

**ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN
OPENBARE TERECHTZITTING VAN
21 NOVEMBER 2011**

D.,
wonende te 2610 Wilrijk, (...), havenarbeider,

appellante,
vertegenwoordigd door mr. J. Kern, advocaat te 2000 Antwerpen,

tegen :

1. VZW,
met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, (...) met KBO nr. (...),

eerste geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. E. Lievens, advocaat te 1050 Brussel,

2. FOD,
vertegenwoordigd door de (...) te 1070 Anderlecht, (...),

tweede geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. B. Mergits, advocaat te 2018 Antwerpen,

mede inzake:

CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR
RACISMEBESTRIJDING,

openbare instelling onafhankelijk in de uitvoering van zijn opdrachten in overeenstemming met de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, met zetel te 1000 Brussel, Koningsstraat 138.

Tussenkommende partij,
vertegenwoordigd door Mr. C. Bayart, advocaat te Antwerpen

Na beraad spreekt het arbeidshof in openbare terechtzitting en in de Nederlandse taal het volgend arrest uit.

I. STUKKEN VAN DE RECHTSPLEGING

- het eensluidend verklaard afschrift van het op 30 september 2008 op tegenspraak gewezen vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel
- het eensluidend verklaard afschrift van het op 2 maart 2010 op tegenspraak gewezen vonnis van de arbeidsrechtbank te Antwerpen
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 11 juni 2010
- het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 18 juni 2010
- de conclusie van de FOD, ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 29 juli 2010
- de conclusie van D., ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 4 augustus 2010
- de beschikking d.d. 6 september 2010
- de conclusie van de VZW, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 18 oktober 2010
- de conclusie van de FOD, ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 18 november 2010
- de conclusie van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 10 januari 2011
- de conclusie van D., neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 10 januari 2011
- de conclusie van de VZW, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 7 februari 2011
- de conclusie van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 4 april 2011
- de conclusie van D., neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 4 april 2011
- de conclusie van de VZW, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 2 mei 2011
- het advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 10 oktober 2011
- de repliekconclusie van de FOD neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 20 oktober 2011

- de repliekconclusie van D., neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 21 oktober 2011
- de repliekconclusie van de VZW, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 21 oktober 2011
- de processen-verbaal van de openbare terechtzitting van 6 september 2010 en 5 september 2011.

II. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Met verzoekschrift van 14 april 2008, gericht aan de arbeidsrechtbank te Antwerpen, vorderde D. haar zaak voor de arbeidsrechtbank te brengen omdat ze vond dat ze onterecht medisch ongeschikt is bevonden en dat dit discriminatie was.

Met dagvaarding van 24 juni 2008 uitgebracht ten laste van de FOD, vorderde D. haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en de nietigheid uit te spreken van de beslissing van 24 april 2008 van de Administratieve Commissie, op basis van artikel 159 van de Grondwet, minstens op grond van artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen of van artikel 15 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie. Ten slotte vorderde D. de FOD te veroordelen om 1,00 EUR provisioneel als schadevergoeding te betalen, en hem te veroordelen tot de kosten van het geding en het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad.

Met vonnis van 30 september 2008 verklaarde de arbeidsrechtbank te Brussel zich territoriaal onbevoegd.

Met conclusie van 11 juni 2009 vorderde de FOD, in hoofdorde, de vordering van D. ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en haar te veroordelen tot de kosten van het geding en, in ondergeschikte orde, de FOD te vrijwaren tegen elke veroordeling in hoofdsom, in intresten en procedurekosten en D. te veroordelen tot de kosten van het geding.

Met conclusie van 31 juli 2009 vorderde D. de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren, en in hoofdorde, conform artikel 15 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie de absolute nietigheid uit te spreken van volgende bepalingen:

- de medische criteria die door de VZW/C. werden gehanteerd, het zogenaamde "Kwaliteitshandboek" en meer bepaald minstens de bepaling van de medische criteria aangaande de endocriene-, voedings- en stofwisselingsziekten op blz. 32 van het "Kwaliteitshandboek" punt III. 3.2.;
- de beslissing van de arbeidsgeneesheer van de VZW van 7 april 2008 waarbij D. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;
- de beslissing van de Administratieve Commissie d.d. 24 april 2008 waarbij de erkenningsaanvraag van D. werd verworpen.

Verder vorderde zij de VZW en de FOD solidair, in solidum, te veroordelen tot betaling van 1.300,00 EUR forfaitaire morele schadevergoeding in hoofdsom, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf 7 april 2008 en de gerechtelijke

intresten vanaf 14 april 2008 (VZW) en 24 juni 2008 (FOD), conform artikel 18,§2 1° van de Antidiscriminatiewet,

In ondergeschikte orde, voor zover de arbeidsrechtbank de nietigheid van voormelde bepalingen niet zou weerhouden, de VZW en de WASO, solidair, in solidum te veroordelen tot betaling van 17.446,80 EUR forfaitaire schadevergoeding in hoofdsom, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf 7 april 2008 en de gerechtelijke intresten vanaf 14 april 2008 (VZW) en 24 juni 2008 (FOD), conform artikel 18§2, 2° van de Antidiscriminatiewet.

In meer ondergeschikte orde, indien de VZW haar medewerking zou verlenen en bereid was nieuwe medische criteria te bepalen aan de hand waarvan op een moderne en individuele wijze elke kandidaat-havenarbeider met diabetes mellitus type 1 concreet kon worden beoordeeld, zodat D. conform de nieuwe criteria kon worden onderzocht door de arbeidsgeneesheer, vorderde D. de veroordeling van de VZW en de FOD, solidair, in solidum, tot betaling van 1.300,00 EUR forfaitaire schadevergoeding in hoofdsom, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf 7 april 2008 en de gerechtelijke intresten vanaf 14 april 2008 (VZW) en 24 juni 2008 (FOD), conform artikel 18 §2, 1° van de Antidiscriminatiewet.

Ten slotte vorderde zij de VZW en de FOD te veroordelen tot de kosten van het geding en het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, zonder borgstelling en met uitsluiting van het recht op kantonnement.

Op 4 december 2009 legde mevrouw T. B., substituut-arbeidsauditeur, haar schriftelijk advies neer ter griffie.

Op 12 januari 2010 legde D. een conclusie neer houdende repliek op het advies van het openbaar ministerie.

Met verzoekschrift van 26 januari 2010 vorderde D. de heropening van de debatten.

Op 27 januari 2010 legde de VZW een conclusie neer houdende repliek op het advies van het openbaar ministerie.

Met vonnis van 2 maart 2010 werd de vordering van D. ontvankelijk doch ongegrond verklaard en werd zij verwezen in de kosten van het geding.

III. EISEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 18 november 2010 vordert de FOD, in hoofdorde, het laattijdig hoger beroep van D. niet toelaatbaar te verklaren en, in ondergeschikte orde, het hoger beroep toelaatbaar doch ongegrond te verklaren en D. te veroordelen tot de kosten van het geding.

