



Faculteit Rechtsgeleerdheid  
Instituut voor arbeidsrecht

# Overeenstemming tussen het arbeidsrecht en de Antidiscriminatiewetten

Studie in opdracht van het Centrum voor gelijkheid van kansen  
(DNR-2006/03)

Frank Hendrickx  
Anne Rahmé  
Othmar Vanachter

2008

## Inhoud

<b>De begrippen 'handicap' en 'gezondheid(stoestand)'</b>	<b>5</b>
INLEIDING	5
WETGEVING	6
Internationale wetgeving	6
Europese wetgeving	7
Belgische wetgeving	8
Vlaamse regelgeving	16
Vergelijking met het Verenigd Koninkrijk	25
Verenigde Staten	27
Nederland: De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte	28
<b>Redelijke aanpassingen voor gehandicapten op de arbeidsmarkt</b>	<b>30</b>
BEGRIIP AANPASSING	31
De Kaderrichtlijn van 27 november 2000	31
De Discriminatiewet van 25 februari 2003	32
De Discriminatiewet van 10 mei 2007	33
Het decreet van 8 mei 2002 houdende de evenredige participaties op de arbeidsmarkt.	34
Doelgroep redelijke aanpassingen	34
Soorten aanpassingen	34
Criteria voor de aanpassingen	37
BEGRIIP REDELIJKE AANPASSING	38
Criteria om de aanpassingen redelijk te maken	42
Procedure van het totstandkomen van een redelijke aanpassing	42
Verenigd Koninkrijk: <i>Disability Discrimination Act</i> 1995.	44
Nederland: De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte	44

<b>Verhouding van de discriminatiewet(ten) met arbeidsrechtelijke normen die onderscheid organiseren</b>	<b>48</b>
DE SITUATIE ONDER DE DISCRIMINATIEWET VAN 25 FEBRUARI 2003	48
DE DISCRIMINATIEWET VAN 10 MEI 2007	49
<b>Arbeidsongeschiktheid in het arbeidsrecht</b>	<b>51</b>
DEFINITIE VAN ARBEIDSONGESCHIKTHEID IN HET ARBEIDSRECHT	51
GEVOLGEN VAN DE ARBEIDSONGESCHIKTHEID OP HET VOORTBESTAAN VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST	52
DEFINITIEVE ARBEIDSONGESCHIKTHEID	56
AANBEVELINGEN	59
<b>Gezondheid bij werving en selectie</b>	<b>61</b>
INLEIDING	61
DE RECHTVAARDIGING VAN DE BEOORDELING VAN DE GEZONDHEID DOOR EEN WERKGEVER	61
Medische onderzoeken	62
In aanmerking nemen van gezondheidsgegevens	63
HET RECHT OP PRIVACY	63
Privacywet	64
CAO nr. 38 inzake werving en selectie	69
ARBEIDSGENEESKUNDE, DE WELZIJNSWET (4 AUGUSTUS 1996) EN HET KB GEZONDHEIDSTOEZICHT (28 MEI 2003)	70
Het KB Gezondheidstoezicht van 28 mei 2003	70
Werknemers die aan een gezondheidstoezicht kunnen worden onderworpen	71
De beoordeling van de geschiktheid van de werknemer in de arbeidsgeneeskunde	72
De appreciatieruimte van de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde	72
WET MEDISCHE ONDERZOEKEN (28 JANUARI 2003)	74
Doelstellingen van de wet	74
De toelaatbaarheid van medische onderzoeken	76
Andere bepalingen	78

ANTIDISCRIMINATIEWET VAN 10 MEI 2007	79
Een aantal begrippen	79
CONCLUSIES	83
Zijn vragen of onderzoeken naar de gezondheid van een werknemer of kandidaat- werknemer geoorloofd? En zo ja, onder welke voorwaarden?	83
Mag er met (informatie over) de gezondheid rekening worden gehouden bij een selectiebeslissing? En zo ja, welke juridische test geldt er ter zake?	84
Hoe verhoudt de Antidiscriminatiewet zich ten aanzien van andere juridische bepalingen in dit domein?	85
<b>De handhaving</b>	<b>87</b>
BURGERRECHTELIJKE BEPALINGEN	87
Nietigheid van tegenstrijdige bedingen en van clauses waarin wordt afgezien van de bescherming van de Discriminatiewet	87
Bescherming tegen represailles in de arbeidsverhoudingen	88
Een beschermingsvoorziening tegen represailles buiten de arbeidsverhouding	88
Een forfaitaire schadevergoeding	88
De stakingsvordering	90
De verdeling van de bewijslast	92
STRAFRECHTELIJKE BEPALINGEN	94

# DE BEGRIPPEN 'HANDICAP' EN 'GEZONDHEID(STOESTAND)'

## INLEIDING

Het woord 'handicap' werd voor het eerst gebruikt in Engeland rond 1653. Een gokspelletje, waarbij de inzet in een hand in een hoofddeksel werd verstopt, heette toen *hand-in-cap*.

Later werd het begrip handicap gebruikt in de Engelse paardenwedrennsfeer waar oudere en zwakkere dieren bij de start een voorsprong kregen door de beste paarden extra gewicht te laten meetorsen.

Vanaf de negentiende eeuw werd het begrip meer algemeen gebruikt om personen met minder fysieke of mentale mogelijkheden aan te duiden.<sup>1</sup>

Het taalgebruik dat in de samenleving wordt gehanteerd om een bepaalde groep te benoemen, toont aan in welke mate men respect heeft voor die bewuste groep.

Zo werden personen met een handicap vroeger nogal oneerbiedig gebrekkigen of verminkten<sup>2</sup> genoemd. Later kwam het begrip mindervalide<sup>3</sup> op de proppen, maar sommigen associëren dit met minderwaardig zijn en geven om die reden de voorkeur aan het begrip andersvalide.<sup>4</sup>

In wetgevende akten werd het begrip gehandicapte vervangen door de term 'personen met een handicap'.<sup>5</sup> Om een gelijke behandeling van gehandicapten te kunnen verzekeren verdienen zij in sommige gevallen bijzondere aandacht.

Gehandicapten zijn in sommige gevallen namelijk niet gelijk aan niet-gehandicapten en zoals het ongelijk behandelen van gelijken discriminatie oplevert, doet het gelijk behandelen van ongelijken dit ook.

De gelijkebehandelingsnorm brengt met andere woorden mee dat rekening moet worden gehouden met relevante verschillen in die zin dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate van hun ongelijkheid.

In sommige gevallen kan een differentiatie dus wel worden toegestaan, op voorwaarde dat hiervoor een rechtvaardiging bestaat.

Doch, het blijkt dat een classificatie van mensen naar geslacht of ras (volgens de heersende rechtspraak) vrijwel nooit toelaatbaar is, terwijl differentiatie vanwege leeftijd of handicap veel vaker gerechtvaardigd blijkt.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> K. GOOSSENS, "De non-discriminatie van andersvaliden", *Or.* 2005, 52; <http://www.snopes.com/language/offense/handicap.htm>, laatst geconsulteerd op 12 juli 2007.

<sup>2</sup> KB 2 februari 1961 houdende de coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de gebrekkigen en verminkten, *BS* 18 maart 1961.

<sup>3</sup> Een Vlaams voorstel van decreet van 23 oktober 1986 heeft het begrip mindervalide willen vervangen door de benaming 'gehandicapten'.

<sup>4</sup> Zoals de burgerrechtenorganisatie GRIP.

<sup>5</sup> Onder andere in het Vlaams decreet van 27 juni 1990 houdende de oprichting van een Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap, *BS* 8 augustus 1990.

<sup>6</sup> A.C. HENDRIKS, *Gehandicaptenrecht: een onderzoek naar de juridische aspecten van discriminatie van mensen met een handicap in Nederland*, 's-Gravenhage, SDU, 1999, 100.

## WETGEVING

### Internationale wetgeving

Dat de roep om gelijke kansen voor gehandicapten een vrij recent fenomeen is, blijkt uit de wetgeving, zowel op internationaal als op nationaal vlak.

In de verschillende normen vindt men handicap als discriminatiegrond aanvankelijk niet uitdrukkelijk terug.

Handicap dient veelal te worden ondergebracht onder de zogenaamde open-einde-criteria zoals 'andere status' of 'andere grond'.

Handicap wordt onder andere niet expliciet vermeld in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (U.V.R.M.) noch in het Internationaal Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (I.V.B.P.R.). Discriminatie op grond van handicap is verboden als discriminatie op grond van 'enige andere status'.

Krachtens artikel 2, eerste lid van het U.V.R.M.<sup>7</sup> en artikel 26 I.V.B.P.R. zijn onderscheid of discriminatie op grond van ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of fortuin, geboorte of enige andere status verboden. Aangezien handicap niet expliciet wordt vermeld als discriminatiegrond is discriminatie op grond van handicap verboden als discriminatie op grond van 'enige andere status'. Rechterlijke toetsing van artikel 2 U.V.R.M. lijkt echter niet evident aangezien wordt aangenomen dat deze bepaling slechts de status heeft van een aanbeveling. Van artikel 26 I.V.B.P.R. daarentegen wordt wel aangenomen dat deze rechtstreekse werking heeft voor wat betreft het genot van de sociale grondrechten.

Op Europees niveau treft men in artikel 14 van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (E.V.R.M.) eveneens een discriminatieverbod aan met betrekking tot de door het verdrag en de daarbij behorende protocollen gegarandeerde rechten. Ook hier treft men de discriminatiegrond 'handicap' niet aan, maar eindigt de bepaling weer met een zogenaamd open-einde-criterium.<sup>8</sup> Artikel 14 E.V.R.M. is overigens, in tegenstelling tot artikel 26 I.V.B.P.R. dat een zelfstandig recht belichaamt, een accessoire bepaling waardoor er op dit artikel slechts een beroep kan worden gedaan, zodra een ander materieel verdragsrecht in het geding is. Rechtstreekse werking van de E.V.R.M.-bepalingen wordt thans algemeen aanvaard.

Dat handicap in voormelde normen niet uitdrukkelijk staat vermeld maar slechts kan worden gebracht onder de verzamelnorm 'andere status of andere grond' heeft gevolgen in de praktijk. Rechters lijken bij de toetsing van deze normen namelijk een onderscheid te maken naargelang het benoemde dan wel het onbenoemde onderscheidingscriterium. In het eerste geval toetst de rechter doorgaans veel integraler, hetgeen voor de betrokkene een hoger beschermingsniveau betekent. Bij een vermeende discriminatie op een niet uitdrukkelijk vermelde grond, zoals

<sup>7</sup> Deze verbodsbepaling heeft enkel betrekking op de in de verklaring opgenomen rechten en vrijheden.

<sup>8</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse" in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 40.

handicap, zal de rechter veelal volstaan met een marginale toetsing en laat hij veel ruimte voor redelijkheidsoverwegingen.<sup>9</sup>

Ook in diverse I.L.O.-conventies en aanbevelingen waarin het gelijkheidsbeginsel uitwerking heeft gekregen, wordt naar het criterium handicap niet uitdrukkelijk verwezen.

## Europese wetgeving

Een uitzondering op voorgaande normen die het criterium handicap niet uitdrukkelijk vermelden vormt het *artikel 13 van het in 1997 in Amsterdam herziene E.G.-Verdrag*.

Dit artikel bepaalt dat de Raad van Ministers, binnen haar bevoegdheid, op voorstel van de Commissie en nadat het Europees Parlement is gehoord, met eenparigheid van stemmen kan besluiten om passende maatregelen te treffen om discriminatie op grond van geslacht, ras, etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, *handicap*, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.

Dit artikel heeft geen rechtstreekse werking maar verleent de Europese Unie de bevoegdheid terzake maatregelen te nemen.

Voor wat betreft het terrein van de werkgelegenheid werd uitvoering gegeven aan deze bepaling door de *Richtlijn van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep*.<sup>10</sup>

Overeenkomstig artikel 1 van de richtlijn bestaat haar doel erin met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, *handicap*, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de Lidstaten het beginsel van gelijke behandeling kan worden toegepast.

WADDINGTON en BELL<sup>11</sup> wijzen erop dat de nieuwe richtlijnen de bescherming tegen discriminatie van de verschillende minderheidsgroepen weliswaar op een substantieel hoger niveau brengen, maar dat een onderlinge hiërarchie tussen de verschillende discriminatiegronden blijft bestaan. Voortaan is ras de best beschermde discriminatiegrond, gevolgd door geslacht en nationaliteit, met aan de staart de in de kaderrichtlijn opgenomen gronden.

De omzetting van deze Kaderrichtlijn moest gebeuren vóór 2 december 2003.

Om de bepalingen met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd en handicap uit te voeren kon deze termijn evenwel, indien nodig, worden verlengd tot 2 december 2006.

Het begrip handicap wordt niet in de Europese Kaderrichtlijn gedefinieerd.

Ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000 bevat een bepaling betreffende handicap.

<sup>9</sup> A.G. HENDRIKS, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer, Kluwer, 1999, 212; K. VAN DEN LANGENBERGH, "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving" in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 149.

<sup>10</sup> Richtl. Raad E.G. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb. L.* 2 december 2000, afl. 303, 16, hierna Kaderrichtlijn.

<sup>11</sup> L. WADDINGTON en M. BELL, "More equal than others: Distinguishing European union Equality Directives", *C.M.L. Rev.* 2001, 610.

Artikel 21 § 1 van het Handvest bepaalt: "Elke discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politiek of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid is verboden."

Het Handvest bevat ook een bepaling met betrekking tot de integratie van personen met een handicap. Artikel 26 luidt als volgt: "de Unie erkent en eerbiedigt het recht van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun zelfstandigheid, hun maatschappelijke en beroepsintegratie en hun deelname aan het gemeenschapsleven te bewerkstelligen."

Veelal neemt men aan dat een kenmerk van discriminatie is, dat van de behandeling een benadeling uitgaat. Er is sprake van directe discriminatie wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander op grond van een verboden niet-relevant en doorgaans nauw met de persoon verbonden differentiatiecriteria (zoals handicap). Bij indirecte discriminatie daarentegen schuilt de ongelijkheid niet zozeer in de behandelingswijze, die in beginsel gelijk is, maar in de ongelijke effecten van zo'n behandelingswijze. De keuze van een ogenschijnlijk neutraal differentiatiecriteria kan immers resulteren in ongelijke uitkomsten. Bij indirecte discriminatie wordt er gebruik gemaakt van een niet-verboden onderscheidingscriterium dat niettemin onderscheid vanwege een verboden differentiatiecriteria tot gevolg heeft. De intentie van de betrokkene, met name of het al dan niet de bedoeling was te discrimineren doet niet ter zake.<sup>12</sup> Centraal bij de beoordeling van indirecte discriminatie staat de zogenaamde materiële gelijkheid, waarbij het erom gaat wat het effect van een bepaalde handelwijze in de praktijk is. Als het effect van formeel gelijke behandeling uitsluiting is, is er sprake van indirecte discriminatie.

## Belgische wetgeving

Tot 2003 beschikte België slechts over één regelgevende akte die een discriminatieverbod op grond van handicap en ziekte(verleden) bevatte.<sup>13</sup>

Het gaat om CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en de selectie van werknemers.<sup>14</sup>

De CAO werd reeds in 1983 gesloten en bevatte toen reeds enkele criteria op grond waarvan niet mocht worden gediscrimineerd.<sup>15</sup>

Het deel 'verplichtingen' van de CAO bevat onder meer artikel 2bis dat bepaalt dat "de aanwervende werkgever de sollicitanten niet op discriminerende wijze mag behandelen. De werkgever moet tijdens de procedure alle sollicitanten gelijk behandelen. Daarbij mag hij geen onderscheid maken op grond van persoonlijke elementen, wanneer deze geen verband houden met de functie of met de aard van de onderneming, behalve indien zulks wettelijk wordt vereist of toegelaten. Zo mag de werkgever in principe geen onderscheid maken op grond van andere ziekteverleden en handicap.

<sup>12</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et Marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Brussel, P.I.E.-Peter Lang, 2001, 93.

<sup>13</sup> Om volledig te zijn vermelden we ook nog de Wet 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen. Deze wet is echter nooit een succes geweest.

<sup>14</sup> CAO nr. 38, 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, BS 28 juli 1984, zoals gewijzigd door CAO nr. 38quater, 14 juli 1999 en algemeen verbindend verklaard bij KB 31 augustus 1999, BS 21 september 1999.

<sup>15</sup> Art. 2bis bevatte de gronden leeftijd, geslacht, burgerlijke stand, nationaliteit, politieke of levensovertuiging, lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie en ziekteverleden en sedert 1991 de gronden ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming.



De grond handicap werd echter pas in 1999<sup>16</sup> aan het lijstje met verboden criteria toegevoegd. Het begrip handicap wordt niet omschreven in deze CAO.

Bij de beoordeling van het onderscheid op grond van een persoonlijk element wordt het relevantiebeginsel gehanteerd: de werkgever mag geen onderscheid maken op grond van persoonlijke elementen, behalve wanneer deze verband houden met de functie of de aard van de onderneming. De persoonlijke elementen, zoals een handicap, mogen dus enkel in aanmerking komen in de mate dit relevant is voor de arbeidsrelatie.<sup>17</sup>

Bij de discriminatie op grond van handicap wordt het relevantiebeginsel sterk op de proef gesteld volgens Frank HENDRICKX. Het relevantiebeginsel geeft aan de werkgever een verdediging. Een mogelijke verdediging is dat de werkgever aantoont dat de reden van de voor de beweerdte ongeoorloofde handeling, of de beweerdte discriminatie, niet gelegen is in de handicap van de betrokkene, maar in zijn of haar algemene ongeschiktheid om de functie uit te oefenen. Men kan vermoeden dat deze verdediging hetzelfde resultaat zal hebben als het bewijs dat het principieel verboden onderscheid wel werd gemaakt, maar op verantwoorde wijze gelet op de relevantie van de functie.

De wetgever vraagt dat de sollicitant de rechter zou overtuigen dat hij of zij wel degelijk gekwalificeerd kan worden als hebbende een handicap, maar tegelijkertijd ook van het feit dat deze handicap niet van zulke aard is om hem of haar te beletten de functie in kwestie uit te oefenen. Als oplossing voor dit probleem zou men een strengere toepassing moeten maken van het relevantiebeginsel, waarbij de bewijslast naar de werkgever zou worden geschoven.<sup>18</sup> Dit vindt met in de CAO niet terug, in tegenstelling tot de Discriminatiewet. Aangezien de CAO niets bepaalt over de verdeling van de bewijslast zijn de algemene regels van toepassing, de bewijslast ligt bij de betrokkene die beweert slachtoffer te zijn van discriminatie.

