

Kopie

art. 792 Ger. W.

Vrij van griffierecht - art. 280,2°  
W.Reg.



— Repertoriumnummer

Datum van uitspraak

16 oktober 2017

op

JGR

Rolnummer

2016/AA/528

# Arbeidshof Antwerpen

## Afdeling Antwerpen

Kamer 2

### Arrest

J.M., wonende te ..., ..,

Aanwezig ter zitting,  
met als raadsman mr. K.J., advocaat te ANTWERPEN, die pleit,

tegen;

1. C., met  
maatschappelijke zetel te ....., .., ingeschreven met KBO-nummer xxxx.xxx.xxx,

2. M. VZW, met maatschappelijke zetel te ..., .., ingeschreven met KBO-nummer xxxx.xxx.xxx,

Beiden met als raadsman mr. L.E., advocaat te BRUSSEL, voor wie pleit mr. B.F., advocaat te BRUSSEL,

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 15 juni 2010 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken toe.

## I. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Op 15 december 2008 dagvaardde mevrouw J.M. de CVBA C., hierna C. genoemd en de VZW M., later de VZW M., hierna de VZW genoemd en vorderde:

*"De vordering van mevrouw J.M. zoals hierboven omschreven ontvankelijk en gegronde horen verklaren.*

*Dienvolgens,*

*De nietigheid uit te spreken van de door C. CVBA (eerste gedaagde) genomen beslissing dd. 3 december 2007 tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische ongeschiktheid en dit op basis van artikel 15 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.*

*Eerste en tweede gedaagde, hoofdelijk en in solidum, de ene bij gebreke aan de andere te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan mevrouw J.M. momenteel voorlopig begroot op **ZESDUIZEND NEGENHONDERD ACHTENDERTIG EURO ZESENTACHTIG CENT (6.938.86 EUR) provisioneel vermeerderd met de intresten vanaf 3 december 2007 en de gerechtelijke intresten vanaf datum van dagvaarding.***

*Gedaagden solidair, minstens in solidum, minstens de ene bij gebreke aan de andere te veroordelen tot alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding conform artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek aan de zijde van verzoekster begroot op **900.00 EUR.***

*Het te wijzen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te horen verklaren, niettegenstaande elk rechtsmiddel en zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van kantonnement."*

Met conclusie van 17 augustus 2009 vorderde mevrouw J.M.:

*"De vordering van mevrouw J.M. ontvankelijk en gegrond te verklaren.*

*Dienvolgens:*

*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 M./C. worden 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 M. van november 2007 waarbij mevrouw J.M. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;*
- > en de beslissing van C. dd. 3 december 2007 waarbij deze laatste op basis van de medische ongeschiktheidsverklaring van M. de inschrijving van mevrouw J.M. op de lijst van de gelegenheidsarbeiders heeft stopgezet per 17 december 2007.*

*Dienvolgens C. en M., solidair en in solidum, de ene bij gebreke aan de andere, ieder voor het geheel, tot betaling aan haar van een forfaitaire morele schadevergoeding ten belope van **14.356,92 EUR** in hoofdsom, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf de medische ongeschiktheidsverklaring in november 2007 en de gerechtelijke intresten vanaf 15 december 2008, conform artikel 18 §2 2° van de Antidiscriminatiewet.*

*In ieder geval M. en C. te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van mevrouw J.M. begroot zoals hierna bepaald:*

- Rechtsplegingsvergoeding: 2.500,00 EUR*
- Kosten dagvaarding: 173,94 EUR*

*Tot slot vordert mevrouw J.M. dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad zou worden verklaard, zonder borgstelling en met uitsluiting van het recht op kantonnement."*

*Met conclusie van 21 september 2009 vorderden C. en de VZW M.: "De vordering van eiseres onontvankelijk te verklaren;*