In meer ondergeschikte orde vordert hij de vordering tot schadevergoeding ongegrond te verklaren, alleszins de vordering maximaal gegrond te verklaren tot 650,00 EUR en in uiterst ondergeschikte orde de VZW te veroordelen om de FOD te vrijwaren tegen elke veroordeling in hoofdsom, intresten en kosten en haar te veroordelen tot de kosten van het geding.

Met conclusie van 4 april 2011 vordert het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, de vrijwillige tussenkomst ontvankelijk en gegrond te

verklaren, het hoger beroep van D. gegrond te verklaren en de nietigheid uit te spreken van de volgende bepalingen:

- de medische criteria die door de VZW worden gehanteerd, en meer bepaald de medische criteria aangaande de endocriene-, voedings- en stofwisselingsziekten op blz 32 van het "Kwaliteitshandboek", punt III 32.2;
- de beslissing van de arbeidsgeneesheer van de VZW van 7 april 2008 waarbij D. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij insulineafhankelijke diabetes heeft;
- de beslissing van de Administratieve Commissie van 24 april 2008 waarbij de erkenningsaanvraag van D. werd verworpen;
- de VZW en de FOD, solidair, in solidum, te veroordelen tot betaling van 17.446,80 EUR forfaitaire morele schadevergoeding aan D., vermeerderd met de vergoedende en de gerechtelijke intrest vanaf 14 april 2008 (de VZW) en 24 juni 2008 (FOD) en de kosten van het geding, te verdelen als naar recht.

Met conclusie van 4 april 2011 vordert D. het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, het bestreden vonnis teniet te doen en opnieuw recht sprekend, conform artikel 15 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie de absolute nietigheid uit te spreken van volgende bepalingen:

- de medische criteria die door de VZW/C. worden gehanteerd, het zogenaamde "Kwaliteitshandboek" en meer bepaald minstens de bepaling van de medische criteria aangaande de endocriene-, voeding- en stofwisselingsziekten op blz. 32 van het "Kwaliteitshandboek" punt III. 3.2.;
- de beslissing van de arbeidsgeneesheer van de VZW van 7 april 2008 waarbij D. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;
- de beslissing van de Administratieve Commissie d.d. 24 april 2008 waarbij de erkenningsaanvraag van D. werd verworpen.

In hoofdorde de VZW en de FOD solidair en in solidum te veroordelen om aan D. 17.446,80 EUR schadevergoeding te betalen, vermeerderd met de vergoedende intrest vanaf 7 april 2008 en de gerechtelijke intrest vanaf 14 april 2008 (de VZW) en 24 juni 2008 (FOD), conform artikel 18, §2 2° van de Antidiscriminatiewet.

In ondergeschikte orde, indien het arbeidshof zou oordelen dat D.

zich niet zou kunnen beroepen op artikel 18 §2, 20 van de Antidiscriminatiewet, op grond van artikel 1382 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek, de VZW en FOD solidair en in solidum te veroordelen om 17.446,80 EUR schadevergoeding te betalen, vermeerderd met de vergoedende intrest vanaf 7 april 2008 en de gerechtelijke intrest vanaf 14 april 2008 (de VZW) en 24 juni 2008 (FOD).

Ten slotte de VZW en de FOD te veroordelen tot de kosten van het geding.

Met conclusie van 2 mei 2011 vordert de VZW het verzoekschrift van D. onontvankelijk te verklaren, in ondergeschikte orde, indien het arbeidshof zou oordelen dat het verzoekschrift ontvankelijk is, de vordering ongegrond te verklaren en het bestreden vonnis te bevestigen en in uiterst ondergeschikte orde een getuigenverhoor te bevelen van de heer S., de arbeidsgeneesheer, zodat hij de redenen waarom hij D. arbeidsongeschikt verklaarde kan uiteenzetten.

Een arbeidsgeneesheer als deskundige aan te stellen met als opdracht:

- a) de rechtmatigheid te onderzoeken van het medisch criterium die door de VZW toegepast wordt bij het beoordelen van de arbeidsgeschiktheid van kandidaat-havenarbeiders (zie punt 3.2 van het kwaliteitshandboek van de VZW - stuk 3 uit de

inventaris - inzake diabetes mellitus) volgens hetwelke de kandidaat met diabetes mellitus die wordt behandeld met insuline of bloedsuikerverlagende tabletten die in een therapeutische dosis hypoglycemiaanvallen kunnen veroorzaken, niet arbeidsgeschikt kan worden verklaard;

b) in concreto te verifiëren of de beslissing van de arbeidsgeneesheer van de VZW om D. arbeidsongeschikt te verklaren medisch correct was. In uiterst ondergeschikte orde de vordering voor het deel dat de morele schadevergoeding van 650,00 EUR te boven gaat ongegrond te verklaren en in het geval het arbeidshof zou oordelen dat de Havenwet en het Koninklijk Besluit van 4 juli 2004 strijdigheid met de Europese Richtlijn ter zijde zou moeten geschoven worden, de vordering tot vrijwaring van de VZW tegen de FOD ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Ten slotte D. te veroordelen tot het betalen van de kosten van het geding en indien de vordering tot vrijwaring ingesteld door de VZW gegrond verklaard wordt, de FOD te veroordelen tot betalen van de kosten van het geding.

IV. ONTVANKELIJKHEID

De FOD en de VZW voeren aan dat het hoger beroep laattijdig werd ingesteld omdat het meer dan een maand na de kennisgeving bij gerechtsbrief werd aangetekend, zodat het niet ontvankelijk is.

Het arbeidshof oordeelt daarover als volgt.

Krachtens artikel 1051 van het Gerechtelijk Wetboek is de termijn om hoger beroep aan te tekenen één maand, te rekenen vanaf de betekening van het vonnis of de kennisgeving ervan in overeenstemming met artikel 792, tweede en derde lid.

Krachtens artikel 792 van dit wetboek zendt de griffier binnen acht dagen na de uitspraak van het vonnis bij gewone brief een niet ondertekend afschrift van het vonnis aan elke partij of, in voorkomend geval, aan hun advocaten.

In afwijking van het vorige lid, voor de zaken opgesomd in artikel 704, § 2, alsook inzake adoptie, brengt de griffier binnen de acht dagen bij gerechtsbrief het vonnis ter kennis van de partijen.

Op straffe van nietigheid vermeldt deze kennisgeving de rechtsmiddelen, de termijn binnen welke dit verhaal moet worden ingesteld evenals de benaming en het adres van de rechtsmacht die bevoegd is om er kennis van te nemen.