Zelfs indien de gehandicapte sollicitant zou slagen in de zware bewijslast zal de uiteindelijke uitkomst voor hem zeer mager zijn. Sanctioneren van overtredingen van deze collectieve arbeidsovereenkomst ligt namelijk niet voor de hand. De CAO voorziet zelf geen sancties zodat men voor de beteugeling van overtredingen aangewezen is op andere rechtsnormen. Zo bepaalt artikel 56 van de CAO-wet onder meer dat de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers die zich schuldig hebben gemaakt aan een overtreding van een algemeen verbindend verklaarde overeenkomst gestraft kunnen worden met een gevangenisstraf en/of geldboete. Maar in de praktijk hecht men aan de toepassing van deze strafbepaling weinig belang.<sup>19</sup>

Wanneer we de Discriminatiewet (hierover later meer) vergelijken met de CAO nr. 38 dan stellen we vast dat deze veel ruimer is dan de CAO. Terwijl deze laatste enkel van toepassing is met betrekking tot de fase van de werving en de selectie in de private sector, is de Discriminatiewet ook van toepassing op de overheidssector, en dat niet alleen met betrekking tot de fase van de werving en de selectie, maar aangaande de ganse arbeidsverhouding. Er wordt expliciet voorzien in een recht voor gehandicapten tot redelijke aanpassingen, hetgeen in de CAO nr. 38 niet het geval is. Althans, het is niet expliciet voorzien. Ook introduceert de Discriminatiewet de verdeling van de bewijslast. Burgerrechtelijke en strafrechtelijke sancties zijn voorzien in de wet.

<sup>16</sup> Via CAO nr. 38<sup>quater</sup> van 14 juli 1999.

<sup>17</sup> S. DEMEESTERE en J. HOFKENS, *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Brussel, Ced. Samsom, 2003.

<sup>18</sup> F. HENDRICKX, "Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap.", *Or.* 2000, 73 p.

<sup>19</sup> J. HUYS, "Geen verweer tegen discriminatie. Samenleving spendeert miljarden om gehandicapten weg te drummen uit arbeidsmarkt", *Ons Recht*, 14 maart 2001, 4.

Dit betekent wellicht niet dat de CAO nr. 38 overbodig geworden is, aangezien enkele van de verboden gronden zoals voorzien in het artikel 2*bis* geen plaats hebben gekregen in de nieuwe Discriminatiewet van 10 mei 2007, denk maar aan het lidmaatschap van een vakbond.

De Kaderrichtlijn werd op Belgisch nationaal vlak omgezet door de *Discriminatiewet van 25 februari 2003*.

Ook deze Discriminatiewet<sup>20</sup> bevatte geen definitie van het begrip handicap.

De Belgische discriminatiewet van 2003 bood bescherming tegen discriminatie die gebaseerd was op één of meerdere van 16 gronden, waaronder 'handicap', 'huidige of toekomstige gezondheidstoestand' en 'fysieke eigenschap'.<sup>21</sup>

De wet ging dus verder dan de Kaderrichtlijn, die enkel handicap vermeldt als verboden discriminatiegrond.

Op 6 oktober 2004 heeft het Grondwettelijk Hof<sup>22</sup> zich uitgesproken over twee annulatieberoepen gericht tegen deze Discriminatiewet.<sup>23</sup>

Het Grondwettelijk Hof besloot dat de wet niet strookte met het gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat zij bepaalde discriminatiegronden vermeldde en andere niet (taal en politieke overtuiging).

Immers, de verregaande bescherming tegen discriminatie op grond van bepaalde onderscheidingsgronden impliceert dat deze bescherming niet geldt voor discriminatie op grond van andere gronden.

Het Hof motiveerde de vernietiging als volgt: "De wetgever heeft uitdrukkelijk geopteerd voor een systeem van bescherming tegen discriminatie, waarin ongelijke behandeling slechts discriminatie zal uitmaken indien dat verschil in behandeling niet objectief gerechtvaardigd is." Ervan uitgaande dat er steeds een mogelijkheid bestaat een verschil in behandeling te motiveren, heeft het Hof geopteerd dat het niet pertinent is om het verbod op discriminatie te beperken tot bepaalde gronden, zoals ras, leeftijd of handicap. Uit de inhoud van het arrest volgt dat die gronden die terug te vinden zijn in internationale overeenkomsten, in overweging moeten worden genomen.

Het Grondwettelijk Hof schrapte de door de Belgische wetgever geselecteerde gronden voor wat betreft het burgerrechtelijke en procesrechtelijke luik van de wet.

Het gevolg van dit arrest was dat er een algemeen discriminatieverbod ontstond dat zich uitstrekte tot eender welk onderscheidingscriterium.

De wet kon daardoor worden gebruikt om alle onderscheiden te bestrijden, ongeacht de grond waarop ze waren gebaseerd.

Marc DE VOS meende dat dit een heikel uitgangspunt is in de context van personeelsbeleid waarin ongelijke behandeling via selectie, promotie, beloning of ontslag een rode draad is. Deze situatie gaat volgens hem van heikel naar absurd wanneer de mogelijkheid van rechtvaardiging van discriminatie wordt bekeken. De Discriminatiewet maakt immers een onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Doordat het Grondwettelijk Hof de beperkende opsomming

<sup>20</sup> Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *BS* 17 maart 2003.

<sup>21</sup> De andere gronden opgenomen in de wet waren: geslacht, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, fortuin, leeftijd, geloof of levensbeschouwing.

<sup>22</sup> Vroegere Arbitragehof.

<sup>23</sup> Arbitragehof 6 oktober 2004 (157/2004).

van verboden discriminatiegronden had vervangen door een algemeen discriminatieverbod was het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie irrelevant geworden. Er waren geen neutrale criteria meer. Elke ongelijke behandeling, op welk criterium ook gebaseerd, was immers per definitie een verboden directe discriminatie.

Door de algemene Discriminatiewet was er dan ook meer overlapping en interferentie met bestaande arbeidswetgeving dan oorspronkelijk het geval was.<sup>24</sup>

Een van de gevolgen van dit algemene discriminatieverbod was dat de uiteindelijke invulling van de verboden discriminatiegronden in handen van de rechters lag. Hierdoor kon de wet onmogelijk tegemoetkomen aan de essentiële vereisten van transparantie, precisie, voorspelbaarheid, effectiviteit en rechtszekerheid. Dit zijn de vereisten die voortvloeien uit Europese regelgeving.

Mede omwille hiervan werd op 10 mei 2007 een nieuwe *Discriminatiewet*<sup>25</sup> uitgevaardigd.<sup>26</sup>

Ook hier koos men weer voor een limitatieve lijst van verboden discriminatiegronden met onder meer de gronden 'handicap', 'fysieke eigenschap' en 'huidige of toekomstige gezondheidstoestand'.<sup>27</sup>

Artikel 3 van de wet stelt dat ze een algemeen kader wil creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst.

De wet werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 mei 2007 en is derhalve van toepassing sinds 9 juni 2007.

Het materieel toepassingsgebied van de discriminatiewet van 10 mei 2007 omvat ook de arbeidsbetrekkingen, met name de betrekkingen die onder meer de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregelingen omvatten, en dit:

- zowel in de openbare als in de private sector;
- zowel voor arbeid in loondienst, onbetaalde arbeid, arbeid in het kader van stageovereenkomsten, leerovereenkomsten, beroepsinlevingsovereenkomsten en startbaanovereenkomsten of arbeid als zelfstandige;
- voor alle niveaus van beroepshierarchie en voor alle activiteitstakken;
- ongeacht de statutaire of contractuele regeling van de persoon die de arbeid verricht;
- met uitzondering van bepaalde arbeidsverhoudingen in het onderwijs die geen federale bevoegdheid vormen.<sup>28</sup>

De nieuwe Discriminatiewet wordt ingeleid door een reeks definities. Cruciaal zijn de begrippen onderscheid en discriminatie. De term onderscheid heeft een neutrale connotatie, terwijl 'discriminatie' expliciet doelt op wat niet kan gerechtvaardigd worden en dus verboden is.

De Wet stelt dat een direct onderscheid de situatie is die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden

<sup>24</sup> M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhouding: van impasse naar doorbraak", *R.W.* 2006, 326.

<sup>25</sup> Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007

<sup>26</sup> Op deze datum werden nog 2 andere 'discriminatiewetten' uitgevaardigd, met name de Wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (nieuwe Genderwet) en de Wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (de nieuwe Racismewet).

<sup>27</sup> Interessant is dat ook de grond genetische eigenschap in de lijst met verboden discriminatiegronden werd opgenomen.

<sup>28</sup> Artikel 4, 1° Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie van 10 mei 2007.

behandeld op basis van één van de beschermde criteria.<sup>29</sup> Directe discriminatie is dan het direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen voorzien in de wet.<sup>30</sup>

Indirect onderscheid is voortaan gedefinieerd als de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen.<sup>31</sup>

Indirecte discriminatie is het indirect onderscheid op basis van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden door de in de wet voorziene rechtvaardigingsgronden.<sup>32</sup>

Elke vorm van discriminatie op grond van een van de beschermde criteria is verboden. Onder discriminatie wordt verstaan: directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie en voor wat betreft handicap, de weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van personen met een handicap.<sup>33</sup>

Wat dienen we nu te verstaan onder de term 'handicap'?

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de nieuwe discriminatiewet van 10 mei 2007 werden geen discussies gevoerd omtrent de begripsomschrijving van handicap.

De conclusie van M. DE VOS tijdens de parlementaire hoorzitting was dat "de politieke keuzes in deze materie reeds in 2003 gemaakt werden en dat de voorliggende wetsontwerpen die keuzes niet in vraag stellen. Zij beantwoorden eveneens aan een aantal Europese verplichtingen die evenmin in vraag kunnen gesteld worden."<sup>34</sup>

Als we kijken naar *de parlementaire voorbereiding van de Discriminatiewet van 25 februari 2003* valt op dat er toch wel wat gediscussieerd werd over het al dan niet invoeren van een wettelijke definitie.

Mevrouw de Schamphelaere stelde in de Senaat een amendement voor om een artikel *3quinquies* in te voeren in de Discriminatiewet.

Dit zou dan luiden als volgt: "Voor de toepassing van deze wet wordt onder handicap verstaan: een fysieke of psychische stoornis of beperking die een belemmering vormt voor een normale toegang tot en/of participatie aan de diverse aspecten van het leven".<sup>35</sup>

Het begrip handicap moet dus ruim worden geïnterpreteerd.

Het gaat om "alle vormen van discriminatie die verband houden met alle soorten handicaps, ongeacht welke".<sup>36</sup>

Bij het hanteren van deze definitie is het essentieel dat men rekening houdt met de interactie tussen de stoornis of beperking, enerzijds, en de reactie daarop van de omgeving bij het ontstaan van een handicap. Een stoornis of beperking veroorzaakt een handicap voor zover er geen redelijke aanpassingen tot stand komen. Door dergelijke redelijke aanpassingen wordt de

<sup>29</sup> Artikel 4, 6° van de Wet.

<sup>30</sup> Artikel 4, 7° van de Wet.

<sup>31</sup> Artikel 4, 8° van de Wet.

<sup>32</sup> Artikel 4, 9° van de Wet.

<sup>33</sup> Artikel 14 van de Wet.

<sup>34</sup> Verslag namens de Commissie voor de justitie, uitgebracht door de heer Eric Libert, *Parl.Doc.* Kamer, 2006-2007, nr. 2720/9, 145.

<sup>35</sup> Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding, *Parl.Doc.* Senaat 2001-02, nr.2 – 12/14, 3.

<sup>36</sup> *Parl.Doc.* Senaat 2001-02, nr. 2, 12/15, 158.

toegang en/of de participatie 'genormaliseerd' en kan het belemmerende effect (dat een stoornis of beperking tot een handicap maakt) worden opgeheven of beperkt.<sup>37</sup>

Dit amendement werd echter ingetrokken nadat de hoofdindieners, de heer Mahoux, had verduidelijkt dat door het gebruik van het woord 'handicap' alle vormen van discriminatie werden beoogd die verband houden met alle soorten handicaps, ongeacht welke en dat "geen enkele verwijzing naar een officiële invaliditeitschaal, naar een specifiek invaliditeitspercentage, noch naar één of andere ziekte" werd gemaakt omdat elke opsomming immers de uitsluiting zou impliceren van wat niet vermeld staat.<sup>38</sup>

Ook in de Kamer kwam diezelfde definitie ter sprake door een amendement van mevrouw Schauvliege.

Ook zij wilde een nieuw artikel laten invoeren dat een definitie van het begrip handicap bevatte.<sup>39</sup>

Maar eveneens dit amendement werd ingetrokken.

Eenzijds vond men het niet raadzaam om een definitie op te nemen, zodat het begrip ruim kan worden uitgelegd. Anderzijds vond de Regeringscommissaris het toch nuttig om het concept te verduidelijken en stelde zij dat onder handicap dient te worden begrepen "een fysieke, sensorische, verstandelijke of psychische stoornis of beperking die een belemmering kan vormen voor een evenwaardige participatie aan de in de discriminatiewet vermelde toepassingsdomeinen."<sup>40</sup>

De amendementen tot aanneming van een definitie werden dus zowel in de Senaat als in de Kamer verworpen.

Men wilde zich niet aan een definitie binden die tot gevolg zou kunnen hebben dat zaken die niet binnen de definitie vielen uitgesloten werden.

Er werd dus ook bewust gekozen om niet te verwijzen naar de officiële invaliditeitschaal, een specifiek invaliditeitspercentage of een of andere ziekte, omdat een opsomming een uitsluiting zou betekenen van al hetgeen niet in de opsomming wordt vermeld.<sup>41</sup>

De wetgever heeft duidelijk aangegeven dat het begrip handicap niet al te beperkend mag worden uitgelegd, maar hoe ruim het concept dan wel precies is, blijft onduidelijk, ook onder de nieuwe Discriminatiewet van 10 mei 2007.

K. Van den Langenbergh bracht een aantal essentiële vragen in kaart die onbeantwoord blijven.<sup>42</sup>

- Zo is onduidelijk of handicap beperkt is tot een 'effectieve handicap' of ook 'vermeende handicap' omvat. Andersvaliden hebben immers vaak niet alleen af te rekenen met hun effec-

<sup>37</sup> Amendement nr. 170

<sup>38</sup> Verslag namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door mevrouw Kaçar, *Parl.Doc.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/15, 158.

<sup>39</sup> Wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding, *Parl.Doc.* Kamer 2001-02, nr. 1578/008, 28.

<sup>40</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Joseph Arens en mevrouw Karine Lalieux, *Parl.Doc.* Kamer 2001-2002, nr. 1578/008, 31 en 48; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Larcier, Gent, 2004, 387-89.

<sup>41</sup> J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, "De Antidiscriminatiewet - een artikelsgewijze analyse (deel 1), *NjW* 2003/23, 265, nr. 31.

<sup>42</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, 'Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 454-455; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 2004, 388.

tieve handicap maar ook met vooroordelen die daaraan ten onrechte verbonden zijn. Als klassiek voorbeeld geldt een vooroordeel over een rolstoelgebruiker waarvan – totaal ten onrechte – ook vermoed wordt dat hij te kampen heeft met verstandelijke beperkingen.

Verschillende auteurs geven aan dat zelfs vermeende handicaps onder de bedoelde reikwijdte van het begrip uit de wet kunnen vallen, dit zou men ook kunnen afleiden uit de parlementaire voorbereiding van de nieuwe Discriminatiewet;

- Onduidelijkheid bestaat ook over de vraag of het begrip handicap beperkt is tot 'huidige handicap' of ook uitgebreid mag worden tot 'gewezen handicap' of tot 'te verwachten handicap'. Wat betreft toekomstige of gewezen handicaps lopen de meningen uiteen. Volgens sommige auteurs zouden deze wel onder het begrip vallen. Deze visie gaat ervan uit dat handicaps niet noodzakelijk onomkeerbaar zijn en dat daarmee ook ten aanzien van bepaalde ziektes een verplichting bestaat om redelijke aanpassingen uit te voeren als deze geen onevenredige belasting betekenen. Andere auteurs pleiten hiertegen en zijn van mening dat tijdelijke invaliditeit en ziektes in beginsel niet onder het begrip handicap gebracht kunnen worden, onder meer omdat "gezondheidstoestand" als aparte discriminatiegrond vermeld staat. Dit zou er direct op kunnen wijzen dat het niet de bedoeling zou zijn om te voorzien in een verplichting tot aanpassingen ten behoeve van diegenen die behoren tot de laatste categorie.<sup>43</sup>

- Onduidelijkheid is er verder ook of van een handicap slechts sprake kan zijn in geval van een 'tijdelijke invaliditeit'.

In de Discriminatiewet van 2003 (en die van 2007) werd (wordt) ook de 'huidige en toekomstige gezondheidstoestand' beschouwd als een mogelijke discriminatiegrond. Deze beoogde onder meer bescherming te bieden aan bestaande, eventueel degeneratieve ziektes maar vooral ook aan ziektes die in hoofde van de betrokken persoon nog niet tot uiting waren gekomen maar die met waarschijnlijkheid voorspeld kunnen worden op basis van genetische testen.

Er bestond discussie of de indieners van de wet ook het medische verleden van de persoon wilden beschermen. De bewoording van de wet, namelijk 'huidige of toekomstige gezondheidstoestand' leek eenduidig de gewezen gezondheidstoestand, die wel uitdrukkelijk was opgenomen in CAO nr. 38, uit te sluiten als verboden grond van discriminatie.

Uit de voorbereidingen van de Discriminatiewet van 2003 valt echter op te maken dat de grond weliswaar in de eerste plaats bescherming beoogt te bieden tegen voorspellende genetische tests, maar dat men ook wel degelijk het medische verleden van de persoon beoogde te beschermen.

De Discriminatiewet van 10 mei 2007 vermeldt daarenboven ook nog 'genetische eigenschap' als verboden discriminatiegrond. Dit verbod is uiteraard van belang in het kader van de voorspellende genetische testen.

Ook de 'fysieke eigenschap' is een expliciete discriminatiegrond in de Discriminatiewet.

Inzake het criterium fysieke eigenschap werd, net zoals bij het begrip handicap, geen enkele verduidelijking geboden in de parlementaire voorbereiding.