- in subsidiaire orde, namelijk in de hypothese dat de Arbeidsrechtbank zou oordelen dat de vordering ontvankelijk zou zijn, quod non, de vordering ongegrond te verklaren;*
- De verweerster te veroordelen tot het betalen van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, in hoofde van verzoekster geraamd op 900 €."*

*Met vonnis van 15 juni 2010 beslisten de eerste rechters als volgt: "Verklaart de vordering ONTVANKELIJK, doch ONGEGROND.*

*Legt de kosten van het geding ten laste van mevrouw J.M..*

*Bepaalt de kosten aan de zijde van mevrouw J.M. op €173,94 dagvaardingskosten en €*

*2 500,00 rechtsplegingsvergoeding, doch deze laatste wordt herleid tot € 1 100,00 rechtsplegingsvergoeding en aan de zijde van verwerende partij op €900,00 rechtsplegingsvergoeding. "*

*Tegen dit vonnis tekende mevrouw J.M. op 14 maart 2011 hoger beroep aan.*

*C. en de VZW M. tekenden op hun beurt incidenteel hoger beroep aan.*

*De zaak werd ambtshalve weggelaten van de algemene rol en opnieuw ingeschreven op de algemene rol op 4 november 2016 onder het A.R. nummer 2016/AA/528.*

## II. EISEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 30 juni 2017 vordert mevrouw J.M.:

### **Aangaande het hoofdberoep**

*Het beroep van mevrouw J.M. ontvankelijk en gegrond te verklaren. Bijgevolg het bestreden vonnis teniet te doen; En, opnieuw rechtdoende:*

*Het bestaan vast te stellen van een daad van directe discriminatie door C. en M., van mevrouw J.M., die erin bestaat dat C. en M. mevrouw J.M. de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van haar handicap; Bijgevolg te verklaren voor recht dat C. en M. het discriminatieverbod artikel 14 van de Antidiscriminatiewet geschonden heeft; En bijgevolg,*

*Conform artikel 15 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie de (absolute) nietigheid uit te spreken/te bevestigen van volgende bepalingen: > de medische criteria die door M./C. worden 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. zoals reeds vastgesteld in de parallele zaak E. D. B.; > de beslissing van M. van november 2007 waarbij mevrouw J.M. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft; > en de beslissing van C. dd. 3 december 2007 waarbij deze laatste op basis van de medische ongeschiktheidsverklaring van M. de inschrijving van mevrouw J.M. op de lijst van de gelegheidsarbeiders heeft stopgezet per 17 december 2007.*

*Dienvolgens,*

***In hoofdorde*** C. en M., *solidair en in solidum, de ene bij gebreke aan de andere, ieder voor het geheel, tot betaling aan haar van een forfaitaire morele schadevergoeding ten belope van **14.356,92 EUR** in hoofdsom, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf de medische ongeschiktheidsverklaring in november 2007 en de gerechtelijke intresten vanaf 15 december 2008, conform artikel 18 §2 2° van de Antidiscriminatiewet.*

***Ondergeschikt***, *voor zover het hof zou oordelen dat mevrouw J.M. zich niet zou kunnen beroepen op artikel 18§2 2° van de Antidiscriminatiewet, op grond van artikel 1382 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek C. en M., solidair en in solidum, de ene bij gebreke aan de andere, ieder voor het geheel, tot betaling aan haar van een schadevergoeding ten belope van **14.356,92 EUR** in hoofdsom, vermeerderd met de vergoedende intresten vanaf 7 april 2008 en de gerechtelijke intresten vanaf 15 december 2008.*

### **Aangaande het incidenteel hoger beroep**

*Het incidenteel hoger beroep van C. en M. af te wijzen als zijnde manifest ongegrond en hen hiervan af te wijzen.*

*In ieder geval M. en C. te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding in hoofde van mevrouw J.M. begroot zoals hierna bepaald:*

*Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg C.: 3.000,00 EUR*

*Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg M.: 3.000,00 EUR*

*Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep C.: 3.000,00 EUR*

*Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep M.: 3.000,00 EUR*

*Dagvaarding: 173,94 EUR*

*TOTAAL = 12.173,94 EUR."*

Met conclusie van 16 augustus 2017 vorderen C. en M., voorheen M.:

*"Het incidenteel beroep gegrond te verklaren, en bijgevolg de oorspronkelijke vordering van*

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen - 2016/AA/528 - 16 oktober 2017 - p. 5  
mevrouw J.M. eiseres onontvankelijk te verklaren;

- *In subsidiaire orde, namelijk in de hypothese dat het Arbeidshof zou oordelen dat de vordering ontvankelijk zou zijn, quod non, het ingestelde hoofdberoep ongegrond te verklaren en bijgevolg het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen integraal te bevestigen.*
- *De verweerster te veroordelen tot het betalen van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, in hoofde van verzoekster geraamd op 1.440 €. In subsidiaire orde, indien het Arbeidshof te Antwerpen concludenten niet zou volgen, quod non, de door mevrouw J.M. geëiste rechtsplegingsvergoedingen te herleiden zoals uiteengezet in onderhavige conclusies. "*

### III. ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

### IV. TEN GRONDE

#### 1. De feiten

Op grond van artikel 1 van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid is het uitvoeren van havenarbeid exclusief voorbehouden aan erkende havenarbeiders. Bij wijze van uitzondering op deze regel laat artikel 6 van het KB van 5 juli 2004 betreffende de erkenning als havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid toe dat, wanneer de VDAB vaststelt dat het aantal beschikbare erkende havenarbeiders onvoldoende is om alle taken te laten uitvoeren, werknemers die niet over een erkenning als havenarbeider beschikken als gelegenheidsarbeiders tewerkgesteld worden in het kader van een arbeidsovereenkomst voor 1 dag.

Overeenkomstig de artikelen 6 en 4 § 1 van voormeld KB van 5 juli 2004 moeten deze gelegenheidsarbeiders aan volgende voorwaarden voldoen:

1. *van goed gedrag en zeden zijn;*
2. *door de arbeidsgeneeskundige dienst medisch geschikt verklaard zijn voor havenarbeid;*
3. *minimum 18 jaar zijn;*
4. *voldoende professionele taalkennis bezitten om alle bevelen en onderrichtingen in verband met het uit te voeren werk te kunnen verstaan;*

In de periode oktober en november 2007 was het aantal beschikbare erkende havenarbeiders onvoldoende voor het uitvoeren van alle havenarbeid en in die periode, meer bepaald tussen 20 oktober 2007 en 1 december 2007, is mevrouw J.M. in totaal 14 dagen als gelegenheidsarbeider tewerkgesteld geweest in de haven van Antwerpen in de functie van containermarkeerder.

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 tot het algemeen contingent van de haven van Antwerpen.

Mevrouw J.M. had in oktober 2007 een opleiding als containermarkeerder gevolgd en werd vervolgens na 1 dag tewerkstelling voorlopig als gelegenheidsarbeider ingeschreven bij de loonadministratie van de afdeling Haven van de CVBA C..

In de week van 26 november 2007 werd mevrouw J.M. aan een medisch onderzoek onderworpen door de VZW M., die binnen de haven van Antwerpen de functie van externe dienst voor preventie en bescherming op het werk uitoefent en o.a. belast is met medisch toezicht binnen de haven.

Het staat in feite niet ter discussie dat mevrouw J.M. tijdens dit medisch onderzoek door de arbeidsgeneesheer medisch ongeschikt werd bevonden voor havenarbeid, omdat zij lijdt aan diabetes mellitus type 1.