Volgens artikel 704, §2, van het Gerechtelijk Wetboek, worden de vorderingen van de in de artikelen 508/16, 579, 6°, 580, 2°, 3°, 6°, 7°, 8°, 9', 10° en 11° 581, 2°, 582, 1° en 2° en 583 opgesomde zaken ingeleid bij een verzoekschrift dat ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd wordt of bij aangetekende brief aan die griffie wordt gezonden; de partijen worden door de griffie opgeroepen om te verschijnen op de zitting die de rechter bepaalt. De oproeping vermeldt het voorwerp van de vordering.

De door D. ingestelde vordering is er één zoals bedoeld in artikel 581, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek en is dus geen vordering zoals bedoeld in artikel 704, §2.

In de regel diende het vonnis dan ook niet bij gerechtsbrief ter kennis te worden gebracht en loopt de termijn voor het aantekenen van hoger beroep dus vanaf de datum van betekening, zoals bedoeld in artikel 32, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Nu uit niets blijkt dat het bestreden vonnis werd betekend, is het hoger beroep van D. aangetekend bij verzoekschrift van 11 juni 2010 tijdig.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

V. TEN GRONDE

1. De feiten

D. is sinds 23 augustus 2004 werkzaam als erkend havenarbeider van het logistiek contingent van de haven van Antwerpen.

Het staat niet ter discussie dat zij in september 2004 onderworpen werd aan een medisch onderzoek en dat zij in het kader hiervan medisch geschikt werd verklaard om een erkenning te bekomen als havenarbeider van het logistiek contingent.

Zij is thans tewerkgesteld bij de NV N. N. L., waar zij de functie van magazijnarbeider uitoefent.

Met het oog op een tewerkstelling als containermarkeerder aan de haven diende zij op 17 maart 2008 bij de FOD een aanvraag in om erkend te worden als havenarbeider van het algemeen contingent.

Containermarkeerders, die als taak hebben de uiterlijke staat der goederen te controleren evenals de merken, het aantal, het gewicht en/of de afmetingen van de behandelende goederen te noteren, behoren niet tot het logistiek maar tot het algemeen contingent van de haven van Antwerpen.

In het kader van deze erkenningsprocedure moest D. op 7 april 2008 bij de VZW, de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk waarop beroep wordt gedaan als arbeidsgeneeskundige dienst, psychotechnische proeven af te leggen en werd zij tevens onderworpen aan een medisch onderzoek.

Zij werd hierbij door Dr. S., arbeidsgeneesheer bij de VZW, definitief medisch ongeschikt verklaard om deel uit te maken van het algemeen contingent van havenarbeiders. Tevens slaagde zij niet in de psychotechnische testen. (Zie stuk 2 dossier VZW)

Met een brief van 24 april 2008 werd D. op de hoogte gebracht van de beslissing van de Administratieve Commissie, die als volgt luidt:

"Uw verzoek tot erkenning als havenarbeider (containermarkeerder) van 17 maart 2008 werd onderzocht door de Administratieve Commissie.

De Administratieve Commissie heeft in zitting van 24 april 2008 beslist dat uw kandidatuur niet in aanmerking komt wegens het feit dat u door de arbeidsgeneeskundige dienst definitief medisch ongeschikt verklaard bent voor havenarbeid en niet geslaagd bent in de psychotechnische proeven." (Zie stuk 1 dossier VZW)

D. is van oordeel dat zowel de beslissing van de arbeidsgeneesheer, aangestelde van de VZW, van 7 april 2008 waarbij zij medisch ongeschikt werd verklaard, als de medische criteria die werden toegepast uit het zogenaamde "Kwaliteitshandboek" als de beslissing van de Administratieve Commissie van 24 april 2008 nietig zijn wegens strijdigheid met de Antidiscriminatiewet.

Wegens de morele en materiële schade die haar werd toegebracht omdat zij op basis van haar ziekte werd gediscrimineerd, waardoor zij medisch ongeschikt werd verklaard en bijgevolg niet werd erkend als havenarbeider van het algemeen contingent, maakt zij aanspraak op een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan het basisloon van een containermarkeerder ten belope van 2.907,80 EUR voor 6 maanden, hetzij 17.446,80 EUR.

2. De beoordeling

2.1. de ontvankelijkheid van de vordering het belang

Voor de eerste rechters voerde de VZW aan dat D. geen belang had bij het instellen van de vordering.

Hoewel de VZW en D. daarover in graad van hoger beroep overvloedig concluderen stelt het arbeidshof vast dat de VZW in laatste conclusie (blz. 13, randnr. 8.) het belang van D. voor het instellen van haar vordering niet langer betwist, in die zin dat het middel van niet ontvankelijkheid wegens het ontbreken van belang niet meer wordt gehandhaafd.

Het belang raakt de openbare orde niet. (Cass. 22 februari 2007, JT 2007, 482, noot J.F. VAN DROOGHENBROECK)

Het volstaat bijgevolg vast te stellen dat het belang van D. voor het instellen van de vordering niet wordt betwist of geen voorwerp is van incidenteel hoger beroep.

Voor zover als nodig merkt het arbeidshof op dat D. wel degelijk een rechtmatig belang had bij het instellen van haar vordering.

Het arbeidshof verwijst hiervoor naar het oordeelkundig onderbouwd advies van het openbaar ministerie (blz. 2, sub "b. gebrek aan belang"), dat hierbij als herhaald wordt beschouwd.

De vordering van D. is dus ontvankelijk.

2.2. discriminatie op grond van handicap

De vorderingen van D. zijn gesteund op de bepalingen van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, hierna kortweg de Antidiscriminatiewet genoemd.

Zij is van mening dat zij op grond van een niet gerechtvaardigd onderscheid omwille van haar handicap, namelijk diabetes mellitus type 1 of insulineafhankelijke diabetes, ten onrechte werd uitgesloten tot het beroep van "havenarbeider-(container)markeerder".

Samengevat neemt zij hierover het volgende standpunt in:

- Het is niet zo dat een kandidaat-havenarbeider medisch geschikt moet zijn om eender welke functie aan de haven uit te oefenen. Uit de feiten blijkt dat de medische evaluatie van de kandidaat-havenarbeiders gevoerd wordt in functie van specifieke beroepscategorieën die men wil uitoefenen. Het koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid, hierna de Codex Algemeen Contingent genoemd, specificiert niet dat men medisch geschikt moet zijn voor om het even welke arbeid.

- De Codex Algemeen Contingent, die in feite de verzameling is van alle algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten binnen de sector (te raadplegen op de webstek van C.: <http://www.....>) stelt per beroepscategorie vast dat de betrokken havenarbeider een medische proef moet ondergaan. Een havenarbeider heeft geen universele toegang tot alle beroepscategorieën. Er is maar één categorie tot welke men zonder meer toegang krijgt, namelijk de groep "havenarbeider algemeen werk". Daarom had men haar moeten onderzoeken specifiek voor de functie van containermarkeerder.

Uit het medisch dossier blijkt dat dit ook gebeurd is.