Bepaalde rechtsleer stelt dat men – rekening houdend met één van de doelstellingen van de wet, namelijk bescherming bieden aan gronden die inherent zijn aan een persoon en waarop hij

<sup>43</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Antwerpen, Kluwer, 2003.

of zij geen vat heeft – kan veronderstellen dat het moet gaan om fysieke eigenschappen waarvoor de betrokkene niet zelf heeft gekozen. Denk maar aan het hebben van een kleine of juist een grote gestalte, corpulentie, kaalheid, wijnvlekken, mooi of lelijk zijn, enz.<sup>44</sup>

De kwalificatie van discriminatie op grond van handicap, op grond van huidige of toekomstige gezondheidstoestand, op grond van fysieke eigenschap of op grond van genetische eigenschap is van groot belang.

Enkel voor handicap geldt de verplichting tot “redelijke aanpassingen”.

De Discriminatiewet ziet de weigering tot het treffen van redelijke aanpassingen ten voordele van personen met een handicap als een vorm van indirecte discriminatie.<sup>45</sup>

Ook voor de rechtvaardiging van discriminatie is de kwalificatie van de discriminatiegrond van belang.

In de Discriminatiewet van 2007 wordt, voor wat betreft de in de richtlijnen (o.a. de Kaderrichtlijn) vermelde criteria en binnen het toepassingsgebied van deze richtlijnen, voorzien in een gesloten systeem van rechtvaardiging.

Concreet verbiedt de wet dus, voor wat betreft handicap, ieder direct onderscheid in arbeidsbetrekkingen dat niet gerechtvaardigd kan worden op basis van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Voor directe discriminatie op grond van handicap geldt dus een gesloten rechtvaardigingssysteem.<sup>46</sup>

Voor direct onderscheid op basis van de overige beschermde criteria (en direct onderscheid op basis van de Europese criteria buiten de arbeidsbetrekkingen) geldt een open rechtvaardigingssysteem. Direct onderscheid gebaseerd op huidige of toekomstige gezondheidstoestand, fysieke eigenschap en genetische eigenschap vormt, in de arbeidsbetrekkingen, geen discriminatie, in de mate het objectief gerechtvaardigd kan worden door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.<sup>47</sup>

Inzake indirect onderscheid werd ook geopteerd voor een open stelsel, waarin het objectieve en gerechtvaardigde verschil in behandeling toegelaten is.<sup>48</sup>

### **Associatieve discriminatie**

In geval van associatieve discriminatie vindt de minder gunstige behandeling plaats op grond van het feit dat men een bepaalde persoon associeert met een persoon die een beschermd kenmerk bezit.

In de Discriminatiewet vinden we deze vorm van discriminatie niet terug.

In de parlementaire voorbereiding van de Discriminatiewet van 10 mei 2007 vinden we enkel terug dat “Wat de zogenaamde discriminatie via associatie betreft, wordt de vraag of hierin werd voorzien in de definities die zijn opgenomen in de richtlijnen en of ze werden omgezet in de wetsontwerpen momenteel behandeld voor het Hof van Justitie (zaak C-303-06)”.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Antwerpen, Kluwer, 2003.

<sup>45</sup> Art. 14 Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie van 10 mei 2007, BS 30 mei 2007, hierna Discriminatiewet 2007.

<sup>46</sup> Art. 8 § 1 Discriminatiewet 2007.

<sup>47</sup> Art. 7 Discriminatiewet 2007.

<sup>48</sup> Art. 9 Discriminatiewet 2007.

<sup>49</sup> Verslag namens de Commissie voor justitie, uitgebracht door de heer Eric Libert, *Parl.Doc.* Kamer 2006-2007, nr. 2720/9, 240.

**Vermeend kenmerk.**

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Discriminatiewet van 10 mei 2007 werd uitdrukkelijk gesteld dat het discriminatierecht ook geldt ten aanzien van personen waarvan ten onrechte wordt vermoed dat zij de beschermde kenmerken vertonen.<sup>50</sup>

**Temporeel toepassingsgebied van de nieuwe Discriminatiewet.**

Noch in de Wet zelf, noch in de parlementaire voorbereiding ervan kan enige verwijzing worden teruggevonden naar de werking van de nieuwe wet in de tijd.

Bijgevolg gelden de algemene regels. De nieuwe Discriminatiewet werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 mei 2007 en is derhalve van toepassing vanaf 9 juni 2007.

Hoe moeten ongelijkheden die zich vóór 9 juni 2007 voordeden nu beoordeeld worden? Wellicht moet een onderscheid gemaakt worden tussen vier tijdvakken:

- de periode vóór 27 maart 2003: vóór de inwerkingtreding van de Discriminatiewet van 25 februari 2003 kan slechts worden teruggegrepen naar de vroegere wetgeving die al dan niet richtlijn conform geïnterpreteerd moet worden;
- vanaf 27 maart 2003 tot 6 oktober 2004 gold de originele versie van de Discriminatiewet van 25 februari 2003 (o.a. gesloten lijst discriminatiegronden);
- vanaf 6 oktober 2004 tot 9 juni 2007 gold de gedeeltelijk vernietigde versie van de Discriminatiewet van 25 februari 2003 met een algemeen discriminatieverbod;
- vanaf 9 juni 2007 geldt de nieuwe Discriminatiewet en zijn de discriminatiegronden opnieuw beperkt.<sup>51</sup>

**Vlaamse regelgeving****Decreet houdende evenredige participaties op de arbeidsmarkt van 8 mei 2002**

Het Decreet Evenredige participatie is de omzetting van de Kader- en de rasrichtlijn op Vlaams niveau.

Evenredige participatie op de arbeidsmarkt en gelijke behandeling zijn twee centrale principes van het Vlaamse werkgelegenheidsbeleid.

Artikel 5 § 1 van het decreet bepaalt dat "het Vlaams werkgelegenheidsbeleid moet worden georganiseerd volgens de principes van de evenredige participatie en de gelijke behandeling:

1° Het beginsel van evenredige participatie houdt in dat de deelname aan de arbeidsmarkt in verhouding staat tot de samenstelling van de beroepsbevolking en dat de evenredige participatie van kansengroepen wordt gewaarborgd;

2° het beginsel van gelijke behandeling houdt de afwezigheid van elke vorm van directe en indirecte discriminatie of intimidatie op de arbeidsmarkt in".

<sup>50</sup> Verslag namens de Commissie voor justitie, uitgebracht door de heer Eric Libert, *Parl.Doc.* Kamer 2006-2007, nr. 2720/9, 41-42.

<sup>51</sup> A. WITTEERS en I. VERHELST, "Nieuwe discriminatieregels in arbeidszaken", *Or.* 2007, 169-170.



Het Vlaamse decreet is een hulpmiddel tegen o.a. het bevechten van discriminatie op grond van handicap, gezondheidstoestand en fysieke eigenschap. Het is immers van toepassing op alle kansengroepen.

Net zomin als bij de totstandkoming van dit decreet werd bij de parlementaire voorbereiding van het voorstel van decreet tot wijziging van het Vlaams Decreet van 2002 ingegaan op de begripsomschrijving van handicap en van de gezondheidsgerelateerde discriminatiegronden.<sup>52</sup>

### ***Oprichtingsdecreet van het Vlaamse Agentschap voor personen met een handicap***

Waar we wel een definitie kunnen terugvinden van het begrip handicap is in het oprichtingsdecreet van het Vlaamse agentschap voor personen met een handicap van 7 mei 2004.<sup>53</sup>

Een handicap wordt in dit decreet gedefinieerd als “elk langdurig en belangrijk participatieprobleem van een persoon dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke externe factoren.”

Ook het samenwerkingsprotocol betreffende de interpretatie van het begrip redelijke aanpassingen<sup>54</sup> dat tussen de verschillende Belgische bestuursniveaus werd gesloten in de schoot van de Interministeriële Conferentie voor personen met een handicap bevat geen definitie van het begrip handicap.

De memorie van toelichting van dit protocol stelt wel dat “naar analogie met de antidiscriminatiewet er uitdrukkelijk wordt gekozen geen definitie in het protocol zelf op te nemen. Op die manier wil men een beperkte opvatting van het begrip handicap vermijden en evoluties in de definitie van ‘persoon met een handicap’ niet in de weg staan.” In elk geval komen de personen in aanmerking die een handicap vertonen zoals die is omschreven in de Internationale Classificatie van het menselijk Functioneren (ICF), zoals bekrachtigd door de Wereldgezondheidsorganisatie op 22 mei 2001, met name “elk langdurig en belangrijk participatieprobleem van een persoon dat te wijten is aan het samenspel tussen 1) functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, 2) beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en 3) persoonlijke en externe factoren.”

De memorie van toelichting voegt daaraan toe dat “een persoon kan geboren worden met een handicap of er later wegens ziekte, een ongeval of ouderdom door worden getroffen” en dat “iedere persoon wiens deelname aan het maatschappelijk of professionele leven beperkt of belemmerd is, en niet alleen personen die door de wet worden erkend als zijnde gehandicapt, in de zin van het protocol beschouwd wordt als een persoon met een handicap”.

<sup>52</sup> Toelichting bij het voorstel van decreet van de heren Jan Laurys, Chokri Mahassine en Joris Vandenbroucke, mevrouw Annick De Ridder en de heer Jan Peumans houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt en van het decreet van 30 april 2004 houdende sociaalrechtelijk toezicht, *Parl.Doc. VI. Parl., 2006-2007, nr. 1027/1*.

<sup>53</sup> Decreet 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap, *BS 11 juni 2004*.

<sup>54</sup> Protocol van 19 juli 2007 tussen de federale staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie ten gunste van de personen met een handicap, betreffende het begrip redelijke aanpassingen in België krachtens de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding, *BS 20 september 2007*.

**Invulling van het begrip handicap in de rechtsleer**

Hoe moet het begrip handicap dan worden ingevuld?

Er zijn tal van definities waarmee men gepoogd heeft het begrip handicap te verduidelijken. Deze zijn onder te brengen in drie soorten: de *common sense* definities of ook de 'alledaagse' definities genoemd, de wetenschappelijke definities en de juridische (en administratieve) definities.<sup>55</sup>

Bijgevolg verschilt de inhoud van het begrip per domein waarbinnen de definitie wordt geformuleerd.

Het begrip kan op verschillende wijzen worden benaderd, afhankelijk van de wijze waarop men naar de handicap kijkt.

Er kunnen drie benaderingswijzen onderscheiden worden.<sup>56</sup>

Vanuit *medisch standpunt* wordt een handicap gezien als een lichamelijke of verstandelijke afwijking, die de resultante is van een ziekte of een gebrek, en die veelal door hulpmiddelen of – verlening geheel of gedeeltelijk kunnen worden verholpen dan wel gecompenseerd.

De medische benadering vertrekt van intrinsieke lichamelijke, verstandelijke of psychologische afwijkingen of gebreken.

Het begrip handicap wordt hier heel restrictief beschouwd. Er wordt enkel gekeken naar de persoonlijke gebreken van de persoon, niet naar zijn mogelijkheden.

Deze medische benaderingswijze vindt men terug in de Aanbeveling van de Raad van de Europese Unie van 24 juli 1986.<sup>57</sup> Gehandicapten worden er namelijk omschreven als personen die ernstige handicaps vertonen als gevolg van fysieke, mentale en psychologische gebreken.

Vanuit *economisch perspectief* wordt gekeken naar de 'inzetbaarheid' van een persoon: wat zijn capaciteit op de arbeidsmarkt is en hoe die capaciteit zich verhoudt tot die van een niet-gehandicapte persoon. Handicaps worden opgevat als een vorm van menselijke schade ten gevolge van lichamelijke of verstandelijke beperkingen. De schade wordt dus eigenlijk gemeten in termen van verlies aan verdien capaciteit.

Voorname visies hebben met elkaar gemeen dat de oorzaak van de handicaps uitsluitend worden gezocht bij het individu zelf. Maar terwijl de medische benaderingswijze is ontwikkeld met het oog op het voorkomen, diagnosticeren en revalideren van handicaps, ligt de economische benaderingswijze ten grondslag aan de socialezekerheidsregelingen.

Vanuit *sociaal en politiek perspectief* is de definitie veel ruimer. Er wordt niet louter gekeken naar de persoon van de gehandicapte maar ook naar de mate van interactie met zijn omgeving. Een handicap wordt hier beschouwd als belemmering die aan het licht treedt bij de interactie tussen het individu en de omgeving.

<sup>55</sup> F. LAMMERTYN en E. SAMOY, *Sociaal beleid ten behoeve van mensen met een handicap*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1998, 19-20.

<sup>56</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse" in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 27.

<sup>57</sup> Aanbeveling Raad E.E.G. nr. 86/379, 24 juli 1986 betreffende de werkgelegenheid voor gehandicapten in de gemeenschap, *Pb. L.* 12 augustus 1986, afl. 225, 43.

Een handicap wordt niet uitsluitend toegeschreven aan het individu, maar wordt gezien als gerelateerd aan zijn fysieke en sociale omgeving. Iemand die in zijn omgang op sociaal of politiek vlak beperkingen ondervindt - hij kan niet voldoende communiceren met zijn omgeving of hij kan zich niet fysiek in zijn omgeving bewegen - wordt als gehandicapt beschouwd.

Een voorbeeld is een rolstoelgebruiker. Het probleem van deze persoon is dat hij zich niet voldoende lopend kan verplaatsen. Deze moeilijkheid wordt opgelost door de rolstoel, maar hierdoor ontstaat een nieuw probleem, dat alles te maken heeft met de omgevingsfactoren. De rolstoelgebruiker wordt namelijk geconfronteerd met een op lopende mensen gerichte samenleving.<sup>58</sup>

De sociale benadering negeert de medische context niet noodzakelijk, maar relateert die minstens aan de extrinsieke sociale implicaties ervan.

Een medische beperking kan zwaarder wegen door omgevingsfactoren, zoals stereotypen, stigmatisering en vooroordelen, of zij kan precies lichter wegen doordat de omgeving er geen rekening mee houdt of eraan aangepast is.

Voor de doelstellingen van discriminatiebestrijding wordt wel vaker gepleit voor een sociaal model van handicap. Antidiscriminatiewetgeving is er immers om maatschappelijke stereotypen, stigmatiseringen en vooroordelen om te buigen. De juridische bestrijding van discriminatie vergt echter zowel een definitie van de discriminatiegrond (handicap) als van de ongeoorloofde behandeling die discriminatie uitmaakt. Die behandeling is precies gerelateerd aan de sociale implicaties van de intrinsieke handicap. Door teveel op de maatschappelijke gevolgen te focussen, dreigt men dus de aparte concepten van discriminatiegrond en eigenlijke discriminatie met elkaar te vermengen. Antidiscriminatiewetgeving omtrent handicap kan daarom moeilijk worden losgekoppeld van de medische achtergrond.<sup>59</sup>

Elk van deze benaderingswijzen heeft zijn voor- en nadelen. De eerste twee kijken louter naar het individu van de gehandicapte en zijn mogelijkheden. Daardoor kunnen ze als nogal restrictief worden beschouwd. De derde opvatting is dan een stuk ruimer. Door handicaps uitsluitend toe te schrijven aan omgevingsfactoren, lijkt deze visie te suggereren dat iedere handicap kan worden opgeheven door de omgeving aan te passen, terwijl dit voor sommige ernstige handicaps wellicht niet het geval zal zijn.

De *Nederlandse rechtsgeleerde HENDRIKS* waagt zich aan een verdienstelijke poging de drie opvattingen te verbreederen tot een alomvattende definitie.

“Handicap is de beperking of de beperkingen die een persoon ten gevolge van ziekte of gebrek ondervindt bij het verkrijgen van betaalde arbeid. Onder handicap wordt mede verstaan een al dan niet reële beperking die het gevolg is van een bestaande, toegedichte of verwachte ziekte of gebrek, alsmede de daaraan samenhangende beperkingen die het resultaat zijn van fysieke, sociale (bijvoorbeeld negatieve reacties op gehandicapten of communicatieproblemen) of juridische (d.i. de wettelijke belemmeringen die in de weg staan aan gelijke maatschappelijke deelname) uitsluitingsmechanismen.”<sup>60</sup>

<sup>58</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse” in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 170-71.

<sup>59</sup> M. DE VOS, “De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?”, *R.W.* 2006-07, 333.

<sup>60</sup> A.C. HENDRIKS, “*Gelijke toegang tot arbeid voor gehandicapten*”, Deventer, Kluwer, 1999, 25.

### **Het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding**

Een belangrijke rol in de strijd tegen discriminatie is weggelegd voor het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding.

De invulling die het centrum geeft aan het begrip handicap is:<sup>61</sup>

- fysieke en sensorische gezondheidsproblemen;
- chronische en degeneratieve ziekten;
- genetische ziekten;
- mentale of verstandelijke beperkingen;
- fysieke of mentale beperkingen ten gevolge van een arbeidsongeval, een beroepsziekte;
- enz...

### **Invulling door de rechtspraak**

Aangezien de vaststelling van een handicap steeds relatief en evolutief is, moet een grens worden aangegeven die de gewone beperking of aandoening kan worden onderscheiden van een echte handicap. In het bijzonder moet worden uitgemaakt hoe een tijdelijke beperking, zoals een ziekte, zich verhoudt tot het begrip handicap.

Omdat een uitdrukkelijke Europese definitie afwezig is, hebben verscheidene Belgische auteurs geschreven over de begripsinvulling van handicapdiscriminatie in de Discriminatiewet, vanuit de vaststelling dat de Europese Kaderrichtlijn zelf geen enkele omschrijving geeft.<sup>62</sup>

Afwezigheid van een uitdrukkelijke Europese definitie betekent nochtans niet de afwezigheid van Europese begrippen.

Het Hof van Justitie hanteert juist een algemene regel dat, met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling, de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van de betekenis en draagwijdte daarvan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom wordt uitgelegd.<sup>63</sup>

De Kaderrichtlijn moet primair Europees worden gelezen. De lidstaten hebben enkel en alleen de mogelijkheid om, zoals altijd, verder te gaan dan de richtlijn zelf eist, bijvoorbeeld door het hanteren van een definitie van handicap die gunstiger is voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling.<sup>64</sup>

Het was dus wachten op de eerste prejudiciële vraag die het Hof van Justitie de mogelijkheid zou bieden om de contouren van de bestrijding van handicapdiscriminatie in de Kaderrichtlijn te bepalen.

