begrepen worden. Ze heeft uitsluitend tot doel te vermijden dat elke gerechtelijke instantie ervan uitgaat dat het over de macht beschikt om de verenigbaarheid na te gaan van de algehele bestaande of toekomstige federale wetgeving met het verbod op discriminatie dat wordt gesteld door de drie voorgestelde wetten, met de bedoeling er bijvoorbeeld uit af te leiden dat één van de drie voorgestelde wetten op dag van de inwerkingtreding ervan, deze of gene wetgevende bepaling heeft afgeschaft die elders wel bestaat. Een dergelijke macht toekennen aan elke rechterlijke instantie die de drie voorgestelde wetten toepast, zou leiden tot een grote rechtsonzekerheid. De bedoeling van de «vrijwaringsclausule» is deze rechtsonzekerheid te vermijden. Anderzijds heeft deze clausule geenszins tot doel of tot gevolg te laten verstaan dat onderscheid dat zouden worden opgelegd door of krachtens een bestaande federale wet vrijgesteld zouden zijn van enig verwijt in het licht van het principe van gelijkheid of non-discriminatie dat wordt gewaarborgd door de formele «supra-wetgevende» bronnen (Grondwet, internationaal recht inzake Mensenrechten; primair of afgeleid gemeenschapsrecht). Evenmin heeft de vrijwaringsclausule tot gevolg dat dergelijk onderscheid opgelegd door of krachtens wet op onweerlegbare wijze vermoed wordt om conform te zijn aan het gelijkheidsbeginsel.”

Terecht stellen de eisende partijen aldus dat artikel 18 van de Genderwet vereist dat het onderscheid rechtstreeks voortvloeit uit de wet en dat deze rechtvaardiging enkel kan ingeroepen worden indien de rechter niet kan nagaan of er sprake is van een verboden discriminatie zonder zelf de wet te toetsen aan de Grondwet. Dat is in deze zaak niet het geval omdat de toepasselijke wetgeving nergens stelt dat een onderscheid op basis van het geslacht nodig zou zijn.

4.3.1.6

De verwerende partijen ontwikkelen argumenten van gezondheidswetenschappelijke, -economische en budgettaire aard om te rechtvaardigen waarom Gardasil 9[®] uitsluitend voor meisjes wordt terugbetaald in de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering. Deze argumenten passen in het zogenaamde open rechtvaardigingssysteem omdat zij hiermee willen aantonen dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en dat de middelen om dit doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Deze argumenten zijn echter zonder relevantie voor de rechtvaardiging van het gemaakte directe onderscheid op basis van geslacht. Een dergelijk onderscheid kan immers enkel gerechtvaardigd worden door het zogenaamde gesloten rechtvaardigingssysteem (zie randnummer 4.1.3.5). Het open rechtvaardigingssysteem geldt hier niet.

4.3.1.7

De Belgische Staat verwijst naar artikel 35bis, §2 van de Ziekteverzekeringwet dat bepaalt op basis van welke criteria farmaceutische specialiteiten kunnen worden opgenomen op de lijst van vergoedbare farmaceutische specialiteiten en naar het Koninklijk Besluit van 1 februari 2018 tot vaststelling van de procedures, termijnen en voorwaarden inzake de tegemoetkoming van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen in de kosten van farmaceutische specialiteiten.

Het is inderdaad juist dat gendergelijkheid niet wordt gehanteerd als terugbetalingscriterium (randnummer 32 van de syntheseconclusie van de Belgische Staat), maar dit is zonder relevantie voor de beoordeling in deze zaak. De criteria van artikel 35bis, §2 van de Ziekteverzekeringwet zijn niet exclusief: de Belgische Staat moet deze criteria betrekken in haar beoordeling, maar niet uitsluitend. Zij dient ook de andere wetgeving na te leven die op haar van toepassing is bij de vaststelling van de terugbetalingsvoorwaarden van een farmaceutische specialiteit. De Genderwet was van toepassing, net zoals de Antidiscriminatiewet (zie verder), maar werd geschonden omdat het gemaakte directe onderscheid op basis van geslacht niet gerechtvaardigd kan worden.

De criteria van artikel 35bis, §2 van de Ziekteverzekeringwet dwingen de Minister van Volksgezondheid niet om een onderscheid te maken op basis van geslacht. De (zelfs correcte) toepassing van deze criteria impliceert evenmin dat discriminatie uitgesloten is, zoals blijkt uit de bovenvermelde beoordeling door de rechtbank.

4.3.1.8

Het argument van de Belgische Staat dat een wijziging van de vergoedbaarheid enkel "op aanvraag" van de farmaceutische producent kan gebeuren, is niet juist. Artikel 3, §1, lid 1 van het Koninklijk Besluit van 1 februari 2018 stelt dat "de lijst behoudens andersluidende bepalingen gewijzigd (kan) worden door de Minister op voorstel van de Commissie, en dit op vraag van de aanvrager, van de Minister of van de Commissie" (eigen onderlijning door de rechtbank).