Met een brief van 3 december 2007 werd mevrouw J.M. door de CVBA C. in kennis gesteld van de beslissing dat haar inschrijving als gelegenheidsarbeiders zou worden stopgezet vanaf 17 december 2007 en dit in volgende bewoordingen: "*Tewerkstelling als gelegenheidsarbeider*

*Zoals wij u reeds hebben medegedeeld moet een gelegenheidsarbeider voldoen aan de voorwaarden van artikel 4 §1,1 °,2°4<sup>o</sup> en 5° van het KB van 25 april 2007. Vermits u niet voldoet aan deze voorwaarden, melden wij u dat uw inschrijving als gelegenheidsarbeider wordt stopgezet vanaf 17 december 2007. ..."* (stuk 6 van mevrouw J.M.)

Mevrouw J.M. is van oordeel dat zij hierdoor ongelijk werd behandeld en gediscrimineerd op basis van haar gezondheidstoestand.

Op 15 december 2008 dagvaardde mevrouw J.M. de C. (C.) en de VZW M. (thans de VZW M.) en vorderde wat hiervoor sub I is weergegeven.

Met vonnis van 15 juni 2010 verklaarden de eerste rechters de eis van mevrouw J.M. ongegrond.

Tegen dat vonnis tekende mevrouw J.M. op 14 maart 2011 hoger beroep aan.

## **2. De beoordeling**

### **2.1. Verjaring**

Op goede gronden naar welke het arbeidshof verwijst en die hierbij als herhaald worden beschouwd, hebben de eerste rechters terecht geoordeeld dat de eis van mevrouw J.M. niet verjaard is, dat niet artikel 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is maar artikel 2262 bis van het Burgerlijk Wetboek.

Het incidenteel hoger beroep is op dit punt ongegrond.

### **2.2. Medisch beroepsgeheim**

Op goede gronden naar welke het arbeidshof verwijst en die hierbij als herhaald worden beschouwd, hebben de eerste rechters terecht geoordeeld dat de door geïntimeerden aangehaalde problematiek betreffende het beroepsgeheim niet relevant is voor de oplossing van dit geschil.

Geïntimeerden beperken zich in graad van hoger beroep tot het herhalen van hun middelen aangevoerd voor de eerste rechters, zonder op enigerlei wijze tegemoet te komen aan wat de eerste rechters daarover hebben beslist.

Het incidenteel hoger beroep is ook op dit punt ongegrond.

### **2.3. Discriminatie op grond van handicap**

De vorderingen van mevrouw J.M. 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 beroeps categorieën 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, specificceert 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, stelt per beroeps categorie vast dat de betrokken havenarbeider een medische proef moet ondergaan. Een havenarbeider heeft geen universele toegang tot alle beroeps categorieën. 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 beroeps categorie havenarbeider algemeen werk uitvoeren, noch functies die aan andere beroeps categorieën voorbehouden zijn, behalve bij officieel vastgesteld tekort bij deze beroeps categorieën."), is een uitzonderlijke situatie die aan voorwaarden onderworpen is. Er zal een nieuw medisch onderzoek en een opleiding moeten plaatshebben.
- Uit de Welzijnswet, het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op werknemers, en uit de Codex blijkt dat de medische onderzoeken altijd functiespecifiek moeten zijn.
- De integrale en automatische uitsluiting van insulineafhankelijke diabetici (diabetes mellitus type 1 of IADM) 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 kandidaathavenarbeiders 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, net zoals de beslissing van C. in de mate dat die zich voor haar beslissing om mevrouw J.M. definitief uit te sluiten om te werken als kandidaat (gelegenheids-)havenarbeider, daarop heeft gesteund.
- 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.

Geïntimeerden op hun beurt betwisten die stellingen op diverse gronden.

Het arbeidshof oordeelt hierover als volgt.

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;*
- *met 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 rechtcollege 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 mevrouw J.M. 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.

Geïntimeerden betwisten immers niet het door mevrouw J.M. aangevoerde feit dat zij omwille van het feit dat zij lijdt aan diabetes mellitus type 1 ongeschikt werd bevonden om als gelegenhedsarbeider de functie van containermarkeerder uit te oefenen.

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.

Mevrouw J.M. heeft dus de elementen aangetoond die een discriminatie kunnen doen vermoeden.