<sup>61</sup> <http://www.diversiteit.be/CNTR/NL/discrimination/disability>.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld J. HUYS, "Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie", *TSR* 2004, 399-401; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, 2004, 387-389; K. VAN DEN LANGENBERGH, "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse" in D. CUYPERS, *Gelijkheid en het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 170-177.

<sup>63</sup> M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *RW* 2006-07, 334; zie bv. HvJ 19 september 2000, Linster, C-287/98, *Jur.* 2000, I-6917; HvJ 27 januari 2005, Junk, C-188/03, *Jur.* 2005, I-885.

<sup>64</sup> Art. 8 Kaderrichtlijn.

Die kwam er met de zaak-*Chacon Navas*.<sup>65</sup> Deze zaak handelt over de invulling van het begrip handicap en in hoeverre ziekte onder de Kaderrichtlijn valt.

Centrale vraag was: kan iemand die ontslagen is wegens ziekte beroep doen op de bescherming tegen handicapdiscriminatie geboden door de kaderrichtlijn?

In casu ging het over mevrouw Sonia Chacon Navas, die met ziekteverlof ging op 14 oktober 2003. Volgens de openbare gezondheidsdiensten die haar situatie volgden, was zij niet in staat om op korte termijn haar werk te hervatten.

Zeven maanden later was mevrouw Navas nog steeds arbeidsongeschikt en gaat haar werkgever (een cateringbedrijf, Eurest) over tot ontslag met overtreding van de Spaanse ontslagwetgeving en bood spontaan een compenserende vergoeding aan.

De Spaanse wetgeving maakt een onderscheid tussen een ongeldig en een nietig ontslag.

Ontslag wegens een van de bij de Grondwet of de wet verboden discriminatiegronden of in strijd met de fundamentele rechten van werknemers is nietig.

Een nietig ontslag heeft de onmiddellijke wederindienstneming van de werknemer, met betaling van het niet ontvangen loon tot gevolg.

In geval van een ongeldig ontslag verliest de werknemer zijn betrekking en ontvangt hij een vergoeding, tenzij de werkgever kiest voor wederindienstneming.

Mevrouw Navas vordert voor de Spaanse rechtbank de intrekking van haar ontslag (en vordert de wederindienstneming). Daarbij claimt ze bescherming als gehandicapte, met de redenering dat haar ziekte haar eigenlijk tot een gehandicapte maakt.

De discriminatieclaim maakt de Spaanse zaak tot een Europese zaak. De Kaderrichtlijn verplicht immers tot invoering van nationale wetgeving die onder andere discriminatie op grond van handicap moet bestrijden. Het Hof van Justitie is de soevereine interpretator van deze richtlijn.

Het Hof van Justitie maakte korte metten met de discriminatieclaim.

Het begrip handicap moet volgens het Hof worden opgevat als een beperking die het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die een deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven langdurig belemmeren. Een loutere ziekte valt niet onder dit concept van handicap.

Slotsom: een ziekte zonder meer is geen handicap.

Als een gewone zieke met een gehandicapte zou worden gelijkgesteld, dan zou de ganse bevolking potentieel gehandicapt zijn. Zo'n ruime interpretatie zou, gezien de verplichting tot redelijke aanpassingen t.a.v. gehandicapten, niet werkbaar zijn.

Opvallend is dat zowel het Hof als advocaat-generaal Geelhoed een a priori medische basisomschrijving gaven van het begrip handicap.

Advocaat-generaal Geelhoed kwalificeert gehandicapten als "personen met ernstige functionele beperkingen die het gevolg zijn van een lichamelijke, geestelijke of psychische aandoening". Daaruit volgt "dat het moet gaan om beperkingen die hun oorzaak vinden in een gezondheidsprobleem of in een fysiologische afwijking van betrokkene en die hetzij een langdurig, hetzij een permanent karakter hebben".

<sup>65</sup> HvJ 11 juli 2006, nr. C- 13/05, Chacon Navas.

Het gezondheidsprobleem als oorzaak van de functionele beperking dient principieel te worden onderscheiden van die beperking. Zodus kan een ziekte die de oorzaak uitmaakt van een mogelijke toekomstige handicap, niet worden gelijkgesteld met een handicap.<sup>66</sup>

Het Hof van Justitie volgde dus de advocaat-generaal.

Het Hof omschrijft een handicap 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". Een beperking, zo stelt het Hof verder, kan bovendien slechts als een handicap worden opgevat indien het "waarschijnlijk is dat zij van lange duur is".

Het Hof geeft geen verdere uitleg bij zijn keuze.

De vaststelling is dus dat de lat voor discriminatieclaims erg hoog wordt gelegd.

Op de vraag van de verwijzende rechter of ziekte als zodanig kan worden beschouwd als een bijkomende discriminatiegrond naast de andere door de Kaderrichtlijn verboden discriminatiegronden antwoordde het Hof ontkennend.

Zoals eerder uiteengezet voorziet de Belgische Discriminatiewet - in tegenstelling tot de Kaderrichtlijn - in twee extra discriminatiegronden om bepaalde gevallen te ondervangen waarvoor het begrip handicap te eng zou blijken, namelijk de 'fysieke eigenschap' en de 'huidige of toekomstige gezondheidstoestand'.

Hoewel de Discriminatiewet dus een breed vangnet creëert voor verscheidene situaties van handicap, gezondheidstoestand en fysieke eigenschap, is de kwalificatie handicap, zoals eerder gezegd, niettemin van erg groot belang, dit in het kader van de zogenaamde redelijke aanpassingen. Deze worden zowel door de Kaderrichtlijn als door de Discriminatiewet verplicht wanneer er sprake is van handicap, en enkel en alleen in dat geval.

Valt een chronische ziekte dan ook niet onder de definitie van 'handicap' zoals gegeven door het Hof van Justitie? Allicht kan men stellen van wel.

In zijn conclusie stelt advocaat-generaal Geelhoed immers dat "een van de kenmerken, waarmee in de literatuur handicaps worden onderscheiden van ziekten, vaak de permanentie van het fysieke of psychische defect wordt genoemd. Inderdaad biedt dat in de meeste gevallen houvast. Evenwel, er zijn geleidelijk verlopende ziektes die voor patiënten gedurende een langere periode ernstige functieverliezen meebrengen, die hen in hun functioneren zodanig zwaar belemmeren dat zij in het maatschappelijke verkeer niet wezenlijk van 'blijvend' gehandicapt verschillen."<sup>67</sup>

Daarenboven stelde hij dat "een ziekte als oorzaak van een mogelijke toekomstige handicap in beginsel niet met aan handicap kan worden gelijkgesteld. Zij levert derhalve als zodanig geen aanknopingspunt voor een verbod van discriminatie op grond van handicap op als bedoeld in artikel 13 AG juncto Kaderrichtlijn. Dit lijdt enkel uitzondering indien zich tijdens het verloop van de ziekte langdurige of blijvende functionele beperkingen openbaren die als handicaps zijn aan te merken. Alsdan zal betrokkene bij een beroep op het verbod van discriminatie op grond van een handicap aannemelijk moeten maken dat niet de ziekte zelf, maar wel de daaruit resulterende langdurige of blijvende beperkingen de eigenlijke grond voor ontslag vormen."<sup>68</sup>

<sup>66</sup> L.A. GEELHOED, conclusie voor HvJ 16 maart 2006, C-13/05, Chacon Navas, nrs. 75-83.

<sup>67</sup> Overweging 63 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed, <http://curia.europa.eu>.

<sup>68</sup> Randnummer 85, 1 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed, <http://curia.europa.eu>.

Het enige dat kan worden afgeleid uit het arrest-Chacon Navas is dat gezondheidsproblemen die intrinsiek van tijdelijke aard zijn niet onder de bescherming van de Kaderrichtlijn vallen. Het Hof heeft vastgesteld dat de richtlijn niet van toepassing is op de persoon die *uitsluitend* op grond van ziekte wordt ontslagen. Bijgevolg belet de uitspraak in deze zaak niet dat ziektes die langdurige of blijvende beperkingen tot gevolg hebben wel binnen de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn vallen.

Zowel advocaat-generaal Geelhoed als het hof hanteerden daarenboven het principe van de redelijke aanpassingen als een mogelijke rechtvaardiging voor directe discriminatie op grond van handicap bij ontslag. Een veronderstelde directe discriminatie op grond van handicap wordt bij ontslag aanvaard wanneer de betrokken gehandicapte niet door een redelijke aanpassing in staat kan worden gesteld de essentiële taken van zijn functie uit te voeren.

Het hof stelde immers dat er weliswaar redelijke aanpassingen moeten worden voorzien voor personen met een handicap, doch dat de Kaderrichtlijn niet eist "dat iemand in dienst genomen, bevordert, of in dienst gehouden wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betrokken functie uit te voeren".

We kunnen dus besluiten dat vermits het hof ziekte niet heeft gelijkgesteld met handicap, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens ziekte niet automatisch in strijd is met het Europese recht.

Het is echter de vraag of hetzelfde gezegd kan worden van de invloed die een definitieve arbeidsongeschiktheid volgens het Belgische recht heeft op de arbeidsovereenkomst.

Kan men in het geval van een definitieve arbeidsongeschiktheid niet spreken van een handicap, als men de definitie van het Hof van Justitie in het arrest-Chacon Navas volgt?

Op Belgisch vlak is de zaak-*Ford Genk* van belang.

De herstructurering van Ford Genk in 2004 heeft aanleiding gegeven tot een discriminatieclaim die de nodige mediabelangstelling opleverde.

In de context van een herstructurering die bijna 3000 voltijdse equivalenten moest doen afvloeien, had Ford Genk een combinatie van vrijwillig vertrek en gedwongen ontslag gebruikt.

Om de keuze van wie moest afvloeien gemakkelijker te maken besloot Ford Genk te werken met een strafpuntenlijst. Ford Genk wilde aldus de beste werknemers overhouden en de mindere ontslaan.

Gedwongen ontslag was gebaseerd op een puntensysteem waarin onder andere onwettige afwezigheden, onwettige ziekteattesten en herhaalde ziekte strafpunten opleverde.

Een aantal werknemers die op een dergelijke manier werden ontslagen stapten naar de arbeidsrechtbank te Tongeren om hun ontslag aan te vechten, onder andere op grond van discriminatie bij het bepalen van de ontslagcriteria.

De discriminatieclaim had betrekking op het verdisconteren van afwezigheden wegens ziekte.

De arbeidsrechtbank velde in juni 2006 een tussenvonnissen.<sup>69</sup>

De rechtbank onderzocht of de eisers een bescherming als gehandicapten konden inroepen en besliste tot uitstel in afwachting van het arrest-Chacon Navas.

<sup>69</sup> Arbrb. Tongeren 29 juni 2006, A.R. 3053/2004, onuitg.

Ook besliste de rechtbank om de discriminatieclaim op grond van ziekte te verbinden aan de uitspraak in de zaak-Chacon Navas. Deze zaak ging, zoals hierboven uiteengezet, over ziekte als mogelijke handicap.

De Belgische Discriminatiewet hanteerde toen echter een algemeen discriminatieverbod dat, afgezien van handicapdiscriminatie, ook gezondheidstoestand als onderscheidingscriterium verdacht maakt. Na de gedeeltelijke vernietiging van de Discriminatiewet door het Arbitragehof<sup>70</sup> is er immers een algemeen discriminatieverbod ontstaan.<sup>71</sup>

De rechtbank had dus moeten nagaan of de door Ford gebruikte criteria, die onder het regime van de toen geldende discriminatiewet per definitie discriminatie geven, vatbaar zijn voor objectieve rechtvaardiging en of die rechtvaardiging in voorkomend geval voorligt.

Een uitspraak door het arbeidshof wordt verwacht in april 2008.

Een andere interessante Belgische zaak is de *zaak-Dumoulin*.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel veroordeelde een werkgever – een rusthuis – omdat hij een kandidaat-werknemer – een ergotherapeute – afwees op grond van een gezondheidsprobleem, epilepsie, zonder te bewijzen dat dat een reëel beletsel was om de functie goed uit te oefenen.

De ergotherapeute werkte al twee jaren met een vervangingscontract in het rusthuis; deze baan kwam eindelijk officieel vrij en ze stelde zich kandidaat. Ze werd afgewezen omdat ze aan epilepsie lijdt.

De ergotherapeute stapte naar het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding en deze stelde een klacht in bij de arbeidsrechtbank. Het centrum was van oordeel dat de weigering om de vrouw aan te werven te maken had met de gezondheidstoestand van de vrouw en dus meer bepaald met het feit dat zij leed aan epilepsie. Daarop startte het centrum een procedure voor de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel met de vraag een einde te maken aan deze discriminerende handeling, met andere woorden een stakingsvordering.

De rechtbank stelde onder meer dat het de geneesheer toekomt om uit te maken of de werknemer al dan niet geschikt is om een bepaalde functie uit te oefenen. In het voorliggende geval bevestigde de arbeidsgeneesheer echter dat de gezondheidstoestand van de kandidate geen enkel gevaar inhield.

De arbeidsrechtbank oordeelde dat er sprake was van discriminatie op grond van gezondheidstoestand. In overeenstemming met artikel 11 van de CAO nr. 38 betreffende de werving en de selectie van werknemers moet het privéleven van de werknemers tijdens de selectieprocedure geëerbiedigd worden. Vragen over het privéleven, dus ook de gezondheidstoestand, mogen maar gesteld worden in de mate dat zij relevant zijn rekening houdend met de aard en de voorwaarden van de uit te oefenen functie.

In dit geval oordeelde de geneesheer-arbeidsinspecteur daarenboven dat de vrouw arbeidsgeschikt was. Hij maakte daarbij geen enkele reserve. De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer was perfect op de hoogte van de gezondheidstoestand van de vrouw.

Daarmee is het wettelijk verbod op discriminatie op grond van gezondheidstoestand voor het eerst in België afgedwongen.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Thans het Grondwettelijk Hof.

<sup>71</sup> Voor de gedeeltelijke vernietiging bevatte de wet een limitatieve lijst met discriminatiegronden waarin ook de huidige en toekomstige gezondheidstoestand vernoemd werden als verboden discriminatiegrond.

<sup>72</sup> Arbrb. Brussel 30 november 2006, A.R. nr. 39/06, onuitg.



## Vergelijking met het Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk staan ze op het vlak van discriminatiewetgeving inzake gehandicapten al een heel stuk verder dan in België.<sup>73</sup>

In 1995 werd de *Disability Discrimination Act (DDA)* gestemd. Zij hebben aldus een aparte wet voor gehandicapten.

De *DDA* geeft een specifieke definitie van wat als handicap moet worden beschouwd.<sup>74</sup>

*"A person has a disability for the purposes of this Act if he has a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities."*<sup>75</sup>

Deze definitie valt uiteen in drie delen:

- *Een fysieke of mentale stoornis.*

De gehandicapte moet aantonen dat hij ofwel op mentaal vlak ofwel op fysiek vlak gebrekkig is.<sup>76</sup>

Een geneesheer kan zijn mening uiten over de graad van handicap maar het komt uiteindelijk toe aan de arbeidsrechtbank om te oordelen of iemand al dan niet gehandicapt is.

- *Een substantieel en langdurig negatief effect.*

Een handicap kan maar als dusdanig beschouwd worden als de stoornis minstens 12 maanden heeft geduurd of indien er redelijk kan verwacht worden dat de stoornis zolang of misschien zelfs levenslang zal aanslepen. Om dit criterium te beoordelen moet niet uitsluitend naar de feitelijke werkomstandigheden gekeken worden maar ze kunnen wel in overweging genomen worden door de rechtbank.

Heel belangrijk is de zienswijze dat om te beoordelen of iemands handicap een substantieel en langdurig effect veroorzaakt, gekeken moet worden naar wat die persoon niet kan doen, of enkel met grote moeite, en niet naar wat die persoon wel nog kan doen.

- *Dagelijkse bezigheden;*

Een persoon die getroffen is in zijn mobiliteit, manuele vaardigheden, fysieke coördinatie, zelfbeheersing, mogelijkheid om dagdagelijkse objecten op te tillen, te dragen of te verplaatsen, spraakvaardigheid, gehoor, gezicht, geheugen, concentratie etc. wordt beschouwd als gehandicapt. Van iemand die deze dagelijkse bezigheden niet langer kan verrichten, kan moeilijk verwacht worden dat hij nog elk soort werk aankan.

De *DDA* geeft ook een specifieke definitie van wat als discriminatie moet worden beschouwd.<sup>77</sup>

Als discriminatie wordt aanzien, een minder gunstige behandeling die niet gerechtvaardigd kan worden en die gerelateerd is aan de handicap.<sup>78</sup>

Het is aan de rechtbanken om te onderzoeken of dit in concreto zo was.

<sup>73</sup> H. DESMOND en D. ANTILL, *Employment Law*, Londen, Sweet and Maxwell, 1998, 221.

<sup>74</sup> N. SELWYN, *Selwyn's law of employment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 151.

<sup>75</sup> Section 1 Disability Discrimination Act of 1995.

<sup>76</sup> H. DESMOND en D. ANTILL, *Employment Law*, Londen, Sweet and Maxwell, 1998, 255.

<sup>77</sup> H. DESMOND en D. ANTILL, *Employment Law*, Londen, Sweet and Maxwell, 1998, 258.

<sup>78</sup> Section 5 Disability Discrimination Act of 1995.

Directe discriminatie doet zich voor wanneer een persoon, op grond van de handicap van de gehandicapte, die gehandicapte minder goed behandelt dan hij een andere persoon, zonder die handicap zou behandelen in dezelfde omstandigheden.

Het niet voorzien van redelijke aanpassingen wordt in het Engelse recht ook als vorm van discriminatie beschouwd.

Wel moet worden opgemerkt dat de *Disability Discrimination Act* van 1995 enkel geldt voor werkgevers met 15 werknemers of meer.<sup>79</sup>

Er zijn verschillende vormen en graden van handicap. Sommige zijn al zichtbaarder en ingrijpender dan andere. Om uit te maken of iemand inderdaad gehandicapt is moet de rechtbank een *purposive approach* aanwenden. Steeds moet gekeken worden naar wat de persoon niet meer kan doen, niet naar wat hij wel nog kan doen.