- De flexibiliteit waarvan sprake, geregeld in artikel 152, §3 van de Codex Algemeen Contingent ("Markeerders mogen noch de functie van de beroepscategorie havenarbeider algemeen werk uitvoeren, noch functies die aan andere beroepscategorieën voorbehouden zijn, behalve bij officieel vastgesteld tekort bij deze beroepscategorieën."), is een uitzonderlijke situatie die aan voorwaarden onderworpen is. Er zal een nieuw medisch onderzoek en een opleiding moeten plaatshebben.

- Uit de wet van 28 januari 2003 blijkt dat de medische onderzoeken altijd functiespecifiek moeten zijn. Verder moet gewezen worden op de werkpostfiches die in 2009 gepubliceerd werden op de webstek van C. Hieruit blijkt dat alle functies in de haven veiligheidsfuncties zijn of functies met een verhoogde waakzaamheid. Alle werknemers in de haven zijn dus onderworpen aan functiespecifiek gezondheidstoezicht.

- De integrale en automatische uitsluiting van insulineafhankelijke diabetici uit de havensector gaat verder dan wat noodzakelijk is om het doel te bereiken dat wordt beoogd en is dus onevenredig en discriminerend.

- Uit het kwaliteitshandboek van de VZW blijkt dat insulineafhankelijke kandidaat-havenarbeiders zonder meer uitgesloten worden van eender welke functie aan de haven. Enkel diabetici die suikerverlagende tabletten innemen kunnen onder bepaalde voorwaarden medisch geschikt bevonden worden. Dit medisch criterium is discriminerend en daarom nietig.

- Bij de beoordeling moet niet enkel rekening gehouden worden met de Belgische positiefrechtelijke regelgeving, maar ook met de Europese regelgeving en

de rechtspraak, waarbij de hiërarchie van de rechtsnormen, zowel in een nationaalrechtelijk als internationaalrechtelijk perspectief, moet nageleefd worden.

2.2.1. directe discriminatie – bewijs

Artikel 4 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 bepaalt:

"Voor de toepassing van deze wet verstaat men onder:

1° arbeidsbetrekkingen: de betrekkingen die ondermeer omvatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden, en de ontslagregelingen, en dit:

- zowel in de openbare als in de private sector;
- zowel voor arbeid in loondienst, als voor onbetaalde arbeid, arbeid verricht in het kader van stageovereenkomsten, leerovereenkomsten, beroepsinlevingsovereenkomsten en startbaanovereenkomsten of arbeid als zelfstandige;
- voor alle niveaus van de beroepshiërarchie en voor alle activiteitstakken;
- ongeacht de statutaire of contractuele regeling van de persoon die arbeid verricht;
- niet uitzondering echter van de arbeidsverhoudingen die worden aangegaan met de in de artikelen 9 en 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bedoelde organen en instellingen en met uitzondering van de in artikel 127, § 1, 2°, van de Grondwet bedoelde arbeidsverhoudingen in het onderwijs;

(•)

6° direct onderscheid: 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 één van de beschermde criteria;

7° directe discriminatie: direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II

8° indirect onderscheid: de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen;

9° indirecte discriminatie: indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II;"

Artikel 28 § 1 van deze wet bevat de bewijsregels en luidt als volgt:

"Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§ 2. Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§ 3. Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of

2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt."

Rekening gehouden met voormelde regels moet D. aantonen dat er elementen zijn die aantonen dat er sprake is van directe of indirecte discriminatie.

Naar het oordeel van het arbeidshof wordt dit bewijs genoegzaam geleverd.

Uit de stukken van het dossier blijkt duidelijk dat D. niet voor de functie van havenarbeider-(container)markeerder werd weerhouden omdat zij lijdt aan "diabetes mellitus type 1".

Aldus wordt een direct onderscheid gemaakt op grond van een "handicap" of "een huidige of toekomstige gezondheidstoestand", zoals bedoeld in artikel 3 van de Antidiscriminatiewet.

De door de VZW gemaakte opmerking (conclusie van 2 mei 2011, blz. 14-15 randnummer 11) dat D. mogelijk omwille van een operatie aan de wervelkolom wegens discushernia ongeschikt werd bevonden is onjuist.

Uit het medisch dossier blijkt duidelijk dat D. voor de functie van markeerder definitief ongeschikt werd verklaard omwille van insulinedependente diabetes.

In de conclusie van de uitgevoerde onderzoeken werd trouwens uitdrukkelijk vermeld dat dit een uitsluitingscriterium is: "K-MA (med. del' OG: DM Type 1 = uitsluitingscriterium ook psychot. OG)" . (stuk 10 van de VZW)

D. heeft dus de elementen aangetoond die een discriminatie kunnen doen vermoeden.

De VZW en de FOD beroepen zich echter op het bestaan van rechtvaardigingsgronden.

Artikel 8 van de Antidiscriminatiewet bepaalt:

1. In afwijking van artikel 7, en onverminderd de overige bepalingen van deze titel, kan een direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap in de in artikel 5, § 1, 4°, 5° en 7°, bedoelde aangelegenheden uitsluitend gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

§ 2. Van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan slechts sprake zijn wanneer :

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is, en;

- het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.

§ 3. De rechter onderzoekt in elk concreet geval of een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalend beroepsvereiste vormt.
(...)"

In het raam van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden is het van belang uit te maken of "diabetes mellitus type 1" of insulineafhankelijke diabetes moet ondergebracht worden onder het beschermingscriterium "handicap" dan wel onder dat van "huidige of toekomstige gezondheidstoestand".

De wet van 10 mei 2007 is de omzetting in België van de richtlijn 2000/78 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

Bij de interpretatie van begrippen die aan beide normerende teksten gemeenschappelijk zijn, moet bijgevolg rekening gehouden worden met de hiërarchie van de rechtsnormen en de eventuele interpretatie die eraan gegeven werd door rechterlijke instanties.

Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie geldt de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het met die richtlijn beoogde resultaat te bereiken, alsook hun verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties van de lidstaten, en dus binnen het kader van hun bevoegdheden ook voor de rechterlijke instanties. (HvJ 3 november 1990, Marleasing, C-106/89, Jur. 1990, 1(4135) 4146, r.o. 8; HvJ 26 sept. 1996, C-168/95, Jur. 1996, 1(4719) 4730, r.o. 41; Cass. 24 januari 2003, C.00.0483.N, www.juridat.be, op datum)

Daaruit volgt dat de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht dit zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn om het hiermee beoogde resultaat te bereiken. (Cass. 28 september 2001, C.00.0066.F, www.juridat.be, op datum)

In zijn arrest van 11 juli 2006 overwoog het Hof van Justitie het volgende:

Het begrip „handicap"

39 Het begrip „handicap" wordt niet omschreven door richtlijn 2000/78 zelf. De richtlijn verwijst voor een definitie van dit begrip evenmin naar het recht van de lidstaten.