De Minister kan zelf het initiatief nemen om de lijst te wijzigen en de doelgroep uit te breiden. Hij is hierbij geenszins gebonden door de vergoedingsvoorwaarden die de aanvrager voorstelt.

4.3.1.9

De Belgische Staat stelt correct dat er geen subjectief recht bestaat op een onvoorwaardelijke en onbeperkte tegemoetkoming in de terugbetaling van farmaceutische specialiteiten. Artikel 23 GW verplicht de Belgische Staat hier niet toe. De eisende partijen steunen hun vordering echter niet op een dergelijk vermeend recht. Zij beroepen zich wel (en terecht) op de bepalingen van de Genderwet en de Antidiscriminatiewet.

4.3.1.10

De Belgische Staat gaat uitgebreid in op de bevoegdheidsverdelende regels tussen de gemeenschappen en de federale staat, maar deze uiteenzetting is niet relevant voor deze zaak. De rechtvaardigingsgronden van een direct onderscheid op grond van geslacht zijn beperkt tot deze die uitdrukkelijk in de Genderwet zijn opgenoemd. De Belgische Staat kan daarom geen rechtvaardiging vinden voor het door haar gemaakte directe onderscheid op grond van het geslacht in het preventieve gezondheidsbeleid van de Vlaamse Gemeenschap.

4.3.1.11

De verwerende partijen rechtvaardigen het directe onderscheid op basis van geslacht niet. Er is bijgevolg sprake van een verboden discriminatie in de zin van artikel 19 van de Genderwet.

4.3.2 Benadeelt de uitsluiting van tegemoetkoming in de kosten van een HPV-vaccin homoseksuele jongens en vormt dit een verboden discriminatie in de zin van artikel 19 Genderwet, juncto artikel 14 van de Antidiscriminatiewet?

4.3.2.1

De eisende partijen stellen dat de weigering om tegemoet te komen in de kosten van Gardasil 9[®] in het geval van homoseksuele jongens een direct onderscheid is op basis van geslacht in combinatie met de seksuele geaardheid en een verboden discriminatie uitmaakt.

De rechtbank oordeelt als volgt.

4.3.2.2

De eisende partijen leveren het bewijs van feiten die het bestaan van een ongerechtvaardigd onderscheid op basis van geslacht en seksuele geaardheid kunnen doen vermoeden.

De weigering in de tegemoetkoming die een onderscheid maakt tussen meisjes en jongens ten nadele van jongens is tevens een weigering ten nadele van homoseksuele jongens.

De eisende partijen stellen terecht dat homoseksuele jongens ongunstiger behandeld worden dan meisjes in een vergelijkbare situatie. De rechtbank verwijst naar randnummer 4.3.1.4.

Daarnaast worden homoseksuele jongens ook ten aanzien van heteroseksuele jongens benadeeld. Jongens die seksuele betrekkingen hebben met meisjes zullen een voordeel genieten van de vaccinaties met Gardasil 9^o die door de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering worden terugbetaald voor meisjes. Er wordt immers onbetwist aangenomen dat HPV een zeer besmettelijke seksueel overdraagbare aandoening is en dat de vaccinatie van meisjes daarom ook een onrechtstreekse bescherming biedt aan heteroseksuele jongens. Homoseksuele jongens genieten deze onrechtstreekse bescherming niet. Uit stuk 6 van de eisende partijen blijkt bovendien dat homoseksuele mannen een disproportioneel groter risico lopen op HPV-gerelateerde kankers dan heteroseksuele mannen.

Bijgevolg worden homoseksuele jongens uit de leeftijdscategorie 12 tot en met 18 jaar ongunstiger behandeld dan andere jongeren uit dezelfde leeftijdscategorie.

Dit onderscheid op basis van geslacht en seksuele geaardheid maakt een direct onderscheid uit in de zin van artikel 11 van de Genderwet en van artikel 7 van de Antidiscriminatiewet (zie randnummer 4.3.1.2).

Het gaat om een intersectioneel onderscheid omdat beide discriminatiegronden tegelijkertijd op elkaar inwerken en onafscheidelijk met elkaar zijn verbonden. Een intersectioneel direct onderscheid op basis van geslacht én op basis van seksuele geaardheid kan slechts gerechtvaardigd worden wanneer er voldaan is aan de rechtvaardigingseis van de Genderwet (artikel 16, 17 en 18), die strenger is dan de rechtvaardigingseis voor een onderscheid op basis van seksuele geaardheid in de Antidiscriminatiewet (artikel 7 en artikel 9 Antidiscriminatiewet).