Een belangrijke zaak die vermeld moet worden is *Vicary v British telecommunications*. Daar had de werkgever gesteund op de professionele mening van de arbeidsgeneesheer. Die had gesteld dat de handicap niet zwaarwichtig was en dat de invloed op de dagdagelijkse handelingen miniem was. De arbeidsrechtbank had zich bij deze zienswijze aangesloten. In beroep werd dat echter verworpen en werd er geoordeeld dat de arbeidsrechtbank zich in haar oordeel over de zwaarwichtigheid van de handicap niet louter mag steunen op het oordeel van een arts. Ook andere factoren dan medische moeten in beschouwing worden genomen volgens het hof van beroep. Het is uiteindelijk aan de arbeidsrechter zelf om op basis van alle elementen zich een oordeel te vormen over de graad van handicap.<sup>80</sup>

De *Disability Discrimination Act* 1995 werd al herhaaldelijk gewijzigd waarbij de definities steeds preciezer werden en het toepassingsgebied steeds ruimer. De *Disability Discrimination Bill* die gepubliceerd werd op 3 december 2003 is daar een voorbeeld van. Zo werd onder andere de betekenis van handicap aangepast zodat HIV, MS en kanker eronder vallen.<sup>81</sup>

Het is opvallend dat veel ziektes ook als handicap worden beschouwd in het Engelse recht. Zo werd in *Kirton v Tetrosyl Ltd* (2003, IRIL 353, Court of Appeal) beslist dat de incontinentieproblemen die een operatie aan de prostaat teweeg had gebracht gekenmerkt moesten worden als handicap want het is het resultaat van een verslechterende conditie, namelijk de kanker.<sup>82</sup>

Hoe kan iemand die vindt dat hij gediscrimineerd wordt op basis van zijn handicap ageren?

Er is in het Verenigd Koninkrijk een klachtensysteem dat inhoudt dat de gehandicapte werknemer of werkzoekende die gediscrimineerd wordt, naar de arbeidsrechtbank kan stappen om klacht neer te leggen. Als de klacht gegrond is, maakt de rechtbank daar nota van en kent aan het slachtoffer een schadevergoeding toe die ook morele schadevergoeding kan inhouden. De arbeidsrechtbank kan ook bepaalde maatregelen opleggen aan de discriminerende werkgever opdat hij de negatieve effecten van de discriminatie op de gehandicapte zou wegwerken. Werkt de werkgever die maatregelen niet uit dan kan de schadevergoeding nog verhoogd worden.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> R. PAINTER en A. HOLMES, *Cases and materials on employment law*, Oxford University Press, 2004, 324.

<sup>80</sup> N. SELWYN, *Selwyn's law of employment*, Oxford, Oxford University press, 2006, 156.

<sup>81</sup> R. PAINTER en A. HOLMES, *Cases and materials on employment law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 325.

<sup>82</sup> R. PAINTER en A. HOLMES, *Cases and materials on employment law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 331.

<sup>83</sup> N. SELWYN, *Selwyn's law of employment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 157.

Er wordt rekening gehouden met de erg persoonlijke informatie die in zo'n proces openbaar zou kunnen worden gemaakt. Indien nodig kan de rechtbank maatregelen treffen.

De gediscrimineerde gehandicapte staat niet alleen in het formuleren en onderbouwen van zijn klacht. Hij kan daarvoor terecht bij de Disability Rights Commission. Deze kan onderzoek voeren naar de klacht, rechtsbijstand verlenen en ze kan ingeroepen worden in de zogenaamde onder-vragingsprocedure waar door middel van vragen achterhaald kan worden of en in welke mate er gediscrimineerd werd door een werkgever.<sup>84</sup>

Het is duidelijk dat het Engelse recht veel verder staat wat betreft discriminatie van gehandicapten op de werkvloer. Niet alleen is er een aparte discriminatiewet, de wet is daarenboven ook veel beter uitgewerkt. De definities zijn werkbaar.

In juli 2006 werden door een arbeidsrechtbank in Londen enkele prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie betreffende associatieve discriminatie, waaronder:<sup>85</sup>

*“Where an employer treats an employee less favourably than he treats or would treat other employees, and it is established that the ground for the treatment of the employee is that the employee has a disabled son for whom the employee cares, is that treatment direct discrimination in breach of the principle of equal treatment established by the Directive?”*

## Verenigde Staten

In de *American with Disabilities Act (ADA)* kan men ook een vrij precieze omschrijving terugvinden van het begrip handicap.<sup>86</sup>

Volgens sectie 3 (2) A heeft deze term betrekking op fysieke en verstandelijke stoornissen die een individu op substantiële wijze beperken bij het uitvoeren van één of meerdere belangrijke levensactiviteiten.

Ook fysieke en verstandelijke stoornissen die zich in het verleden hebben voorgedaan (sectie 3 (2) B) en vermeende handicaps (sectie 3 (2) C) worden onder het begrip handicap gebracht.

Het is opmerkelijk dat de ADA wel verwijst naar fysieke en verstandelijke stoornissen die zich in het verleden hebben voorgedaan, maar niets zegt over de te verwachten handicaps, terwijl dit voor werkgevers net een belangrijke reden kan zijn om over te gaan tot risicoselectie.

De ADA refereert wel aan fysieke en verstandelijke stoornissen die zich in het verleden hebben voorgedaan maar zegt niets over te verwachten handicaps, terwijl dit voor werkgevers een reden kan zijn om over te gaan tot risicoselectie.

Vermeldenswaardig is dat de ADA expliciet vereist dat de gehandicapte sollicitant 'gekwalificeerd' is voor de functie om te kunnen genieten van de bescherming die het discriminatieverbod verleent. Dit betekent uiteraard dat hij zonder redelijke werkaanpassing, in staat moet zijn om de belangrijkste werkzaamheden uit te voeren die onderdeel uitmaken van de functie.<sup>87</sup> Of dit het geval is dient steeds in concreto te worden beoordeeld.

<sup>84</sup> N. SELWYN, *Selwyn's law of employment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 158.

<sup>85</sup> Reference for a preliminary ruling from Employment Tribunal (London South) made on 10 July 2006 – S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law, Case C-303/06, *Pb. C.* 237 van 30 september 2006.

<sup>86</sup> [www.eeoc.gov/ada](http://www.eeoc.gov/ada).

<sup>87</sup> Dit stelt ook het HvJ in de zaak Chacon Navas.

Het discriminatieverbod betekent niet dat iemand in dienst moet worden genomen/gehouden die niet in staat is de wezenlijke taken van het betreffende beroep uit te voeren.

### **Nederland: De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte**

Op 1 december 2003 is de Wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte (WGBH/CZ) in werking getreden. Deze wet bestaat naast de Algemene Wet gelijke behandeling. De Wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte verbiedt het maken van onderscheid op grond van handicap en chronische ziekte en is van toepassing op arbeid, het vrije beroepsonderwijs en - vanaf een nader te bepalen tijdstip - het openbaar vervoer.

De Commissie Gelijke Behandeling is bevoegd om verzoeken in behandeling te nemen die betrekking hebben op de discriminatiegrond handicap/chronische ziekte.

Daarnaast kunnen gehandicapten en chronisch zieken een beroep doen op de wet bij de rechter.

Ook de Nederlandse wet bevat de verplichting om 'doeltreffende aanpassingen' te verrichten indien de sollicitant of werknemer daarom verzoekt.

De wet is een 'opbouwwet', het is de bedoeling om de wet in de toekomst uit te breiden naar andere gebieden, namelijk wonen, stedelijke ruimte en het goederen- en dienstenverkeer.<sup>88</sup>

Ook in de WGBH/CZ zijn definities afwezig.

De wet verbiedt het maken van onderscheid op basis van werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte. Deze begrippen zijn niet in de wet gedefinieerd. De regering vond dat niet nodig en niet wenselijk.<sup>89</sup>

Volgens de regering gaat het niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon maar om situationeel bepaalde beperkingen. Dus dit wil zeggen dat discriminatie niet zozeer het gevolg is van het hebben van een bepaalde beperking maar eerder van het ontbreken van doeltreffende aanpassingen. Men heeft dus gekozen voor de sociale benadering van het begrip.<sup>90</sup>

Handicaps en chronische ziektes kunnen fysiek, verstandelijk of psychisch zijn van aard. Een handicap is in beginsel onomkeerbaar. Een chronische ziekte is dat soms niet, maar is in elk geval langdurig van aard.<sup>91</sup>

Ook in Nederland staan de begrippen handicap en chronische ziekte los van de begrippen arbeidsongeschiktheid en ziekte uit de socialezekerheidswetgeving.

De Wet kent het begrip 'werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte' om zo ook bescherming te bieden in gevallen waarin ten onrechte wordt aangenomen dat iemand een handicap of een chronische ziekte heeft.<sup>92</sup>

Denk maar aan mensen met een psychiatrisch verleden, mensen die in het verleden een ernstige ziekte hebben gehad (bijvoorbeeld ex-kankerpatiënten).

In de Algemene Wet gelijke behandeling staat echter niet met zoveel woorden genoemd dat mensen met een vermeend persoonskenmerk ook door de wet worden beschermd.

Het verbod op het maken van onderscheid wordt in de wet op drie manieren vormgegeven.

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2001-02, 28 169, nr. 5, 1.

<sup>89</sup> Kamerstukken II 2001-02, 28 169, nr. 3, p. 9 en p. 24.

<sup>90</sup> M.H.S. GIJZEN, "Het nieuwe gelijkebehandelingsrecht voor gehandicapten en chronisch zieken" in D.J.B. DE WOLFF (eds), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Deventer, Kluwer 2003, 43.

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2001-02, 28 169, 24.

<sup>92</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, 33.

De eerste vorm van onderscheid is direct onderscheid. Hiervan is sprake wanneer rechtstreeks onderscheid wordt gemaakt op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte of een criterium wordt gehanteerd dat onlosmakelijk verbonden is met een handicap of een chronische ziekte. Direct onderscheid is verboden tenzij beroep kan worden gedaan op één van de drie wettelijke uitzonderingsgronden.

De tweede vorm is indirect onderscheid. Hiervan is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatstaf, bepaling of handelwijze personen met handicap of chronische ziekte in vergelijking met andere personen benadeelt.

Deze eerste twee vormen staan in artikel 1 WGBH/CZ.

De derde manier waarop onderscheid kan worden gemaakt is neergelegd in artikel 2 WGBH/CZ. Volgens dit artikel houdt het verbod van onderscheid mede in dat degene tot wie dit verbod zich richt gehouden is naargelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.

In Nederland kan volgens de regering het verbod om onderscheid te maken op grond van handicap bijdragen tot extra rechtsbescherming. Een werkgever die besluit om tot keuring (medisch onderzoek) over te gaan of na een keuring alsnog tot afwijzing overgaat, zal moeten aantonen dat hij ook de gelijke behandelingsnorm niet heeft overtreden.<sup>93</sup>

Bij ontslagzaken biedt het Ontslagbesluit een aantal mogelijkheden om rekening te houden met de positie van gehandicapten en chronisch zieken.<sup>94</sup>

Bijvoorbeeld, wanneer een arbeidsgehandicapte werknemer in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (REA) toch voor ontslag in aanmerking komt, dan kan slechts toestemming worden verleend indien de werkgever aannemelijk kan maken dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer te herplaatsen in een aangepaste of een andere passende functie.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Kamerstukken II 2001-02, 28 169, nr. 3, 35.

<sup>94</sup> Kamerstukken II 2001-02, 28 169, nr. 3, 36.

<sup>95</sup> A. DE KEIZER, "De wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte", SMA 2004, 123-127.

## REDELIJKE AANPASSINGEN VOOR GEHANDICAPTEN OP DE ARBEIDSMARKT

Reeds eerder werd erop gewezen dat de gelijkebehandelingsnorm nauw samenhangt met de aanpassingen die nodig zijn om mensen met een handicap gelijk te laten participeren aan het maatschappelijk leven.

De verplichting tot het maken van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap geeft de invulling aan een materieel gelijkheidsconcept. Het 'gaat om een uitwerking van een materieel gelijkheidsbeginsel, dat mede inhoudt de verplichting tot het ongelijk behandelen van ongelijke gevallen, teneinde ongelijkheid te voorkomen'.<sup>96</sup>

De weigering om een redelijke aanpassing te treffen ten gunste van een gehandicapte persoon wordt in ons recht gezien als een vorm van discriminatie.<sup>97</sup> De Discriminatiewet is hierover zeer duidelijk.

De doctrine is hier echter over verdeeld.

Hoe verhoudt zich het verbod van indirecte discriminatie tot het bijzondere verbod van discriminatie door gebrek aan redelijke aanpassingen?

De weigering om redelijke aanpassingen te maken wordt door sommigen in verband gebracht met indirecte discriminatie.<sup>98</sup>

DE SCHUTTER deelt deze mening niet. Hij is van oordeel dat de weigering redelijke aanpassingen te treffen niet kan worden gezien als vorm van indirecte discriminatie aangezien het hier geen 'onthoudingsverplichting' betreft. De verplichting tot het maken van redelijke aanpassingen houdt een verplichting in om iets te doen.<sup>99</sup> Het gaat hier integendeel om een verplichting iets te doen. DE SCHUTTER is eerder een alleenstaand geval; de overgrote meerderheid van de doctrine blijft bij de wettelijke bepaling dat het niet-naleven van de verplichting tot het treffen van redelijke aanpassingen een indirecte discriminatie uitmaakt.

Uitgangspunt is dat het maatschappelijk leven in grote mate is afgestemd op personen zonder handicap. Hieruit vloeit voort dat omgevingsfactoren (zoals werkorganisatie, werkomgeving en werkplaats) – die in essentie (ogenschijnlijk) neutrale factoren zijn – de toegang tot het arbeidsproces van personen met een handicap sterk bemoeilijken. Het vermoeden van indirecte discriminatie wordt dan ook gemakkelijk vastgesteld. Als de werkgever de vaststelling van indirecte discriminatie wenst te vermijden - even abstractie gemaakt van de eventuele rechtvaardiging - dan dient hij de indirect discriminerende omgevingsfactoren te vermijden, wat de facto neerkomt op een aanpassing van deze omgevingsfactoren.<sup>100</sup>

MARC DE VOS is van mening dat redelijke aanpassingen aan een ondernemings- of arbeidsorganisatie die indirect gehandicapten treft, voor een concrete gehandicapte de nadelen van die organisatie kunnen compenseren. Wanneer dat het geval is, is het evident dat de betrokken

<sup>96</sup> J. GOLDSMITH, "De hete adem van Europa. Implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland", *NJB* 2001, 989.

<sup>97</sup> De verplichting tot redelijke aanpassingen kan ook gelden voor andere discriminatiegronden dan handicap, denk maar aan discriminatie op basis van religieuze overtuiging. Een aanpassingsverplichting kan ook volgen uit de algemene regel die zowel in Belgisch als in internationaal recht wordt gehanteerd, namelijk dat discriminatie niet enkel bestaat uit de ongelijke behandeling van gelijke gevallen, maar ook uit de gelijke behandeling van ongelijke gevallen.

<sup>98</sup> A.C. HENDRIKS, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer, Kluwer, 1999, 601.

<sup>99</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations en marché du travail – Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Brussel, PIE Peter Lang, 191-192.

<sup>100</sup> C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 2004, 318.

gehandicapte de werkgever niet meer kan aanspreken wegens indirecte discriminatie. De werkgever die de nadelige gevolgen van zijn organisatie opheft door de gehandicapte redelijke aanpassingen te gunnen, mag die organisatie handhaven niettegenstaande haar intrinsiek nadelige impact op de groep waartoe de begunstigde gehandicapte behoort.

Maar wat indien de nadelen van de bedrijfsorganisatie niet kunnen worden gecompenseerd door redelijke aanpassingen? De logica van de wet en de kaderrichtlijn leidt dan tot de vaststelling van indirecte discriminatie, tenzij de werkgever beroep kan doen op de objectieve en redelijke rechtvaardiging.

Voor MARC DE VOS lijkt het verbod van indirecte discriminatie de koevoet te zijn waarmee gehandicapten de bedrijfsorganisatie in ondernemingen kunnen openbreken, veeleer dan het recht op redelijke aanpassingen.<sup>101</sup>

Volgens hem laat de co-existentie van het verbod van indirecte discriminatie wegens handicap en het principe van de redelijke aanpassingen dus niet toe om het eerste tot het laatste te herleiden.

## BEGRIP AANPASSING

### De Kaderrichtlijn van 27 november 2000

Artikel 5 van de Kaderrichtlijn stelt dat “teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt, wordt voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te laten participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd.”<sup>102</sup>

Overweging 20 van de Kaderrichtlijn zegt daarenboven dat “er passende, dat wil zeggen doeltreffende en praktische maatregelen worden getroffen die gericht zijn op de aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, bijvoorbeeld aanpassingen van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, en taakverdeling of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen.”

Overweging 21 stelt dat “Wanneer wordt nagegaan of de betrokken maatregelen geen onevenredige belasting veroorzaken, moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de financiële en andere kosten, alsmede de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming, en met de mogelijkheid om overheidsgeld of andere vormen van steun te verkrijgen”.

<sup>101</sup> M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 78-81.

<sup>102</sup> Art. 5 Richtl. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb. L.* 303, 2 december 2000.

In het oorspronkelijk voorstel van de Europese Commissie werd in het artikel over het discriminatieconcept, naast een verbod van directe en indirecte discriminatie op grond van handicap, ook een verplichting tot het nemen van redelijke aanpassingen opgenomen.<sup>103</sup> Daaruit kon worden afgeleid dat de weigering tot het verschaffen van redelijke aanpassingen als een vorm van discriminatie diende te worden beschouwd.

In de Kaderrichtlijn vindt men een dubbele functie van de redelijke aanpassingen terug. Als promotor van positieve actie werd het principe van de redelijke aanpassingen neergelegd in een aparte bepaling (artikel 5) en niet langer in het artikel over het discriminatieconcept zelf. Daaruit zou men kunnen afleiden dat het uitblijven van redelijke aanpassingen niet als een bijzondere vorm van discriminatie worden beschouwd.<sup>104</sup>

### **De Discriminatiewet van 25 februari 2003**

De wetgever wenste de aanpassingsverplichting niet nader te omschrijven, omdat die sterk afhankelijk van de context, zodat een definitie restrictief zou dreigen te werken.<sup>105</sup>

In de ontwerptekst van de Discriminatiewet van 2003 die door de Senaat werd goedgekeurd was er eerst geen sprake van een aanpassingsplicht. Tijdens de behandeling van het voorstel in de Senaat werd er nochtans een amendement ingediend teneinde dergelijke plicht in te voeren.