40 De eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht alsook het gelijkheidsbeginsel vereisen evenwel dat de termen van een bepaling van gemeenschapsrecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Gemeenschap autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling (zie met name arresten van 18 januari 1984, Ekro, 327/82, Jurispr. blz. 107, punt 11, en 9 maart 2006, Commissie/Spanje, C-, 323/03, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 32).

41 Richtlijn 2000/78 heeft volgens artikel 1 ervan tot doel, met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op de in die bepaling genoemde gronden, waaronder de handicap.

42 Gelet op dit doel dient het begrip „handicap" in de zin van richtlijn 2000/78 overeenkomstig de in punt 40 van dit arrest genoemde regel autonoom en uniform te worden uitgelegd.

43 Richtlijn 2000/78 beoogt bepaalde soorten discriminatie op het gebied van arbeid en beroep te bestrijden. In deze context dient het begrip „handicap" te worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert.

44 Door het gebruik van het begrip „handicap" in artikel 1 van de richtlijn heeft de wetgever bewust gekozen voor een term die verschilt van de term „ziekte". Een eenvoudige gelijkstelling van de twee begrippen is dus uitgesloten.

45 Volgens de zestiende overweging van richtlijn 2000/78 vervullen „maatregelen gericht op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van personen met een handicap [-] bij de bestrijding van discriminatie op grond van een handicap een belangrijke rol". Het belang dat de gemeenschapswetgever hecht aan maatregelen ter aanpassing van de werkplek aan de handicap, toont aan dat hij gevallen op het oog had waarin de deelneming aan het beroepsleven gedurende een lange periode wordt belemmerd. Een beperking kan dus slechts als een „handicap" worden opgevat indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is. (...)" (Hvj, zaak C-13/05, Pb.C. 224/9)

In het licht van deze interpretatie van het begrip "handicap" aanvaardt het arbeidshof dat D. door haar aandoening van diabetes mellitus type 1 behept is met een beperking die het gevolg is van een lichamelijke aandoening, die de deelname aan het beroepsleven belemmert en bovendien van langere duur is.

Die aandoening moet in de zin van de Antidiscriminatiewet dan ook beschouwd worden als een "handicap"

Omdat de aangevoerde discriminatie betrekking heeft op de arbeidsbetrekkingen, kan in toepassing van artikel 8 van de Antidiscriminatiewet een discriminatie op grond van handicap enkel gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

Het begrip "wezenlijke en bepalende beroepsvereisten" is echter een open norm. Het komt de rechter toe om na te gaan of een direct onderscheid op een beschermd criterium gerechtvaardigd wordt door de uitzondering van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

Wezenlijk en bepalend slaat op ofwel de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit ofwel de context waarin de betrokken specifieke beroepsactiviteit wordt uitgeoefend. (artikel 8 §2, eerste gedachtestreepje van de Antidiscriminatiewet).

De vereisten moeten bijgevolg afgestemd zijn op de concrete activiteiten die door een werknemer zullen worden verricht. Zij moeten legitiem zijn (bijvoorbeeld omwille van de veiligheid van derden) en evenredig ten aanzien van het nagestreefde doel.

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp werd het volgende gesteld: "(...) De regel van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten dient als uitzonderingsregel zorgvuldig te worden gehanteerd en mag alleen gebruikt worden

voor die beroepsvereisten die strikt noodzakelijk zijn om de activiteiten in kwestie uit te oefenen. Het voorontwerp vereist - in lijn met de Europese richtlijnen - dat het moet gaan om specifieke beroepsactiviteiten. Dit betekent dat de noodzaak tot het stellen van het vereiste steeds afhankelijk dient te zijn van de concrete activiteiten die door een (aan te werven) werknemer zullen worden verricht. Als het gevraagde criterium voor een bepaalde categorie van werknemers in sommige gevallen noodzakelijk is en in sommige gevallen niet, kan het criterium niet per definitie opgelegd worden aan de volledige categorie van werknemers. (...)" (Memorie van toelichting, Parl. St., 2006-2007, nr. 2722/001, p. 48-49)

In de overweging nr. 23 die de richtlijn 2007/78 voorafgaat wordt het volgende gesteld:

'(23) In een zeer beperkt aantal omstandigheden kan een verschil in behandeling gerechtvaardigd zijn wanneer een met godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid verband houdend kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste daaraan evenredig is; in de informatie die de lidstaten aan de Commissie verstrekken, moet aangegeven worden welke omstandigheden het betreft."

De VZW verwijst naar de bepalingen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid.

Volgens deze wet is havenarbeid exclusief voorbehouden aan erkende havenarbeiders. De erkenning als havenarbeider is dus een *conditio sine qua non* voor het afsluiten van een arbeidsovereenkomst. Deze erkenning is een administratieve handeling. Een en ander wordt verder uitgewerkt in het KB van 5 juli 2004.

De VZW voert aan dat artikel 4 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid, inhoudt dat een werknemer, voor het verkrijgen van de erkenning, medisch geschikt moet worden bevonden voor havenarbeid.

Artikel 4 van dat KB vereist volgens de VZW dat de arbeidsgeschiktheid moet beoordeeld worden op het niveau van de havenarbeid in het algemeen.

Er kan maar sprake zijn van medische geschiktheid wanneer de kandidaat-havenarbeider medisch geschikt is om gelijk welke functie in de haven uit te oefenen. Een medisch onderzoek voor één bepaalde functie of één bepaalde werkpost zou op dit niveau niet mogelijk zijn, omdat men vooraf niet weet met welke werkgever de kandidaat-havenarbeider uiteindelijk een arbeidsovereenkomst zal sluiten.

Verder wijst de VZW er op dat er na de erkenning als havenarbeider en vóór de indiensttreding bij de werkgever nog een tweede, functiespecifiek, onderzoek plaats vindt in het kader van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, hierna kortweg de Welzijnswet genoemd, en het koninklijk besluit betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers van 28 mei 2003 dat in uitvoering hiervan werd genomen.

De VZW stelt echter dat, gelet op het gegeven dat het onderzoek in het kader van de wet van 4 augustus 1972 betreffende de havenarbeid als criterium heeft het vervullen van om het even welke functie in de haven, dit onderzoek tegelijkertijd geldt als onderzoek in het kader van de bepalingen van de Welzijnswet, zodat er voor het tweede onderzoek een vrijstelling geldt, zij het voor een beperkte periode.

De VZW brengt ten slotte in herinnering dat het medisch onderzoek dat in huidige procedure het voorwerp van betwisting uitmaakt, kaderde in de uitvoering van de Havenwet en dus gericht was op om het even welke functie in de haven.

Het arbeidshof is echter van oordeel dat de door de VZW aangehaalde overwegingen betreffende de Havenwet en het KB van 2004, en in het bijzonder de invulling die zij geeft aan het artikel 4 van dat KB, strijdig is met de bepalingen van zowel de Antidiscriminatiewet als met die van de richtlijn 2000/78/EG.