De verwerende partijen tonen niet aan dat er een rechtvaardiging is voor dergelijk onderscheid (zie de randnummers 4.3.1.5 e.v.).

Er is bijgevolg sprake van een verboden discriminatie in de zin van artikel 19 van de Genderwet juncto artikel 14 van de Antidiscriminatiewet.

4.3.3 Schadevergoeding

4.3.3.1

Uit bovenstaande beoordeling volgt dat de bestreden beslissing van 14 september 2020 niet werd genomen volgens een rechtmatig vastgestelde vergoedingsvoorwaarde, maar wel op basis van een discriminatoir onderscheid.

Volgens artikel 20 van de Genderwet zijn de bepalingen die strijdig zijn met de wet nietig. Artikel 15 van de Antidiscriminatiewet is gelijkkluidend. Artikel 5,3^o van de

Genderwet en artikel 4,3° van de Antidiscriminatiewet stellen dat onder bepalingen ook “bestuursrechtelijke bepalingen” vallen.

Over de nietigheidssanctie en het effect ervan leest men het volgende in de memorie van toelichting (*Parl. St. Kamer 2006-2007, nr. 2721/001, 54*):

“Het betreft een expliciete gedeeltelijke imperatieve nietigheid. Dit betekent dat de nietigheidssanctie enkel betrekking heeft op het discriminatoire onderscheid en bijgevolg niet de volledige discriminatoire bepaling treft. Dit heeft tot gevolg dat wanneer via het beding een bepaald voordeel wordt toegekend aan bevoordeelde groepen, ten nadele van een achtergestelde groep, en in de mate dat dit gemaakte onderscheid discriminatoir zou zijn, de achtergestelde groep aanspraak kan maken op het voordeel van de bevoordeelde groep.

Het betreft een absolute nietigheid. Het voorontwerp vertaalt immers een grondrecht (het recht op gelijke behandeling) naar horizontale en verticale relaties. Deze Wet raakt bijgevolg de openbare orde.”

Het Ministerieel Besluit dat de vergoeding van Gardasil 9® uitsluit voor jongens schendt de Genderwet en de Antidiscriminatiewet en vormt een fout. De bestreden beslissing van 14 september 2020 vormt eveneens een fout omdat ze is gebaseerd op dit discriminerende en nietige onderscheid. Deze fout is toerekenbaar aan de verzekeringsinstelling die wettelijk belast is met de toekenning van prestaties in de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering (vgl. *Arbrb. Luik 4 februari 2019, AR 17/2299/A, onuitg.* - stuk 11 van de eisende partijen).

De eerste eisende partij heeft als gevolg van deze discriminatie materiële schade geleden. Zij heeft geen terugbetaling ontvangen in de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering voor het aangekochte vaccin en heeft hierdoor een schade geleden van 245,80 euro. Dit is het bedrag van de terugbetaling die men voor een meisje zou ontvangen hebben ontvangen in gelijke omstandigheden.

De eerste eisende partij heeft ook morele schade geleden door het discriminerende onderscheid, die *ex aequo et bono* bepaald kan worden op 1,00 euro, zoals gevorderd.

De rechtbank veroordeelt de [REDACTED] tot betaling van een schadevergoeding van 245,80 euro aan de eerste eisende partij en de Belgische Staat tot de betaling van 1,00 euro morele schadevergoeding aan de eerste eisende partij.

4.3.3.2

Het IGVM is onderworpen aan de gemeenrechtelijke bepalingen van artikel 1382 Oud BW (vgl. *Arbeidshof Brussel 30 juni 2021, AR 2018/AB/695, onuitg.*). De Genderwet voorziet immers niet in enige schadevergoeding ten voordele van het IGVM, zoals dit wel het geval is voor het slachtoffer van de discriminatie.

Het IGVM kan schadeloosstelling vorderen, op voorwaarde dat hij zijn (morele) schade bewijst. Het IGVM bewijst dergelijke schade niet. Het volstaat immers niet om louter te stellen dat hij een collectief belang behartigt. Het feit dat het IGVM uitvoering geeft aan zijn wettelijke opdracht, zoals het doet in de voorliggende zaak, veroorzaakt geen schade in zijn hoofde, maar raakt aan de essentie van zijn bestaan.

De vorderingen van het IGVM tot het bekomen van een eigen schadevergoeding zijn bijgevolg ongegrond.

4.3.4 Maatregelen van openbaarmaking

4.3.4.1

De eisende partijen vorderen om de L. te bevelen om het beschikkend gedeelte van het tussen te komen vonnis, gedurende een termijn van zes maanden vanaf de betekening ervan, zichtbaar aan te plakken in de wachtruimte van elk publiek kantoor van de L. en te bevelen het tussen te komen vonnis bekend te maken op elk onderdeel van de website van de L. dat informatie geeft over de tegemoetkoming in de kosten van een HPV-vaccin. Zij vorderen tevens om beide verwerende partijen te veroordelen om het beschikkend gedeelte van het vonnis binnen een termijn van twee maanden vanaf de betekening ervan te laten publiceren in minstens twee nationale kranten.