De verantwoording hiervoor werd gevonden in artikel 5 van de Kaderrichtlijn.

Het amendement luidde als volgt: “teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep met betrekking tot personen met een handicap wordt nagestreefd, dient de werkgever de passende maatregelen te nemen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te laten participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen ten gunste van personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd”.<sup>106</sup>

Deze tekst sluit dus zeer nauw aan bij de Kaderrichtlijn.

De aanpassingsplicht werd gezien als een belangrijk nieuw rechtsbeginsel dat nu door de E.U. als verplichting werd opgelegd.<sup>107</sup>

Het amendement werd evenwel verworpen.<sup>108</sup>

Het zou een materie betreffen waarvoor niet alleen de federale overheid, maar ook de gemeenschappen en gewesten bevoegd zijn. Daarenboven werd een advies van de Nationale Arbeidsraad dienaangaande noodzakelijk geacht aangezien het een nieuwe verplichting voor werkgevers betreft. De minister van Werkgelegenheid wees er tevens op dat het voorliggende voorstel algemene discriminatiebepalingen bevat, terwijl het amendement een beleid beoogt inzake positieve discriminatie bij werving.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> Zie artikel 2 (4) van het voorstel (COM (1999) 565).

<sup>104</sup> C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 2004, 319-320.

<sup>105</sup> Verslag namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door de heer Joseph Arens en mevrouw Karine Lalieux, *Parl.Doc.* Kamer 2001-02, nr. 1578/8, 27.

<sup>106</sup> *Parl.Doc.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/14, 2.

<sup>107</sup> *Parl.Doc.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/14, 2.

<sup>108</sup> *Parl.Doc.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/15, 153.

<sup>109</sup> *Parl.Doc.* Senaat 2001-2002, nr. 2-12/15, 152.



Tijdens de behandeling van het ontwerp in de Kamer dook er een nieuw amendement aangaande de aanpassingsplicht op.<sup>110</sup>

Artikel 2 § 3 bepaalde dat “het ontbreken van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap een discriminatie vormt in de zin van de wet”. “Als redelijke aanpassing wordt beschouwd de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen”.

De bezwaren die in de Senaat naar voren werden gebracht werden van tafel geveegd.<sup>111</sup>

De wetgever heeft door de inlassing van een plicht tot redelijke aanpassing niet alleen uitvoering gegeven aan artikel 5 van de Kaderrichtlijn, maar gaat zelfs verder dan dat. Het toepassingsgebied van de richtlijn beperkt zich tot arbeid en beroep, dit terwijl de Belgische wet geen enkel voorbehoud formuleert en dus van toepassing is op de andere domeinen die ze bestrijkt.<sup>112</sup>

In de toelichting bij het amendement van regeringscommissaris Van Gool<sup>113</sup> wordt onder aanpassingen onder meer verstaan: “de architecturale aanpassingen die bvb. rolstoeltoegankelijkheid garanderen, de technische hulpmiddelen die bvb. doven en blinden toelaten te communiceren, het gebruik van een vereenvoudigd taalgebruik voor mensen met mentale beperkingen, de reorganisatie van taakverdelingen, het verlenen van assistentie aan een persoon met een handicap, kortom: alle concrete maatregelen, voor zover redelijk, die ertoe bijdragen dat de persoon met een handicap geen schadelijke weerslag ondervindt van de omgevingsfactoren.

### **De Discriminatiewet van 10 mei 2007**

Ook in de nieuwe Discriminatiewet wordt een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van personen met een handicap gezien als een vorm van (indirecte) discriminatie.

Artikel 4 van deze wet stelt dat redelijke aanpassingen zijn: “passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop deze wet van toepassing is, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen”.<sup>114</sup>

Er wordt dus terug aangeknoopt bij artikel 5 van de Kaderrichtlijn.

Redelijke aanpassingen worden gedefinieerd als aanpassingen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toe te treden tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop de algemene wet van toepassing is.<sup>115</sup>

Redelijke aanpassingen omhelzen niet die maatregelen die een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen. Wanneer die belasting in voldoende mate

<sup>110</sup> Een regeringsamendement op voorstel van regeringscommissaris Van Gool.

<sup>111</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse” in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 178-181.

<sup>112</sup> De wet is ook van toepassing op het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek en de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek.

<sup>113</sup> *Parl.Doc.* Kamer 2001-2002, nr. 1578/3, 2.

<sup>114</sup> Art. 14 Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007.

<sup>115</sup> Art. 14 12° Algemene wet.

wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap, kan zij niet als onevenredig worden beschouwd.

### **Het decreet van 8 mei 2002 houdende de evenredige participaties op de arbeidsmarkt.**

Artikel 5 § 4 van dit decreet bepaalt het volgende: “teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling nageleefd wordt, moet worden voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de intermediaire organisaties en de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen nemen om toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd.”

### **Doelgroep redelijke aanpassingen**

De doelgroep voor de redelijke aanpassingen zijn kandidaat-werknemers en werknemers die belemmeringen ervaren:

- op het domein van het mentaal of verstandelijk functioneren;
- op het domein van het lichamelijk functioneren (bijvoorbeeld rolstoelgebruikers);
- op het domein van het zintuiglijk functioneren (bijvoorbeeld gehoorgestoorden, slechtzienden...);
- als gevolg van een chronische of degeneratieve ziekte (bijvoorbeeld diabetes, epilepsie, chronisch vermoeidheidssyndroom, multiple sclerose, vele vormen van reuma...).<sup>116</sup>

### **Soorten aanpassingen**

Er zijn verschillende aanpassingen mogelijk. Een limitatieve opsomming geven is onmogelijk. Wel kunnen we een onderscheid maken tussen materiële en immateriële aanpassingen en tussen collectieve en individuele aanpassingen.

### ***Materiële of immateriële aanpassingen***

Op materieel vlak gaat het vaak om specifieke, zichtbare aanpassingen. Een hellend vlak aan de ingang van een gebouw valt iedereen op die het gebouw betreedt. Er zal dan ook vaak eerst aan deze aanpassingen worden gedacht door degene wiens taak het is deze te voorzien (bijvoorbeeld de werkgever).

Enkele voorbeelden zijn: een aangepaste telefoon voor mensen met een auditieve handicap, een omgeving (bv. klinken) wordt voorzien van een contrasterende donkere kleur wat de

<sup>116</sup> *Wegwijs in...de redelijke aanpassingen ten behoeve van personen met een handicap op het werk*, uitgaande van Afdeling van juridische studiën, maart 2005, Brussel, 5.

mobiliteit van slechtziende personen ten goede komt, het aanleggen van een hellend vlak voor rolstoelgebruikers etc.<sup>117</sup>

De doelgroep omvat dus zowel personen met een handicap bij indiensttreding als de werknemers die geconfronteerd worden met een handicap tijdens hun beroepsloopbaan. De verplichting tot redelijke aanpassingen voor personen met een handicap heeft betrekking op het ganse domein van de arbeid; d.i.:

- zowel arbeid in loondienst, onbetaalde arbeid als zelfstandige arbeid;
- de toegang tot arbeid (werving en selectie), de arbeidspost, de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, de bevorderingskansen en de opleidingen;
- de privésector en overheidssector.

Op immaterieel vlak gaat het ook om specifieke aanpassingen, doch niet voor iedereen zichtbaar. Het betreft eerder de benadering van en de omgang met een gehandicapte persoon. Het zal dan eerder gaan om organisatorische aanpassingen.

Denk maar aan de aanpassing van werk- en rusttijden, het voorzien van bijkomende training in het gebruik van bepaalde apparatuur en de bijhorende aangepaste spraaktechnologiesoftware voor iemand met een visuele handicap, het afnemen van een mondeling examen om te vermijden dat een promotie-examen mensen met een handicap benadeelt (bijvoorbeeld omdat iemand met een visuele handicap minder snel kan lezen en schrijven).<sup>118</sup>

De aanpassingsverplichting moet ruim worden geïnterpreteerd, zoniet zal het beoogde doel, i.e. de volwaardige participatie van gehandicapten aan het arbeidsproces, niet kunnen worden gerealiseerd. Een aangepaste werkplek alleen zal immers niet volstaan. Ook toiletten, de eetruimte en andere gemeenschappelijke ruimten zullen voor gehandicapten moeten worden aangepast. Slechts door een ruime opvatting kunnen al die aanpassingen worden afgedwongen.<sup>119</sup>

### **Individuele of collectieve aanpassingen**

Individuele aanpassingen zijn aanpassingen die een individu *an sich* kan treffen. Ze zijn enkel bestemd om dat bepaalde individu tot nut te zijn. De aanpassing zal dan ook zoveel mogelijk afgestemd zijn op de concrete situatie van dat individu. Niet alle aanpassingen zijn haalbaar en zeker niet deze die enkel een individu tot nut strekken. Er moeten dus steeds afwegingen worden gemaakt.

Voorbeelden zijn: een aangepaste telefoon voor iemand met een auditieve handicap, het voorzien van een groter pc-scherm voor een slechtziende persoon, de mogelijkheid om regelmatig te pauzeren (flexibel uurrooster) voor een werknemer voor het nemen van medicatie.<sup>120</sup>

De collectieve aanpassingen treffen meerdere personen en zullen dus per definitie minder specifiek zijn. Het kan erg handig zijn om aanpassingen te maken aan de leef- of werkomgeving die meerdere personen tot nut zijn. Steeds moet wel een minimumniveau gehaald worden. Een

<sup>117</sup> GRIP VZW, "Algemene Beleidsnota: Redelijke aanpassing, een aanzet voor de praktijk", [www.gripvzw.be](http://www.gripvzw.be), 4.

<sup>118</sup> GRIP VZW, "Algemene Beleidsnota: Redelijke aanpassing: een aanzet voor de praktijk", [www.gripvzw.be](http://www.gripvzw.be), 4.

<sup>119</sup> E. BREMS, "Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie" in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 31.

<sup>120</sup> GRIP VZW, "Algemene Beleidsnota: redelijke aanpassingen, een aanzet voor de praktijk", [www.gripvzw.be](http://www.gripvzw.be), 5.

voorbeeld is het breder maken van de toegangsdeur tot een gebouw zodat rolstoelgebruikers er gebruik van kunnen maken.<sup>121</sup>

## Criteria voor de aanpassingen

### \* *Doeltreffendheid*

Een aanpassing is pas nuttig als ze de gehandicapte effectief tot voordeel strekt. Ze is doeltreffend wanneer ze de gehandicapte persoon daadwerkelijk in staat stelt een taak beter uit te voeren. Een aanpassing die haar doel totaal voorbij schiet is geldverspilling en moet dus steeds vermeden worden. Sommige taken kunnen nu eenmaal niet door een gehandicapte persoon worden uitgevoerd. Een blinde kan geen buschauffeur worden, zelfs niet met alle mogelijke aanpassingen.

### \* *Evenwaardigheid*

Personen met een handicap moeten op een evenwaardige wijze gebruik kunnen maken van de faciliteiten en de dienstverlening binnen het bedrijf.

Gehandicapten zijn anders maar ze moeten zoveel mogelijk worden behandeld als ieder ander persoon in de samenleving. Ze willen op een evenwaardige manier behandeld worden, ook op het vlak van dienstverlening inzake aanpassingen. De aanpassing moet dus van die aard zijn dat ze de gehandicapte persoon niet het gevoel geeft minderwaardig te zijn aan mensen zonder handicap.

Een werknemer die zich goed voelt, die zich gewaardeerd voelt door het bedrijf is meer geneigd zich goed in te zetten voor dat bedrijf.

### \* *Zelfstandigheid*

De mate van zelfstandigheid is een bepalende factor. Aanpassingen die ervoor zorgen dat de persoon met een handicap in staat gesteld wordt om zonder hulp van derden te participeren, verdienen de voorkeur.

Personen met een handicap moeten voor veel dingen rekenen op de steun van derden. De aanpassingen moeten erop gericht zijn de zelfstandigheid van de gehandicapte te versterken. Aanpassingen moeten dus van die aard zijn dat ze de gehandicapte op een zodanige manier helpen dat hij/zij op een zelfstandige manier kan deelnemen aan het leven van alledag.

Naast deze specifieke kenmerken moet elke aanpassing natuurlijk zo comfortabel mogelijk zijn en voldoen aan de minimale voorschriften betreffende de veiligheid en gezondheid. Dit spreekt voor zich. Aanpassingen moeten de levenskwaliteit van de gehandicapte persoon verbeteren, er kan geen sprake zijn van gevaarlijke of ongezonde ingrepen.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> GRIP VZW, "Algemene Beleidsnota: redelijke aanpassingen, een aanzet voor de praktijk", [www.gripvzw.be](http://www.gripvzw.be), 6.

<sup>122</sup> *Wegwijs in...redelijke aanpassingen ten behoeve van personen met een handicap op het werk*, uitgaande van de Afdeling van de juridische studiën, maart 2005, Brussel, 18-19.

## BEGRIJP REDELIJKE AANPASSING

De redelijkheid van de aanpassing moet worden beoordeeld rekening houdend met de context. Redelijke aanpassingen zijn concrete maatregelen genomen door de werkgever om het mogelijk te maken dat een werknemer met een handicap op een evenwaardige wijze kan deelnemen aan een activiteit binnen de arbeidssfeer. Deze aanpassingen compenseren de negatieve invloed van een onaangepaste omgeving voor een persoon met een handicap.

Het is duidelijk dat niet elke aanpassing als redelijk kan worden beschouwd.

In de parlementaire voorbereiding van de Discriminatiewet van 2003 werden enkele beoordelingscriteria vooropgesteld.<sup>123</sup>

Met behulp van deze kan worden nagegaan of en in welke mate een aanpassing redelijk is.

Er moet worden gekeken naar de context, naar degene op wie de verplichting tot invoering van een aanpassing rust en naar de reeds bestaande maatregelen.

Eerst moet er worden nagegaan of er wel degelijk aanpassingen mogelijk zijn die de individuele gehandicapte persoon effectief in staat zou stellen op evenwaardige wijze aan een welbepaalde activiteit te participeren.

Niet iedereen is geschikt om elke opdracht tot een goed einde te brengen. Voor bepaalde functies zijn specifieke kwalificaties vereist, zoals diploma's, een goede fysieke conditie etc.

Er kunnen bijvoorbeeld geen aanpassingen getroffen worden om een rolstoelgebruiker toe te staan het beroep van brandweerman met voldoening uit te oefenen. Of een blinde persoon die wenst als vliegtuigpilot te functioneren.

Er is evenmin sprake van een evenwaardige participatie wanneer aanpassingen nauwelijks enige concrete doeltreffendheid vertonen. Hierbij denkt men aan de situatie waarin een persoon met een motorische handicap en een kortlopende overeenkomst van pakweg één maand een grondige verbouwing van de arbeidsplaats of een volledige herstructurering van de arbeidstaken in zijn bedrijf opeist. Uit dit voorbeeld kan men overigens afleiden dat diezelfde persoon met een vast contract deze grondige aanpassingen mogelijk wel kan eisen.

Op de tweede plaats moet er gekeken worden naar de belasting in hoofde van degene op wie de aanpassingsplicht rust (bijvoorbeeld de werkgever). Hiermee wordt vooral bedoeld op de financiële draagkracht van de inrichter van de aanpassing.

Wanneer aanpassingen een onhaalbare financiële of organisatorische belasting vormen, kunnen ze niet redelijk zijn.

Van kleine bedrijven wordt niet verwacht dat ze dezelfde budgetten uittrekken om aanpassingen te treffen voor gehandicapte werknemers als multinationals.

Er zijn aanpassingen die iedereen kan treffen maar inzake financieel zwaardere aanpassingen zal een weigering in hoofde van een niet-kapitaalkrachtige inrichter niet snel gezien worden als een discriminatie.

Bij de beoordeling van onevenredige belasting kan onder meer rekening worden gehouden met de totale omzet en winst van de onderneming, noodzakelijke investeringen en kosten, organisatie van de arbeid (o.a. als werknemers vaak van post dienen te veranderen en een grote flexibiliteit vereist is), maar ook met de technische haalbaarheid van de aanpassing.

<sup>123</sup> *Parl.Doc.* Kamer 2001-2002, nr. 1578/008, 30.

In verband met aanpassingen voor blinde klanten kan men het volgende voorbeeld geven: een grote bankinstelling moet alle modellen van contracten in braille beschikbaar hebben; een kleine zelfstandige restauranthouder kan zijn bedieningspersoneel de instructie geven om aan blinde klanten de menukaart voor te lezen. Het voorbeeld van de bank toont overigens aan dat grote dienstverleners niet mogen wachten met de vereiste aanpassingen tot zich effectief een persoon met een handicap als klant aandient. Dit is uiteraard anders als het om aanpassingen voor werknemers gaat: die moeten pas worden uitgevoerd wanneer de behoefte bestaat in de concrete situatie.<sup>124</sup>

De laatste vraag die gesteld moet worden is of er niet reeds maatregelen bestaan die de belasting in ruime mate reduceren in hoofde van degene op wie de aanpassingsverplichting rust. Er moet dus rekening worden gehouden met alle bestaande maatregelen die kunnen compenseren (vooral financiële maatregelen), meer bepaald tussenkomsten van andere instanties zoals de overheid, geregionaliseerde fondsen, persoonlijke assistentie en verzekeraars.

Die maatregelen worden in aanmerking genomen voor zover zij reeds “in voldoende mate” compenseren.

Dat wil zeggen dat de beschikbare vergoeding niet noodzakelijk de bovengrens vormt van de redelijke aanpassing. Een aanpassing die meer kost dan de verkregen vergoeding zal dus niet per se een onevenredige belasting opleveren.

Natuurlijk is het steeds aan de rechter om in elke situatie concreet na te gaan of de criteria zijn vervuld.

In de Discriminatiewet van 2003 vindt men enkel de laatste twee criteria terug. Het eerste richtsnoer lijkt o.m. te impliceren dat er een concrete behoefte moet bestaan en dat generieke aanpassingen uitgesloten zijn. De werkgever moet dus niet op voorhand een reeks aanpassingen verrichten, rekening houdend met mogelijke handicaps die zich kunnen voordoen. Het is de concrete situatie die zal bepalen of en welke aanpassing dient te geschieden.<sup>125</sup>

Gedurende het arbeidsproces kan de handicap een evolutie ondergaan. Op het moment dat een gehandicapte solliciteert moeten voor hem indien nodig redelijke aanpassingen doorgevoerd worden zodat hij op een gelijkaardige manier beoordeeld kan worden als de overige kandidaten. Eenmaal aangeworven kan hij aanspraak maken op de redelijke aanpassingen die hem in staat stellen zijn werk even goed en op een comfortabele manier uit te voeren.