In tegenstelling tot wat de laatst vermelde normen voorschrijven handelt de VZW bij de medische beoordeling niet functiespecifiek, en houdt zij geen rekening met de concrete taken die uiteindelijk uitgeoefend zullen worden.

Het is nuttig de hoger aangehaalde passage van de voorbereidende werken nogmaals in herinnering te brengen:

"(...) Dit betekent dat de noodzaak tot het stellen van het vereiste steeds afhankelijk dient te zijn van de concrete activiteiten die door een (aan te werven) werknemer zullen worden verricht. Als het gevraagde criterium voor een bepaalde categorie van werknemers in sommige gevallen noodzakelijk is en in sommige gevallen niet, kan het criterium niet per definitie opgelegd worden aan de volledige categorie van werknemers. (...)"

De VZW vertrekt van de criteria die gehanteerd moeten worden voor het type van functies waarvoor aan de strengste eisen moet worden voldaan.

Eens hieraan voldaan is, is men automatisch geschikt voor het uitoefenen van functies waarvoor de eisen minder hoog liggen, dus voor om het even welke functie. Dit is duidelijk niet functiespecifiek, integendeel.

De VZW voert echter aan dat op het ogenblik dat het onderzoek wordt uitgevoerd zij niet weet welke functie de kandidaat-havenarbeider zal vervullen, zodat het onmogelijk is een functiespecifiek onderzoek uit te voeren.

De VZW verliest daarbij echter uit het oog dat er een perfecte wets- en richtlijnconforme interpretatie voorhanden is voor de door artikel 4 van het KB van 2004 gestelde vereiste, namelijk het hanteren van criteria die gemeen zijn aan alle functies, in het bijzonder de minimumvereisten aan welke moet voldaan worden voor alle functies.

Het eerste medisch onderzoek dat plaats heeft in het kader van de wet van 1972 gebeurt dan op grond van elementen die gemeen zijn aan alle functies in de haven. Dit zou functiegericht zijn om de eenvoudige reden dat deze maatstaf gemeen is aan alle functies.

Het tweede medisch onderzoek, dat nu ook al bestaat en dat kadert in de Welzijnswet en haar uitvoeringsbesluiten, zou dan functiespecifiek zijn in die zin dat het betrekking heeft op de concrete functie waarvoor de havenarbeider bij een bepaalde werkgever solliciteert.

Ook de flexibiliteit komt niet in het gedrang. In haar syntheseconclusie (blz. 20) geeft de VZW zelf aan dat het medisch onderzoek in het kader van de Havenwet slechts gedurende een korte tijd effect heeft (in principe één jaar) ten aanzien van de bepalingen van de Welzijnswet.

In het kader van de flexibiliteit betekent dit dus dat de werknemer na dat jaar in ieder geval de functiespecifieke onderzoeken van de Welzijnswet moet ondergaan.

Het is naar het oordeel van het arbeidshof dan ook duidelijk dat de criteria die door de VZW gehanteerd worden in het kwaliteitshandboek en die als norm de hoogste functievereisten voorop stellen, strijdig zijn met de bepalingen van de Antidiscriminatiewet en de richtlijn 2000/78/EG omdat die niet functiespecifiek zijn zoals vereist door deze normen.

Verder moet worden onderzocht of het door de VZW gehanteerde criterium diabetes mellitus type 1, in het kader van een functiespecifiek onderzoek voor containermarkeerder, een wezenlijke of bepalende beroepsvereiste kan zijn, waardoor de discriminatie gerechtvaardigd is.

De bewijslast desbetreffend rust op de VZW.

Het gehanteerde criterium moet rekening houden met de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin de betrokken specifieke beroepsactiviteit wordt uitgeoefend.

Verder moet het criterium een legitiem doel nastreven en proportioneel zijn ten aanzien van het nagestreefde doel.

De gehanteerde criteria hebben een legitiem doel: namelijk het nastreven van de arbeidsveiligheid, de veiligheid van de betrokkene en van derden.

Vervolgens rijst de vraag of het bewezen is dat het gehanteerde criterium in verband staat met de aard of de context van de beroepsactiviteit.

De VZW voert aan dat aan het beroep van containermarkeerder risico's verbonden zijn die eigen zijn aan de functie, zoals werken op hoogten, op schepen, enz., en dat de functie van containermarkeerder er één is met een verhoogde waakzaamheid.

Dit wordt door partijen overigens niet betwist.

De VZW sluit iedere kandidaat-werknemer met diabetes mellitus type 1 uit van de activiteit van containermarkeerder en voert daar ter rechtvaardiging voor aan dat het risico op bewustzijnsverlies een onaanvaardbaar veiligheidsrisico zou inhouden.

Uit geen enkel gegeven blijkt nochtans dat het risico voor bewustzijnsverlies altijd even hoog is en dat er geen gradaties voorhanden zouden zijn.

Meer bepaald wordt geen afdoende verklaring gegeven voor het ontbreken van het onderscheid dat wel voorhanden is in de categorie van diabetespatiënten waarvan de therapeutische dosis geen hypoglycemiaanval kan veroorzaken. Voor die patiënten is een verklaring van geschiktheid afhankelijk van voorwaarden, zoals het vrij zijn van verwickelingen, het hebben van een stabiele diabetes, het onder geneeskundig toezicht staan, het blijk geven van strikte therapietrouw, enz.

Tot staving van het gerechtvaardigd karakter van het gemaakte onderscheid verwijst de VZW naar de regelgeving betreffende de kandidaat-zeevarenden, namelijk het KB van 24 mei 2006, genomen ter uitvoering van de richtlijn 2001/25/EG, volgens dewelke insulineafhankelijke diabetes een reden is voor het opstellen van een verklaring van medische ongeschiktheid.

Samen met D. stelt het arbeidshof vast dat de richtlijn aan de lidstaten de zorg overliet voor het vaststellen van de medische criteria en dat de regelgeving van de diverse lidstaten niet eenduidig is.

Er kan dan ook niet gesteund worden op deze normering als afdoende element voor een sluitende bewijsvoering.

Ook de studie van de Royal Infirmary of Scotland waarnaar verwezen wordt levert dit bewijs niet.

Wat de Europese regelgeving betreft kan echter, maar dan in de andere zin, verwezen worden naar de meer recente richtlijn 2009/113/EG tot wijziging van richtlijn 2006/126/EG betreffende het rijbewijs.

Deze richtlijn heeft aanleiding gegeven tot de wijzigingen in het KB van 23 maart 1998.

Uit een bijlage bij dit KB blijkt duidelijk de aandoening diabetes type 1 niet automatisch uitsluiting van het rijbewijs tot gevolg heeft, ook niet voor de rijbewijzen type C, CE, CI, CIE, D, DE, DI en DIE. (artikel N.6 MINIMUMNORMEN EN ATTESTEN INZAKE DE LICHAMELIJKE EN GEESTELIJKE GESCHIKTHEID VOOR HET BESTUREN VAN EEN MOTORVOERTUIG, II. 7. Diabetes mellitus)

Het is bijgevolg duidelijk dat in regelgeving die zich richt op een activiteit die zeker ook niet zonder gevaren is, namelijk zwaar transport en personenvervoer, wel degelijk een onderscheid wordt doorgevoerd bij personen die lijden aan diabetes type 1.