Geïntimeerden 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/EG 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 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, *Jur.* 1990,1 (4135) 4146, r.o. 8; HvJ 26 sept. 1996, C-168/95, *Jur.* 1996, I (4719) 4730, r.o. 41; Cass. 24 januari 2003, C.00.0483.N, [www.juridat.be](http://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. 8 december 2016, F.14.0206.N., [www.juridat.be](http://www.juridat.be), op datum; Cass. 28 september 2001, C.00.0066.F, [www.iuridat.be](http://www.iuridat.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. 16.9.2006, p. 9)*

In zijn arrest van 11 april 2013 verfijnde het Hof van Justitie het begrip handicap en overwoog daarover het volgende:

*"Het begrip „handicap" in richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep moet aldus worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts als geneeslijke of ongeneeslijke ziekte gediagnosticeerde ziekte, wanneer die ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is. In dit verband moet worden opgemerkt dat het begrip „handicap" moet worden begrepen als een hinderpaal voor het uitoefenen van een beroepsactiviteit en niet als een onmogelijkheid om een dergelijke activiteit uit te oefenen. De gezondheidstoestand van een persoon met*

*een handicap die geschikt is om - zij het deeltijds - te werken, kan dus onder het begrip „handicap” vallen.”* (HvJ, zaak C-335/11, Pb. 1.6.2013, p.9)

In het licht van deze interpretatie van het begrip "handicap" aanvaardt het arbeidshof dat de gezondheidstoestand als gevolg van de ziekte, diabetes mellitus type 1, waarmee mevrouw J.M. behept is, langdurig is, en haar belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.

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, *Pari. Sr.*, 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.*"

Geïntimeerden verwijzen 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.

Geïntimeerden voeren 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 geïntimeerden 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 kandidaathavenarbeider uiteindelijk een arbeidsovereenkomst zal sluiten.

Verder wijzen geïntimeerden 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.

Geïntimeerden stellen 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.

Ten slotte brengen geïntimeerden 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 geïntimeerden 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, handelen geïntimeerden bij de medische beoordeling niet functiespecifiek, en houden 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*

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen - 2016/AA/528 - 16 oktober 2017 - p. 22  
*sommige gevallen noodzakelijk is en in sommige gevallen niet, kan het criterium niet per definitie opgelegd worden aan de volledige categorie van werknemers. (...)"*

Geïntimeerden vertrekken 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.

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

Zij verliezen 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 syntheseconclusie geven geïntimeerden 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 geïntimeerden 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 geïntimeerden 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 geïntimeerden.

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.

Geïntimeerden voeren 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.

Geïntimeerden sluiten iedere kandidaat-werknemer met diabetes mellitus type 1 uit van de activiteit van containermarkeerder en voeren 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 hypoglycemieaanval 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 blijf geven van strikte therapietrouw, enz.

Tot staving van het gerechtvaardigd karakter van het gemaakte onderscheid verwijzen geïntimeerden 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 Mevrouw J.M. 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, C1E, D, DE, DI en DIE. (artikel N.6 MINIMUMNORMEN EN ATTESTEN INZAKE DE LICHAAMELIJKE 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, blijkt geeft van strikte therapietrouw, een diabeteseducatie heeft gevolgd en onder geregeld geneeskundig toezicht staat.

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

Geïntimeerden falen dan ook in de op hen 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 hypoglycémie 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 geïntimeerden hebben gehandeld in strijd met de Antidiscriminatiewet en de richtlijn 2000/78/EG.

#### **2.4. De vorderingen 2.4.1.**

##### **Nietigheidssanctie**

Mevrouw J.M. vordert:

*"de (absolute) nietigheid uit te spreken/te bevestigen van volgende bepalingen:*

*> de medische criteria die door M./C. worden 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. zoals reeds vastgesteld in de parallele zaak E. D. B.;*

*> de beslissing van M. van november 2007 waarbij mevrouw J.M. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;*

*> en de beslissing van C. dd. 3 december 2007 waarbij deze laatste op basis van de medische ongeschiktheidsverklaring van M. de inschrijving van mevrouw J.M. op de lijst van de gelegheidsarbeiders heeft stopgezet per 17 december 2007."*

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, nietig.