Wat als zijn handicap verergert? Moeten de aanpassingen dan zonder meer mee evolueren? Ook hier moet het criterium van de redelijkheid worden toegepast. Als de verandering in handicap slechts licht is en de maatregel zonder veel moeilijkheden aangepast kan worden dan zou er geen probleem mogen zijn. Het wordt moeilijker als deze handicap zodanig verandert dat extra, zwaardere maatregelen moeten getroffen worden.

Als de verandering van die aard is dat de gehandicapte persoon niet meer in staat is om zijn functie te vervullen lijkt het niet onrechtvaardig te weigeren verdere aanpassingen door te voeren.

<sup>124</sup> E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 48.

<sup>125</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse” in *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 181.

De wet en de kaderrichtlijn laten de mogelijkheid om wezenlijke functievereisten te stellen bestaan.

De Kaderrichtlijn besteedt er aandacht aan in overweging 17: “Deze richtlijn eist niet dat iemand in dienst genomen, bevorderd, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren of om een bepaalde opleiding te volgen, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap te voorzien.”

De werkgever behoudt dus de vrijheid om de meest geschikte kandidaat te selecteren of iemand af te wijzen wegens onvoldoende geschiktheid. Als een gehandicapte wordt afgewezen omdat hij niet de juiste opleiding of ervaring heeft, is er geen sprake van discriminatie op grond van handicap aangezien er geen verband is met de handicap. Soms zal de ongeschiktheid wel samenhangen met de handicap, ook dan hoeft niet altijd sprake te zijn van discriminatie op grond van handicap.

Doorslaggevend is of iemand in staat is de essentiële taken van de functie uit te oefenen, waarbij moet worden nagegaan of een redelijke aanpassing uitkomst kan bieden.

Als iemand vanwege zijn handicap de essentiële taken niet kan uitoefenen en er ook geen redelijke aanpassingen kunnen worden getroffen waardoor iemand dat toch kan, mag een werkgever deze persoon afwijzen.

In het arrest-Chacon Navas van het Hof van Justitie maakt het hof in een *obiter dictum* duidelijk dat, zelfs wanneer een handicap voorhanden is, het verbod van discriminatie op grond van een handicap zich niet noodzakelijk verzet tegen een ontslag wegens die handicap.

Dat is pas het geval wanneer het ontslag, “rekening houdend met de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien, niet gerechtvaardigd wordt door het feit dat de betrokken persoon niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te voeren.”<sup>126</sup>

Volgens MARC DE VOS gaat het Hof van Justitie door de bocht door het principe van de redelijke aanpassingen voetstoots te hanteren als een mogelijke rechtvaardiging voor directe discriminatie op grond van handicap bij ontslag.

Volgens DE VOS is de combinatie van het verbod van discriminatie en de bijzondere verplichting tot het treffen van redelijke aanpassingen moeilijk, maar niet onmogelijk.<sup>127</sup>

Alleen voor indirecte discriminatie erkent de Kaderrichtlijn dat een redelijke aanpassing als rechtvaardiging voor discriminatie kan gebruikt worden.<sup>128</sup> Zonder enige analyse wordt de plicht tot redelijke aanpassingen nu door het hof van Justitie (in navolging van advocaat-generaal Geelhoed) *a contrario* gebruikt om het verbod van directe discriminatie te beperken. Een veronderstelde directe discriminatie op grond van handicap wordt bij ontslag aanvaard wanneer de betrokken gehandicapte persoon niet door een redelijke aanpassing in staat kan worden gesteld de essentiële taken van zijn functie uit te voeren.

Een ontslag wegens manifeste arbeidsongeschiktheid hoeft juridisch geen handicapdiscriminatie te zijn. Dit geldt zolang de werkgever maar consequent blijft en elke ongeschiktheid van eenzelfde kaliber op eenzelfde wijze behandelt. Ontslagdiscriminatie op grond van handicap ontstaat immers slechts wanneer een niet-gehandicapte persoon in eenzelfde situatie anders

<sup>126</sup> HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacon Navas, rechtsoverwegingen 42-52.

<sup>127</sup> M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de Wet Bestrijding Discriminatie” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 78-82.

<sup>128</sup> Artikel 2.2 b Kaderrichtlijn.

zou worden behandeld. Want abstractie gemaakt van de plicht tot redelijke aanpassingen vergt directe discriminatie als vanouds de ongelijke behandeling van gelijke of vergelijkbare gevallen op grond van het beschermde kenmerk (in casu handicap).

Ontslag wegens (arbeidsongeschiktheid door) handicap is in die optiek niet noodzakelijk discriminatie wegens handicap.

Dat *obiter dictum* is dus niet alleen overbodig, het is conceptueel misplaatst en versterkt de indruk dat het Hof bij de uitbouw van het verbod van discriminatie op grond van handicap veeler op de rempedaal dan op de gaspedaal wil gaan staan.<sup>129</sup>

Het is misschien nuttig enkele voorbeelden van aanpassingen die als redelijk worden bestempeld op te lijsten. Dit is een louter exemplatieve lijst die wat meer inzicht kan verstrekken:

- het ter beschikking stellen van schriftelijke proeven in braille of grootdruk voor visueel gehandicapten;
- omdat het lezen tijdens een schriftelijke proef voor visueel gehandicapten meer tijd vergt, wordt meer tijd voorzien voor het afleggen van de proef;
- het voorzien van een doventolk bij een sollicitatiegesprek;
- zorgen dat de sollicitatie doorgaat op een bereikbare en rolstoeltoegankelijke plaats;
- het gebruik van een aangepaste test waardoor het redeneervermogen van iemand met dyslexie niet vertekend wordt.<sup>130</sup>

\* Een schoonmaakbedrijf laat zijn personeel maandelijks van verdieping veranderen. Een werknemer heeft een mentale handicap die zijn bekwaamheid voor het schoonmaken niet beïnvloedt, maar die het hem moeilijk maakt om zich aan te passen aan die maandelijks veranderende verdieping. Hij vraagt om redelijke aanpassingen en stelt drie mogelijkheden voor: permanent op dezelfde verdieping blijven, slechts om de twee maanden veranderen, of een overgangperiode toestaan om zich aan te passen aan de veranderingen.

Alle drie zijn redelijke aanpassingen

\* Een werknemer met een ernstige leerstoornis heeft moeite om de vele uitgebreide nota's van zijn baas te begrijpen. Hij heeft echter geen probleem met mondelinge communicatie. Hij vraagt dat de werkgever hem een PC geeft met taaltechnologie en dat de nota's per e-mail worden gestuurd zodat de PC deze kan voorlezen. De werkgever vindt dit te duur maar stelt voor om zijn boodschappen op tape op te nemen. Beide voorstellen zijn redelijke aanpassingen, de werkgever mag de minst dure kiezen.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?", *R.W.* 2006-07, 335-336.

<sup>130</sup> *Wegwijs in...redelijke aanpassingen ten behoeve van personen met een handicap op het werk*, uitgaande van Afdeling van de juridische studiën, maart 2005, 6.

<sup>131</sup> M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 50.



## Criteria om de aanpassingen redelijk te maken

De Federale overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg heeft in een brochure enkele criteria opgesomd waaraan aanpassingen moeten voldoen om als “redelijk” te worden beschouwd.<sup>132</sup>

*\* De financiële en organisatorische last voor de werkgever.*

Zoals hierboven reeds aangehaald wordt een aanpassing pas als redelijk beschouwd wanneer de uitvoering ervan geen onevenredige belasting voor de werkgever betekent of wanneer de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen.

Dit is geen eenvoudige definitie.

De kwalificatie van de redelijkheid zal voor een groot deel afhangen van de financiële mogelijkheden van degene die de aanpassing moet betalen. In die afweging zal de grootte van het bedrijf een belangrijke rol spelen. Dure verbouwingen kunnen redelijk zijn voor grote bedrijven of multinationals, terwijl diezelfde aanpassingen een overmatige belasting kunnen betekenen voor een KMO.

Een aanpassing kan een serieuze hap uit het budget nemen. Verbouwingen of het aanwerven van extra personeel kosten over het algemeen redelijk wat geld. Toch kunnen vele problemen die de gehandicapte werknemer ondervindt vaak ook met kleine ingrepen opgelost worden. Het kostenplaatje hangt af van welke aanpassing men verkiest uit te voeren. Een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheden kan dus erg nuttig zijn.

Bovendien belet niets de werkgever om, indien hij verschillende keuzemogelijkheden heeft, de goedkoopste optie te nemen. Op voorwaarde evenwel dat deze doeltreffend blijft.

De werkgever moet vaak de kost van de redelijke aanpassingen niet alleen dragen. De overheid draagt hier haar steentje bij. Ze voert een beleid van positieve discriminatie van gehandicapten op de arbeidsvloer. Hiervoor trekt ze subsidies uit die zich in allerlei vormen manifesteren.

Het ligt voor de hand dat de aanpassing die door de gehandicapte werknemer gevraagd wordt verband moet houden met het concreet beroep.

*\* De verschillende vormen van redelijke aanpassingen.*

Het is uiteraard niet mogelijk een exhaustieve lijst te geven van alle bestaande en denkbare maatregelen die een aanpassing kunnen betekenen voor een persoon met een handicap. De aanpassingen kunnen derhalve verschillende vormen aannemen. Ze zijn gegroepeerd in de volgende categorieën:

Aangepast materiaal, toegankelijke instructies, materiële aanpassingen aan de werkplek, reorganisatie van de taken, thuisarbeid, aangepaste uurregeling, beleidswijziging, toekennen van een nieuwe betrekking, assistentie en begeleiding.

## Procedure van het totstandkomen van een redelijke aanpassing

Noch de Kaderrichtlijn, noch de Discriminatiewet bepalen precies de procedure tot inrichting van een aanpassing.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> *Wegwijs in...de redelijke aanpassingen ten behoeve van personen met een handicap op het werk*, uitgaande van de Afdeling van de juridische studiën, Brussel, maart 2005, 19-26.

<sup>133</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr.40.

Er wordt enkel gesteld dat er een redelijke aanpassing moet doorgevoerd worden voor personen met een handicap en het ontbreken ervan wordt aanzien als discriminatie.

De persoon met een handicap is er natuurlijk zelf het best van op de hoogte in hoeverre zijn handicap hem belet bepaalde werkzaamheden uit te voeren. Hij zal dus zelf de vraag moeten formuleren om een aanpassing te bekomen als hij dit wenst. Het initiatief ligt bij hem, de werkgever moet niet als eerste de maatregelen treffen maar hij kan dat natuurlijk wel doen.

Het is in ieder geval evident dat een gehandicapte die aan een niet-zichtbare handicap lijdt, deze handicap eerst zal moeten onthullen vooraleer over een aanpassing van de werkomgeving kan worden gesproken.

De vraag moet gericht worden tot de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, ofwel rechtstreeks tot de werkgever.

De persoon met een handicap levert een duidelijke omschrijving van de handicap en de daarmee gepaard gaande moeilijkheden en de invloed van de onaangepastheid van de omgeving. Deze gegevens vormen de precieze inhoud van de aanpassingsvraag. Als het gaat om een collectieve aanpassing dan moet de aanvraag gebeuren in collectief overleg met alle betrokkenen.

Het is vanzelfsprekend dat bij het invoeren van een aanpassing steeds overleg gepleegd zal worden tussen aanvrager en werkgever.<sup>134</sup>

De arbeidsgeneeskundige en de Interne dienst preventie en bescherming op het werk moeten een arbeidspostanalyse doen en advies uitbrengen aan de werkgever. De werkgever kiest uiteindelijk de meest geschikte vorm van aanpassing. Hij kent immers de mogelijkheden en beperkingen van zijn bedrijf het best. Zo kan hij beter inschatten wat financieel haalbaar is en welke aanpassingen het best te combineren zijn met de goede werking van het bedrijf. Ook moet er regelmatig een evaluatie gebeuren van de aanpassing. Deze evaluatie laat toe dat de werkgever wijzigingen aanbrengt aan de aanpassingen of nieuwe aanpassingen doet. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een persoon met chronische vermoeidheid. Om een aanpassing van het uurrooster te bekomen zal deze handicap, voor zover daarvan in dit geval sprake kan zijn,<sup>135</sup> eerst kenbaar moeten worden gemaakt. Dit heeft het vreemde gevolg dat om het recht op redelijke aanpassingen van de werkplaats te kunnen uitoefenen, men zichzelf in een zwakkere positie dient te plaatsen: men stelt zichzelf op die manier namelijk bloot aan een mogelijke discriminatie wegens handicap.

De aanpassingsplicht is, voor wat betreft het terrein van de arbeid, een verplichting in hoofde van de werkgever, aangezien de Discriminatiewet stelt dat discriminatie verboden is in de ganse arbeidsrelatie, van werving tot ontslag. Dit kan leiden tot moeilijkheden.

Stel dat een kandidaat-werknemer van zijn tegenpartij een aanpassing vraagt die bouwkundige aanpassingen vergt, maar die de werkgever niet mag uitvoeren omdat hij in een beschermd pand is gevestigd. Men zou kunnen stellen dat de werkgever in dat geval onmogelijk aan zijn verplichting kan voldoen zodat hij zich op overmacht kan beroepen. Of mag men misschien aannemen dat de aanpassing in dat geval de redelijkheidstoets niet doorstaat? Maar wat indien bouwkundige aanpassingen worden gevraagd in het geval waarbij de werkgever geen eigenaar is van het bedrijfsgebouw, maar huurder is? In deze hypothese zal eerst moeten worden nagegaan wie krachtens de wet of de overeenkomst de aanpassing dient te verrichten. Als de werk-

<sup>134</sup> GRIP VZW, "Algemene beleidsnota: redelijke aanpassing, een aanzet voor de praktijk", [www.gripvzw.be](http://www.gripvzw.be), 14.

<sup>135</sup> Indien men chronische vermoeidheid niet kwalificeert als een handicap maar wel als een huidige gezondheidstoestand, is er van een recht op redelijke aanpassing geen sprake meer, aangezien enkel gehandicapten een recht op redelijke aanpassing kunnen laten gelden.

gever zelf vrij kan beslissen<sup>136</sup> over het uitvoeren van aanpassingswerken, dan rijst er geen probleem. Als de beslissing over de aanpassing moet worden genomen door de eigenaar en deze dat weigert is de situatie uiteraard gans anders. Kan de werkgever zich dan ook op overmacht beroepen? Of moet men aannemen dat de werkgever verplicht zal zijn om van zijn medecontractant te vorderen dat hij zijn overeenkomst te goeder trouw uitvoert?

Wanneer de aanpassing eerder minimaal is en de werkgever aan de eigenaar van het pand aanbiedt om de kosten van de aanpassing, niettegenstaande andersluidende bedingen, toch op zich te nemen, lijkt de weigering van de eigenaar de aanpassing te laten uitvoeren namelijk strijdig met de goede trouw.<sup>137</sup>

### **Verenigd Koninkrijk: *Disability Discrimination Act 1995*.**

Ook in het Engelse recht wordt het niet voorzien van redelijke aanpassingen als een vorm van discriminatie beschouwd. Als er een voorziening, criterium of praktijk gehanteerd wordt door de werkgever, of als er een fysiek kenmerk is aan de werkplek, die de gehandicapte duidelijk in het nadeel stelt in vergelijking met anderen die niet gehandicapt zijn, dan is het de plicht van de werkgever om binnen de grenzen van het redelijke, de voorziening, het criterium, de praktijk of de werkplek aan te passen.

De *Act* geeft dan ook een hele reeks voorbeelden van redelijke aanpassingen die doorgevoerd kunnen worden, zoals materiële wijzigingen aan de arbeidsplaats, deel van het werk van de gehandicapte overdragen aan een andere persoon, het wijzigen van de gehandicapte persoon zijn werkuren, hem een andere werkplaats aanbieden, hem toelaten afwezig te zijn van het werk wanneer hij behandeld moet worden, hem training geven, een tolk ter beschikking stellen...

Of iets redelijk is hangt af van situatie tot situatie, net als in België.

De situatie wordt beoordeeld aan de hand van ongeveer dezelfde criteria: praktische haalbaarheid, financiële en andere mogelijkheden van de werkgever, financiële en andere steunmaatregelen voor de werkgever, etc.

### **Nederland: De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte**

Zoals eerder uiteengezet mag men in Nederland niet benadeeld worden op basis van handicap of chronische ziekte als men er werkt of een beroepsopleiding wil volgen. Indien dit toch gebeurt kan men beroep doen op de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).

De wet is van nut voor iedereen die beperkingen heeft die langdurig of onomkeerbaar zijn. De wet kent geen definitie of exhaustieve lijst van beperkingen. Het kan gaan om fysieke, psychische of verstandelijke handicap of om chronische ziektes zoals diabetes of astma.

Ook redelijke aanpassingen worden voorzien in de WGBH/CZ. De Wet verplicht aanbieders van werk en onderwijs te zorgen voor zogenaamde doeltreffende oplossingen.

<sup>136</sup> Section 6 *Disability Discrimination Act 1995*.

<sup>137</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, "Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving", in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 186-187.

Artikel 2 WGBH/CZ stelt dat het verbod van onderscheid mede inhoudt dat degene, tot wie dat verbod zich richt, gehouden is naargelang de behoefte, doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.

Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de kosten absoluut niet in verhouding staan tot de baten. Denk op het vlak van arbeid aan een erg kort dienstverband en een heel dure aanpassing.

Het gaat hier om de derde vorm van verboden onderscheid, naast direct en indirect onderscheid.

In dit kader dient een belangrijke belangenafweging plaats te vinden waarbij is aangesloten bij begrippen als passende arbeid, goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid.<sup>138</sup>

Op deze manier wordt het gelijkheidsbeginsel op een praktische manier gecombineerd met het arbeidsrecht. Het is aan de Commissie Gelijke Behandeling en aan de rechter om de norm van de doeltreffende aanpassing verder in te kleuren.