Zo kan de kandidaat rijgeschikt verklaard worden wanneer hij stabiele diabetes heeft, voldoende inzicht heeft in zijn aandoening, het risico op hypoglycemie kent en de symptomen ervan herkent, blijk geeft van strikte therapietrouw, een diabeteseducatie heeft gevolgd en onder geregeld geneeskundig toezicht staat.

De VZW laat echter na aan te tonen waarom dit onderscheid niet van toepassing kan zijn voor de functie van (container)markeerder.

De VZW faalt dan ook in de op haar rustende bewijslast aan te tonen dat een specifiek functiegericht onderzoek naar arbeidsgeschiktheid van een kandidaat

containermarkeerder die lijdt aan diabetes mellitus type 1 niet nodig is, zoals bijvoorbeeld het onderzoek naar de vraag of de kandidaat voldoende inzicht heeft in zijn aandoening, het risico op hypoglycemie kent en de symptomen ervan herkent, blijkt geeft van strikte therapietrouw, een diabeteseducatie heeft gevolgd en onder geregeld geneeskundig toezicht staat.

Tegelijkertijd is dus niet voldaan aan de evenredigheidstoets.

Uit het voorgaande blijkt dat de VZW heeft gehandeld in strijd met de Antidiscriminatiewet en de richtlijn 2000/78/EG.

De overige door partijen aangevoerde feiten en middelen doen naar het oordeel van het arbeidshof aan voorgaande overwegingen besluitvorming geen afbreuk.

2.3. de vorderingen

2.3.1. de gehoudenheid van de FOD en de VZW – vrijwaring

D. vordert de betaling van een schadevergoeding gelijk aan zes maanden loon ten laste van zowel de VZW als ten laste van de FOD, waarbij zij de solidaire veroordeling dan wel een veroordeling in solidum vraagt.

Zoals hiervoor sub 2.2.1. werd beslist staat de fout vanwege de VZW vast, zodat dit geen verdere toelichting vereist.

Voor wat de vordering ingesteld ten laste van de FOD betreft, oordeelt het arbeidshof als volgt.

De FOD heeft namens de Administratieve Commissie in een individuele beslissing van 24 april 2008 aan D. het volgende meegedeeld: 'Betreft: Vraag tot erkenning in toepassing van het Koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid (Belgisch Staatsblad 04/08/2004).

Mevrouw, Mijnheer,

Uw verzoek tot erkenning als havenarbeider (container markeerder) van 17 maart 2008 werd onderzocht door de Administratieve Commissie.

De Administratieve Commissie heeft in zitting van 24 april 2008 beslist dat uw kandidatuur niet in aanmerking komt wegens het feit dat u door de arbeidsgeneeskundige dienst definitief medisch ongeschikt verklaard bent voor havenarbeid en niet geslaagd bent in de psychotechnische proeven.

Namens de Administratieve Commissie" (stuk 7 van D.)

Deze beslissing is volgens artikel 3, tweede lid, van de Havenwet (wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid) een individuele bestuurshandeling waartegen beroep mogelijk is.

Wanneer de FOD zulk een beslissing van de Administratieve Commissie, genomen in uitvoering van het KB van 5 juli 2004, aan de aanvrager ter kennis brengt, oefent hij een doelgebonden bevoegdheid uit die zich beperkt tot de loutere kennisgeving van een individuele beslissing genomen door de Administratieve Commissie.

Uit artikel 4 §4 van voormeld KB blijkt immers dat de aanvragen tot erkenning worden ingediend en behandeld door de Administratieve Commissie.

De FOD kan niet rechtstreeks ingrijpen in de door de Administratieve Commissie genomen beslissingen, ook niet wanneer die zouden steunen op discriminerende gronden.

Er kan aan de FOD dan ook geen fout ten laste worden gelegd waardoor hij mede gehouden zou kunnen zijn voor de door D. gevorderde vergoedingen.

Meer bepaald kan de FOD in die omstandigheden niet beschouwd worden als "de persoon die het discriminatieverbod geschonden heeft", zoals bedoeld in artikel 18 §1, tweede lid, van de Antidiscriminatiewet.

Nu geen fout in hoofde van de FOD voorhanden is, is de in ondergeschikte orde door de FOD ten laste van de VZW ingestelde eis in vrijwaring dan ook zonder voorwerp.

Op haar beurt vordert de VZW in ondergeschikte orde (wanneer het arbeidshof van oordeel zou zijn dat de VZW de arbeidsgeschiktheid van D. had moeten beoordelen op basis van de specifieke functie van markeerder) dat de FOD haar zou vrijwaren voor de schade die zij zou lijden als gevolg van de niet correcte omzetting van richtlijn 2000/78/EG binnen de context van de havenarbeid.

De VZW gaat echter voorbij aan het feit dat de beslissing waarbij D. ongeschikt werd verklaard steunt op de discriminerende criteria van het binnen haar diensten gebruikte "kwaliteitshandboek" op het welk de arbeidsgeneesheer, en vervolgens de Administratieve Commissie, zijn beslissing heeft gesteund.

De FOD moet de VZW dus niet vrijwaren, nu de VZW de enige persoon is die het discriminatieverbod heeft geschonden.

2.3.2. de nietigheidssanctie

D. vordert:

- de nietigheid uit te spreken van de medische criteria die door eerste en tweede geïntimeerde worden gehanteerd in het zogenaamde "kwaliteitshandboek", meer bepaald minstens de medische criteria, aangaande de endocriene-, voedings- en stofwisselingsziekten op pagina 32 van dat handboek, punt III, 3.2;
- de vernietiging van de beslissing van de arbeidsgeneesheer van de VZW van 7 april 2008 waarbij zij medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;
- de vernietiging van de beslissing van de Administratieve Commissie van 24 april 2008, waarbij haar erkenningsaanvraag werd verworpen.

Volgens artikel 15 van de Antidiscriminatiewet zijn de bepalingen die strijdig zijn met deze wet, alsook de bedingen die bepalen dat een of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door deze wet gewaarborgd worden,

Volgens artikel 4, 3° van de Antidiscriminatiewet wordt onder "bepalingen" verstaan: "de bestuursrechtelijke bepalingen, de bepalingen opgenomen in individuele of collectieve overeenkomsten en collectieve reglementen, evenals de bepalingen opgenomen in eenzijdig uitgevaardigde documenten".

Het arbeidshof is van mening dat de bepalingen waarvan D. en het Centrum de nietigverklaring vorderen, en die hierna in de beschikkingen van dit arrest worden vernoemd, nietig moeten verklaard worden omdat ze strijdig zijn met de Antidiscriminatiewet.