De rechtbank oordeelt hierover als volgt.

4.3.4.2

Artikel 25, §3 van de Genderwet bepaalt (eigen onderlijning):

“De voorzitter van de rechtbank kan bevelen dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt, wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder of de lokalen die hem toebehoren, en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder.”

Op basis van dit artikel kan enkel de stakingsrechter maatregelen van openbaarmaking bevelen. De eisende partijen stellen geen vordering tot staking en de voorzitter van deze rechtbank heeft de zaak bij beschikking van 19 januari 2021 toebedeeld aan de negende kamer van deze rechtbank. Het bevelen van publiciteitsmaatregelen is bijgevolg niet mogelijk.

Bovendien tonen de eisende partijen niet concreet aan waarom maatregelen van openbaarmaking ertoe kunnen bijdragen dat de discriminatie ophoudt. Zij hebben dit onderdeel van hun vordering niet inhoudelijk uitgewerkt.

Het is bijgevolg ongegrond.

5 BESLISSING

Na eensluidend schriftelijk advies van B. [REDACTED] eerste substituut-arbeidsauditeur, beslist de rechtbank op tegenspraak wat volgt.

De rechtbank verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond, zoals hierna bepaald.

De rechtbank:

- Stelt vast dat de weigering van verwerende partijen om ten voordele van B. [REDACTED] tegemoet te komen in de kosten van Gardasil 9[®] een verboden discriminatie vormt in de zin van artikel 19 van de Genderwet;
- Stelt vast dat de weigering van verwerende partijen om ten voordele van homoseksuele jongens tegemoet te komen in de kosten van het HPV-vaccin Gardasil 9[®] een verboden discriminatie vormt in de zin van artikel 19 van de Genderwet *juncto* artikel 14 van de Antidiscriminatiewet;
- Stelt vast dat de door de Belgische Staat opgelegde discriminatoire vergoedingsvoorwaarde absoluut nietig is;

Als gevolg daarvan:

- Vernietigt de rechtbank de weigeringsbeslissing genomen op 14 september 2020 ten aanzien van de eerste eisende partij;
- Veroordeelt de rechtbank de L. [REDACTED] om een materiële schadevergoeding van 245,80 euro te betalen aan de eerste eisende partij;
- Veroordeelt de rechtbank de Belgische Staat om een morele schadevergoeding van 1,00 euro te betalen aan de eerste eisende partij.


Voor het overige is de vordering van de eisende partijen ongegrond.

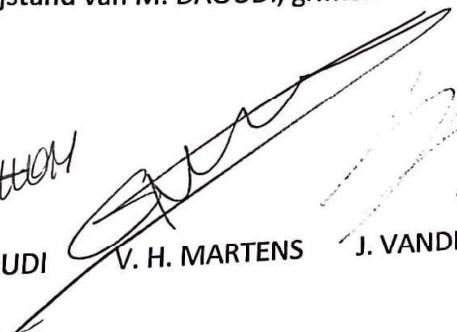
De rechtbank veroordeelt de verwerende partijen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding welke langs de zijde van eisende partijen wordt bepaald op 131,18 euro rechtsplegingsvergoeding, zoals door hen gevorderd.

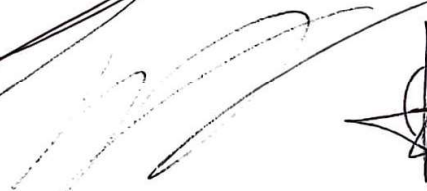
De rechtbank legt de bijdrage van 22,00 euro ten voordele van het fonds voor de juridische tweedelijnsbijstand eveneens ten laste van de verwerende partijen.


Vonnis gewezen door:

B. CROIMANS, rechter, voorzitter van de kamer
J. VANDEWEGHE, rechter in sociale zaken-werkgever
V. H. MARTENS, rechter in sociale zaken, werknemer-bediende
met bijstand van M. DAOUDI, griffier.



M. DAOUDI

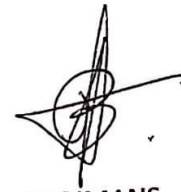

V. H. MARTENS


J. VANDEWEGHE


B. CROIMANS

en uitgesproken op **18 MAART 2022**
in openbare terechtzitting van de 9^{de} kamer van de Nederlandstalige
arbeidsrechtbank Brussel door B. CROIMANS, rechter, voorzitter van de kamer, met
bijstand van M. DAOUDI, griffier.


M. DAOUDI


B. CROIMANS