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 mevrouw J.M. de nietigverklaring vordert, en die hierna in de beschikkingen van dit arrest worden vernoemd, nietig moeten verklaard worden omdat ze strijdig zijn met de Antidiscriminatiewet.

Dat er voor een externe preventiedienst geen enkele verplichting bestaat een zogenaamd "kwaliteitshandboek" op te maken, is volstrekt irrelevant en doet overigens geen afbreuk aan het feit dat de VZW het bestaan ervan erkent én het gebruik ervan.

#### 2.4.2. De schadevergoeding

Mevrouw J.M. vordert op grond van artikel 18, §2, 2° van de wet van 2007 een forfaitair bedrag van 14.356,92 euro 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:*

*1° met uitzondering van het hierna bedoelde geval, wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, bepaald op 650 euro; dat bedrag wordt verhoogd tot 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'."*

Het staat vast dat geïntimeerden een inbreuk hebben begaan op de bepalingen van de Antidiscriminatiewet.

Geïntimeerden betwisten dat mevrouw J.M. gerechtigd zou zijn op een forfaitaire schadevergoeding, nu het volgens hen niet uitgesloten is dat er ook nog andere medische gronden voorhanden zijn waardoor mevrouw J.M. niet geschikt werd bevonden om de erkenning van havenarbeider te krijgen.

Indien zulks het geval is moeten geïntimeerden dat evenwel bewijzen, wat zij nalaten te doen.

Een loutere eventualiteit volstaat niet als bewijs.

Verder voeren zij nog aan dat indien mevrouw J.M. ten onrechte arbeidsongeschikt werd verklaard op grond van haar diabetes, zulks nog niet betekent dat zij een loopbaan als havenarbeider had kunnen uitbouwen, nu zij ook zou moeten slagen voor de psychotechnische proeven.

Ook hier gaan geïntimeerden uit van veronderstellingen die door niets worden gestaafd of zelf maar waarschijnlijk worden gemaakt.

De door geïntimeerden aan mevrouw J.M. verschuldigde schadevergoeding is dan ook gelijk aan zes maanden brutoloon, hetzij 14.365,92 euro, waarvan de becijfering op zich niet wordt betwist.



## 2.5. Rechtsplegingsvergoeding

Mevrouw J.M. vordert van elk van de geïntimeerden de betaling van een rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg zowel als in hoger beroep.

Artikel 1017, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, tenzij bijzondere wetten anders bepalen, ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst, onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die het eventueel bekrachtigt.

Ingevolge artikel 1018, 6°, Gerechtelijk Wetboek omvatten de kosten de rechtsplegingsvergoeding, zoals bepaald in artikel 1022.

Artikel 1022, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de rechtsplegingsvergoeding een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het ongelijk gestelde partij.

Het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat (hierna: Tarief Rechtsplegingsvergoeding), bepaalt in artikel 1, tweede lid, dat de bedragen van de rechtsplegingsvergoeding vastgesteld worden per aanleg.

De in het ongelijk gestelde partij dient een rechtsplegingsvergoeding te betalen aan de in het gelijk gestelde partij indien tussen deze partijen een daadwerkelijke procesverhouding bestaat. Dit veronderstelt dat de ene partij een vordering in rechte instelt strekkende tot de veroordeling van de andere partij of tot het nemen van een rechterlijke beslissing tegen die partij. (Cass 9 mei 2015, *Arr.Cass.* 2015, 1421; Cass 30 juni 2016, *RAB6* 2016, 1309)

In deze heeft mevrouw J.M. terecht een vordering ingesteld ten laste van beide geïntimeerden, zodat wel degelijk een procesverhouding tussen mevrouw J.M. en beide geïntimeerden voorhanden is.