2.3.3. de schadevergoeding

D. vordert op grond van artikel 18, §2, 2° van de wet van 2007 een forfaitair bedrag van 17.446,80 EUR als morele en materiële schadevergoeding.

In ondergeschikte orde steunt zij haar vordering op de artikelen 1382 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 18 van de Antidiscriminatiewet bepaalt:

"§ 1. Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

§ 2. De in § 1 bedoelde forfaitaire schadevergoeding wordt als volgt bepaald:

10 met uitzondering van het hierna bedoelde geval, wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, bepaald op 650 euro; dat bedrag wordt verhoogd tot 1.300 euro indien de dader niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende

gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade;

2° indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning; wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie voorzien in artikel 15, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1°."

De VZW voert aan dat D. enkel aanspraak kan maken op een morele schadevergoeding zoals bedoeld in de laatste zin van artikel 18, §2, 2°, namelijk herstel door de nietigheidssanctie.

In tegenstelling tot wat de VZW voorhoudt leidt in deze zaak de nietigheidssanctie, zoals bedoeld in artikel 15 van de wet van 2007, niet tot het volledig herstel van de materiële schade, zodat de laatste zin van artikel 18 §2, 2° niet van toepassing is.

Bij het bepalen van de omvang van de verschuldigde vergoeding gaat D. echter voorbij aan het feit dat de beslissing van niet erkenning niet uitsluitend gesteund was op de gewraakte medische gronden.

Deze steunde immers ook op het feit dat D. niet geslaagd was in de psychotechnische proeven.

Het feit dat mevrouw D. niet geslaagd was in deze proeven wordt voor het eerst (en dan nog pas in graad van hoger beroep) betwist door de vrijwillig tussenkomende partij.

Uit het medische dossier blijkt echter duidelijk dat D. niet geslaagd was voor deze proeven.

D. heeft de administratieve beslissing van 24 april 2008 op dat vlak overigens ook nooit aangevochten.

De concrete resultaten en de redenen waarom zij niet geslaagd was zijn niet relevant, maar enkel het feit dat er ook nog een andere reden was dan de discriminerende.

Daar de beslissing ook op niet discriminerende gronden getroffen is moet de verschuldigde vergoeding bepaald worden op drie maanden bruto loon, zoals voorzien in artikel 18 § 2°, eerste zin van de Antidiscriminatiewet.

2.3.4. de kosten van het geding

D. vordert de betaling van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor beide aanleggen ten laste van de VZW en de FOD.

De FOD vordert de betaling van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor beide aanleggen ten laste van D..

In ondergeschikte orde, niet betrekking tot de vordering die ertoe strekt de VZW te veroordelen om de FOD te vrijwaren tegen elke veroordeling in hoofdsom intrest en kosten, vordert de FOD de betaling van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding ten laste van de VZW.

De VZW vordert D. te veroordelen tot betaling van 1.100,00 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en 1.200,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

In ondergeschikte orde, voor het geval het arbeidshof de Havenwet en het KB van 4 juli 2004 wegens strijdigheid met de richtlijn 2000/78/EG ter zijde zou schuiven, en de FOD haar moet vrijwaren, vordert de VZW de betaling van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding geraamd op 1.200,00 EUR.

Het arbeidshof oordeelt daarover als volgt.

Voor wat betreft de hoofdvordering van D. moet enkel de VZW beschouwd worden als de in het ongelijk gestelde partij.

Bijgevolg is de VZW gehouden om aan D. het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor beide aanleggen te betalen.

Voor wat betreft de vordering ingesteld door D. ten laste van de FOD is laatst genoemde de in het gelijk gestelde partij, zodat D. aan de FOD het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor beide aanleggen verschuldigd is en de kosten van de dagvaarding ten haren laste blijven.

Voor wat betreft de in ondergeschikte orde gestelde eis in vrijwaring ingesteld door de VZW ten laste van de FOD, is de VZW de in het ongelijk gestelde partij.

De FOD dient de VZW immers niet te vrijwaren omdat haar geen fout treft.

Er bestaat dan ook geen aanleiding toe om de FOD te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan de VZW.

Het Centrum vordert geen betaling van kosten en dus ook geen betaling van een rechtsplegingsvergoeding, maar beperkt zich ertoe te vorderen "de kosten als naar recht te verdelen".

BESLISSING

De voorschriften van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werden nageleefd.

Het arbeidshof heeft kennis genomen van het schriftelijk advies van het openbaar ministerie en de repliekconclusies.

Het arbeidshof verklaart het hoger beroep van D. en de eis in tussenkomst van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding ontvankelijk.

Het arbeidshof vernietigt het vonnis van 2 maart 2010 van de arbeidsrechtbank te Antwerpen.

Het arbeidshof verklaart de eis van D. en van het Centrum ontvankelijk en als volgt gegrond.

Het arbeidshof verklaart volgende bepalingen nietig:

- de medische criteria die door de VZW/C. worden gehanteerd, het zogenaamde "Kwaliteitshandboek" en meer bepaald de bepaling van de medische criteria aangaande de endocriene-, voedings- en stofwisselingsziekten op blz 32 van het "Kwaliteitshandboek", punt III 32.2; - de beslissing van de arbeidsgeneesheer van de VZW van 7 april 2008 waarbij D. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;
- de beslissing van de Administratieve Commissie van 24 april 2008 waarbij de erkenningsaanvraag van D. werd verworpen.

Het arbeidshof veroordeelt de VZW om aan D. een schadevergoeding te betalen van 8.723,40 EUR, vermeerderd met de vergoedende intrest gelijk aan de wettelijke rentevoet vanaf 14 april 2008.

Het arbeidshof verklaart de vordering in vrijwaring ingesteld door de VZW ten laste van de FOD ontvankelijk maar ongegrond.

Het arbeidshof verklaart de vordering in vrijwaring ingesteld door de FOD ten laste van de VZW zonder voorwerp.

De overige vorderingen van partijen zijn ongegrond.

Het arbeidshof veroordeelt de VZW om aan D. te betalen:

- 1.100,00 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg
- 1.210,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Het arbeidshof veroordeelt D. om aan de FOD te betalen:

- 1.100,00 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg
- 1.210,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Het arbeidshof veroordeelt de VZW, voor wat de eis in vrijwaring betreft, om aan de FOD te betalen:

- 1.100,00 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg
- 1.210,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Aldus gewezen door:

de heer J. GOEMANS, kamervoorzitter,
de heer K. MAGERMAN, raadsheer in sociale zaken als werkgever,
de heer L. LAUWERYSSEN, raadsheer in sociale zaken als werknemer- bediende,
bijgestaan door mevrouw W. HAES, griffier.

K. MAGERMAN

L. LAUWERYSSEN

W. HAES

J. GOEMANS

en uitgesproken door voormelde voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 21 november 2011

W. HAES

J. GOEMANS