De vordering is ook gegrond ten laste van beide geïntimeerden.

Mevrouw J.M. is de in het gelijk gestelde partij en kan dan ook aanspraak maken op de betaling van een rechtsplegingsvergoeding ten laste van elk van de geïntimeerden.

Mevrouw J.M. vordert het maximumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding ten laste van geïntimeerden.

Het arbeidshof oordeelt daarover als volgt.

Krachtens artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek kan, op verzoek van een van de partijen, dat in voorkomend geval wordt gedaan na ondervraging door de rechter, deze bij een met bijzondere redenen omklede beslissing ofwel de vergoeding verminderen, ofwel die verhogen, zonder de door de Koning bepaalde maximum- en minimumbedragen te overschrijden. Bij zijn beoordeling houdt de rechter rekening met:

- de financiële draagkracht van de verliezende partij, om het bedrag van de vergoeding te verminderen; de complexiteit van de zaak;
- de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij;
- het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen - 2016/AA/528 - 16 oktober 2017 - p. 22  
Het arbeidshof is van mening dat, gelet op de complexiteit van de zaak, de veroordeling tot betaling van een hoger bedrag dan het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding gerechtvaardigd is.

Noch de omstandigheid dat het arbeidshof in een gelijkaardige zaak reeds uitspraak heeft gedaan, noch het feit dat in die zaak de betrokken gediscrimineerde werd bijgestaan door dezelfde advocaat, noch het feit dat mevrouw J.M. beroep heeft kunnen doen op de expertise van UNIA (voorheen Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding), zijn elementen die daarop invloed uitoefenen.

Het arbeidshof is echter van mening dat een bedrag van 2.000,00 euro per aanleg en per in het ongelijk gestelde partij volstaat.

## **BESLISSING**

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep ontvankelijk.

Vernietigt het vonnis van 15 juni 2010 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.

Oordeelt opnieuw en verklaart volgende bepalingen nietig:

- de medische criteria die door geïntimeerden worden gehanteerd, in het zogenaamde "Kwaliteitshandboek" en meer bepaald de bepaling van de medische criteria aangaande de endocriene-, voedings- en stofwisselingsziekten op blz. 32 van dat "Kwaliteitshandboek" punt III. 3.2.
- de beslissing van de VZW M., thans de VZW M., van november 2007 waarbij mevrouw J.M. op basis van voormelde criteria medisch ongeschikt werd verklaard omdat zij diabetes mellitus type 1 heeft;
- de beslissing van de CVBA C. (C.) van 3 december 2007 waarbij deze op basis van de medische ongeschiktheidsverklaring van de VZW M. de inschrijving van mevrouw J.M. op de lijst van de gelegenheidsarbeiders heeft stopgezet per 17 december 2007.

Veroordeelt geïntimeerden tot betaling van een schadevergoeding van 14.356,92 euro, vermeerderd met de vergoedende intresten aan het tarief van de wettelijke rentevoet vanaf het ogenblik van de medische arbeidsongeschiktheidsverklaring en met de gerechtelijke intresten vanaf 15 december 2008.

Veroordeelt de CVBA C. tot betaling mevrouw J.M. van: 2.000,00 euro  
rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank 2.000,00 euro  
rechtsplegingsvergoeding arbeidshof 86,97 euro kosten dagvaarding (50% van 173,94 euro)

Veroordeelt de VZW M. tot betaling aan mevrouw J.M. van: 2.000,00 euro  
rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank 2.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding  
arbeidshof 86,97 euro kosten dagvaarding (50% van 173,94 euro)

Aldus gewezen door:

Jan GOEMANS, kamervoorzitter,  
Koen LIPPENS, raadsheer in sociale zaken als werkgever,  
Herman LUYCKX, raadsheer in sociale zaken als werknemer - bediende,

en uitgesproken door de voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 16 oktober 2017 met bijstand van griffier Sandra VAN DEN EYNDE.