Ook hier kunnen doeltreffende aanpassingen zowel materieel als immaterieel zijn van aard. Denk maar aan een aangepaste stoel, een aangepaste machine, aangepaste werktijden en aanpassingen die het gebouw toegankelijk maken. Beide soorten aanpassingen kunnen kosten met zich meebrengen. De verplichting om aanpassingen te verrichten heeft niet enkel betrekking op de werkplek maar ook op andere delen van de werkomgeving, zoals de kantine, de toiletten of het archief.<sup>139</sup>

Een aanpassing moet doeltreffend zijn. Volgens de regering houdt dit in dat deze geschikt en noodzakelijk moet zijn om de gehandicapte of chronisch zieke als eenieder te laten deelnemen aan het arbeidsproces en andere aspecten van het maatschappelijk leven.<sup>140</sup>

Een aanpassing is geschikt als deze belemmeringen van welke aard dan ook kan wegnemen en de zelfstandigheid en volwaardige participatie en integratie van de gehandicapte of chronisch zieke kan bevorderen.<sup>141</sup>

Een aanpassing is noodzakelijk als het doel niet met een andere (mogelijk minder kostbare) voorziening bereikt kan worden (subsidiariteit).<sup>142</sup>

Bij de beoordeling welke aanpassing in een concreet geval doeltreffend is, zal medisch of arbeidsgeneeskundig advies een belangrijke rol kunnen spelen. Ook de inbreng van de kant van de gehandicapte zelf is van belang.<sup>143</sup>

De redelijkheidstoets, waarbij een afweging moet plaatsvinden tussen de belangen van de gehandicapte bij de aanpassing en de belangen voor de wederpartij, is een open norm die nader kan worden ingevuld met behulp van jurisprudentie.<sup>144</sup>

Elementen die een rol kunnen spelen bij de belangenafweging zijn de volgende:<sup>145</sup>

- de grootte van de organisatie of instelling in termen van het aantal daarin participerende personen;
- de noodzakelijke investeringen en kosten voor het aanbrengen van de aanpassing;
- de beschikbare financiële tegemoetkomingen;

<sup>138</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9, 27.

<sup>139</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 11.

<sup>140</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 25.

<sup>141</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr.3, p. 25.

<sup>142</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 25.

<sup>143</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26.

<sup>144</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 27 en 28.

<sup>145</sup> Kamerstukken II, 2000/02, 28 169, nr. 3, p. 29.

- de operationele en technische haalbaarheid van de aanpassing (operationeel: mogelijk kunnen bepaalde aanpassingen niet worden getroffen omdat die arbeidsomstandigheden van werknemers bedreigen of de productkwaliteit beïnvloeden ; technisch: werkgevers moeten zich houden aan hetgeen overeenkomt met de algemeen erkende stand van betreffende techniek in de betrokken bedrijfstak);
- de financiële draagkracht van de onderneming of instelling;
- de duur van de arbeidsrelatie.

Ook in Nederland hoeven werkgevers niet bij voorbaat rekening te houden met allerlei handicaps en chronische ziekten, waarbij komt dat zij op grond van de wet op de medische controle niet mogen vragen naar de gezondheid van de kandidaten. De wet gaat uit van een aanpassing in een concrete individuele situatie, waarbij het initiatief ligt bij de (aspirant) werknemer. Deze moet tijdig aan de werkgever duidelijk maken welke aanpassing hij nodig heeft. Een werkgever kan een dergelijk verzoek laten onderzoeken door de arbodienst. Hoewel niet verplicht, is het natuurlijk verstandig om in het algemeen bij voorbaat rekening te houden met bepaalde veel voorkomende handicaps, zodat bijvoorbeeld mensen met een visuele handicap of mensen in een rolstoel zonder belemmeringen kunnen functioneren.

De doeltreffende aanpassing kan in het kader van de toetsing aan de wet op verschillende manieren aan de orde komen. Een geschil kan voor het belangrijkste gedeelte zijn gebaseerd op het verzoek om doeltreffende aanpassing. Daarnaast kan de mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing een rol spelen bij de beoordeling of een werkgever terecht iemand afwijst voor een functie omdat hij vanwege een handicap niet aan bepaalde functievereisten kan voldoen. Ook bij de beoordeling of een werkgever met succes beroep kan doen op een wettelijke uitzonderingsgrond voor het maken van direct of indirect onderscheid kan de mogelijkheid van de doeltreffende aanpassing een rol spelen. Als een doeltreffende aanpassing mogelijk is, wordt in het individuele geval de ongelijkheid opgeheven en vervalt de reden om onderscheid te maken.

De verplichting om redelijke aanpassingen te treffen geldt onder de WGBH/CZ ook in de precontractuele fase. Een rechter kan dus bijvoorbeeld besluiten dat een werkgever niet eenzijdig de onderhandelingen met een gehandicapte sollicitant mag afbreken zonder eerst te hebben onderzocht of het mogelijk is het werk aan te passen.<sup>146</sup>

Er zal nog antwoord moeten worden gegeven op de vraag hoe ver de plicht om redelijke aanpassingen te treffen strekt tijdens de proeftijd. Is het disfunctioneren tijdens de proeftijd wegens het ontbreken van een doeltreffende aanpassing een reden tot ontslag tijdens de proefperiode?

In hoeverre doeltreffende aanpassingen kunnen worden gevraagd tijdens tijdelijke dienstverbanden is ook onduidelijk.<sup>147</sup>

Enkele voorbeelden uit de rechtspraak van de Commissie Gelijke Behandeling:

\* Een reisorganisatie (verweerster) heeft een persoon (de verzoeker) afgewezen voor de functie van reisleader. De reisorganisatie heeft aan deze afwijzing mede ten grondslag gelegd dat de sollicitant niet voldoet aan de vereiste stressbestendigheid. De sollicitant heeft aangevoerd dat de reisorganisatie jegens hem verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van chronische

<sup>146</sup> A.C. HENDRIKS, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten. Een grondrechtelijke en rechtsvergelijkende analyse*, Deventer, Kluwer, 2000.

<sup>147</sup> A. DE KEIZER, De wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte, SMA 2004, 126-129.

ziekte. Hij gebruikt medicijnen voor zijn chronische ziekte waardoor hij geen gezondheidsprobleem heeft en stressbestendig is.

De Commissie gelijke behandeling heeft overwogen dat op basis van de door de sollicitant overlegde algemene informatie over de ziekte niet valt uit te sluiten dat hij wel geschikt is voor de functie. Het oordeel van de reisorganisatie over de geschiktheid van de van de sollicitant berust op stereotyperingen die zeker niet gelden voor alle personen die manisch depressief zijn. Het had daarom op de weg van de reisorganisatie gelegen om nader te onderzoeken of de sollicitant geschikt is of met redelijke aanpassingen geschikt zou zijn te maken voor de functie van reisleider. Door dit na te laten heeft de reisorganisatie in strijd gehandeld met de WGBH/CZ.<sup>148</sup>

\* Een man is werkzaam als senior applicatiebeheerder op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hij heeft ADHD en lijdt daarnaast ook aan gezelschapshardhorendheid. De man heeft de status van arbeidsgehandicapte gekregen van het UWV. Na toestemming van de CWI heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst met de man opgezegd wegens disfunctioneren.

De werknemer is van mening dat zijn werkgever onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst. Volgens hem had zijn werkgever moeten zorgen voor coaching en begeleiding en voor de aanpassing van zijn functie.

De werkgever heeft aangevoerd dat zij de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd op basis van de argumenten waarop de CWI de ontslagvergunning heeft verleend, te weten gebreken in de technische kennis en zijn onvermogen om zijn werk te plannen en te organiseren. De werkgever verklaarde onder meer dat een groot aantal bestanddelen van de functie wordt geraakt door de gebrekkige technische kennis. De werknemer heeft niet weersproken dat deze werkzaamheden een belangrijk onderdeel vormen van zijn functie. De werknemer heeft in een gesprek met zijn werkgever ook aangegeven de functie van senior applicatiebeheerder, zoals deze nu is ingevuld, niet te ambiëren.

Mede op grond hiervan vindt de Commissie dat de werkgever geen onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door de arbeidsovereenkomst met de verzoeker op te zeggen.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> Oordeel 2006-77 Commissie Gelijke Behandeling.

<sup>149</sup> Oordeel 2005-2 Commissie Gelijke Behandeling.

## VERHOUDING VAN DE DISCRIMINATIEWET(TEN) MET ARBEIDSRECHTELIJKE NORMEN DIE ONDERSCHIED ORGANISEREN

### DE SITUATIE ONDER DE DISCRIMINATIEWET VAN 25 FEBRUARI 2003

Arbeidsrechtelijke normen die zelf een onderscheid organiseren, hanteren zelf criteria die – in het kader van de Discriminatiewet – kunnen resulteren in directe of indirecte discriminatie.

Denk maar aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst na zes maanden arbeidsongeschiktheid, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proefperiode na zeven dagen arbeidsongeschiktheid (gevallen van eventuele discriminatie op grond van handicap of huidige of toekomstige gezondheidstoestand), het onderscheid tussen arbeiders en bedienden (eventuele indirecte discriminatie op grond van ras), de CAO's die loonbarema's voorzien in functie van leeftijd of anciënniteit (eventuele directe of indirecte discriminatie op grond van leeftijd), vergoedingen verschuldigd bij collectief ontslag etc.

Wanneer de norm die een onderscheid organiseert een *lex inferior* is, dus de arbeidsrechtelijke regel die het onderscheid organiseert lager staat in de hiërarchie dan de Discriminatiewet (bijvoorbeeld een CAO of KB), moet worden nagegaan of er effectief een conflict bestaat tussen de Wet en de lagere norm die het onderscheid organiseert. Niet elk (direct of indirect) onderscheid op grond van een beschermd criterium, bijvoorbeeld gezondheidstoestand, is een discriminatie. Denk maar aan het geval waarin het onderscheid gerechtvaardigd kan worden in het kader van de Discriminatiewet.

Wanneer er wel degelijk een conflict wordt vastgesteld moet voorrang worden gegeven aan de Discriminatiewet (die richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd).<sup>150</sup>

De werkgever moet dan enerzijds de arbeidsregulering toepassen zolang die niet conflicteert met de Discriminatiewet, dat kan een delicate afweging in concreto vergen. En anderzijds mag hij de arbeidsregulering niet toepassen zodra deze een discriminatie organiseert.

Wanneer de arbeidsrechtelijke regel die het onderscheid organiseert en de Discriminatiewet op *gelijke hoogte* staan in de hiërarchie, denk aan een wet en deze wet niet strijdig is met het Europese recht (omdat de norm niet ressorteert onder het materieel toepassingsgebied van de richtlijnen of omdat de norm Europeesrechtelijk gerechtvaardigd kan worden) is de situatie wat ingewikkelder.

In de eerste plaats moet opnieuw worden nagegaan of er wel degelijk sprake is van een conflict tussen de norm die het onderscheid organiseert en de Discriminatiewet.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Discriminatiewet van 2003 werd hier aandacht aan besteed. De regering diende een amendement in waarin werd bepaald dat de wet onverlet laat: "onderscheid dat gemaakt wordt door of krachtens enige andere wet, decreet of ordonnantie."<sup>151</sup>

<sup>150</sup> M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de Wet Bestrijding Discriminatie, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 104.

<sup>151</sup> Amendement nr. 10 van de regering, *Parl.Doc.* Senaat 2000-2001, nr. 2-12/6, zie voor bespreking Verslag namens de Commissie Justitie uitgebracht door mevrouw Kaçar, *Parl.Doc.* Senaat, 2001-2002, nr. 2-12, 153-158.

Dit amendement kaderde in het gesloten systeem van rechtvaardiging dat de regering oorspronkelijk voorstelde. Toen uiteindelijk toch werd gekozen voor een open systeem<sup>152</sup> vond de regering dat het amendement zinloos was.

Men ging er dus eigenlijk van uit dat een onderscheid dat wordt georganiseerd door de wetgever de rechtvaardigingstoets van de Discriminatiewet doorstaat, en dat de Discriminatiewet nooit een conflict kon opleveren met een wettelijke norm die een onderscheid organiseert, voor zover de norm zelf de toetsing aan artikelen 10 en 11 van de Grondwet doorstaat. Als de arbeidsrechtelijke norm de toetsing aan de artikelen 10 en 11 GW niet doorstaat kan zo ook het conflict met de Discriminatiewet worden opgelost en krijgt de Discriminatiewet voorrang.

Voor arbeidsverhoudingen werd de algemene rechtvaardigingsgrond echter uitgesloten, waardoor mogelijk ook de rechtvaardiging voor onderscheid door of krachtens de wet werd opgeheven.<sup>153</sup>

De rechtsleer benaderde dit probleem op een andere manier.<sup>154</sup> Marc DE VOS gaat er van uit dat eerst concreet moet worden nagegaan of er een conflict bestaat tussen de arbeidsrechtelijke wet die het onderscheid organiseert en de Discriminatiewet.

Hij acht een conflict tussen een arbeidsrechtelijke wet die onderscheid organiseert en de Discriminatiewet wel degelijk mogelijk en volgens hem moet een dergelijk conflict worden opgelost aan de hand van de adagia *lex specialis* en *lex posterior*.

Voor wetgeving die dateert van voor de Discriminatiewet, is de vraag of dergelijke wetgeving eventueel als *lex specialis* voorrang kan krijgen op de Discriminatiewet. Het is nochtans moeilijk om arbeidswetgeving die onderscheid organiseert als *lex specialis* te beschouwen ten aanzien van de Discriminatiewet.

Voor de wetgeving die dateert van na de Discriminatiewet krijgt de latere wet die het onderscheid organiseert voorrang.

Wanneer de Discriminatiewet en de arbeidsrechtelijke norm op gelijke hoogte staan in de hiërarchie en de norm die het onderscheid organiseert bovendien een conflict oplevert met de Europese richtlijnen, dan zal er naast een conflict met de richtlijnen ook een conflict plaatsvinden tussen de norm en de Discriminatiewet, die richtlijn conform moet worden geïnterpreteerd.

Het conflict zal via een Europeesrechtelijke omweg moeten worden opgelost. Er zal moeten worden nagegaan of de arbeidsrechtelijke norm niet buiten werking kan worden gesteld via Europeesrechtelijke toetsing (via toetsing aan artikelen 10 en 11 GW).<sup>155</sup>

## DE DISCRIMINATIEWET VAN 10 MEI 2007

De nieuwe Discriminatiewet bevat een *vrijwaringsclausule* die bepaalt dat de wet een onderscheid dat wordt opgelegd door of krachtens een andere wet niet in vraag stelt.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> Waarbij van directe discriminatie slechts sprake was indien een onderscheid niet objectief en redelijk kon worden gerechtvaardigd.

<sup>153</sup> C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 47-48.

<sup>154</sup> M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de Wet Bestrijding Discriminatie, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 104-105.

<sup>155</sup> C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 50.

<sup>156</sup> Deze clausule is ook opgenomen in de nieuwe genderwet en de nieuwe antiracismewet van 10 mei 2007.



Artikel 11 van de Discriminatiewet stelt: “direct of indirect onderscheid op grond van de beschermde criteria geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens de wet.” En “de voorgaande paragraaf doet geen uitspraak over de conformiteit van direct en indirect onderscheid dat door of krachtens een wet wordt opgelegd, met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationale recht.”

Wat is de draagwijdte van deze *vrijwaringsclausule*?

Volgens de regering heeft deze clausule uitsluitend tot doel te vermijden dat elke gerechtelijke instantie ervan uitgaat dat het over de macht beschikt om de verenigbaarheid na te gaan van de algehele bestaande of toekomstige federale wetgeving met het verbod op discriminatie dat wordt gesteld door de Discriminatiewet, met de bedoeling er bijvoorbeeld uit af te leiden dat de Discriminatiewet op de dag van de inwerkingtreding ervan, deze of gene wetgevende bepaling heeft afgeschaft die elders wel bestaat.

Een dergelijke macht toekennen aan elke rechterlijke instantie die de Discriminatiewet toepast, zou leiden tot een te grote rechtsonzekerheid.

De bedoeling van de vrijwaringsclausule is deze rechtsonzekerheid vermijden.

Anderzijds heeft deze clausule geenszins tot doel of tot gevolg te laten verstaan dat onderscheid dat zou worden opgelegd door of krachtens een bestaande federale wet vrijgesteld zou zijn van enig verwijt in het licht van het principe van gelijkheid of non-discriminatie dat wordt gewaarborgd door de formele ‘supra-wetgevende’ bronnen, met name de Grondwet, het internationale recht inzake mensenrechten, het primaire of afgeleide gemeenschapsrecht.

Evenmin heeft de vrijwaringsclausule tot gevolg dat een dergelijk onderscheid opgelegd door of krachtens de wet op onweerlegbare wijze wordt vermoed om conform te zijn aan het gelijkheidsbeginsel. Het spreekt immers voor zich dat de rechter zal moeten blijven weigeren een wet toe te passen die een onderscheid in behandeling oplegt dat indruist tegen het internationale recht inzake mensenrechten of het primaire of afgeleide gemeenschapsrecht, of een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof als er een betwisting opduikt inzake de verenigbaarheid van dit verschil in behandeling met de artikelen 10, 11 en 11*bis* van de Grondwet.<sup>157</sup>

Het staat dus vast dat deze uitzonderingsbepaling van artikel 11 geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van het slachtoffer van een vermeende discriminatie om de norm die het onderscheid organiseert op grond van de beschermde criteria te (laten) toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, dat desgevallend in overeenstemming met de Europese richtlijnen zal dienen te worden uitgelegd.

<sup>157</sup> *Parl.Doc. Kamer*, 51 2722/001, 23-24.

## ARBEIDSONGESCHIKTHEID IN HET ARBEIDSRECHT

### DEFINITIE VAN ARBEIDSONGESCHIKTHEID IN HET ARBEIDSRECHT

Art. 31 § 1 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de onmogelijkheid voor de werknemer om zijn werk te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval, de uitvoering van de overeenkomst schorst.

Uit deze tekst blijkt duidelijk dat het niet gaat over een beoordeling van de algemene geschiktheid of ongeschiktheid tot het presteren van werk. De ongeschiktheid wordt uitdrukkelijk gelinkt aan 'zijn werk'. Het is het werk dat de werknemer normaal moet verrichten in het kader van de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. Theoretisch kan men stellen dat een werknemer die geschikt is om elk werk te verrichten behalve het werk dat hij moet doen in het kader van de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst arbeidsongeschikt is in de arbeidsrechtelijke betekenis van het woord.

Wie zijn pink verstuikt heeft een lage graad van algemene ongeschiktheid. Betreft het een concertpianist dan verhindert de verstuiking de pianist om zijn werk te verrichten en is hij arbeidsongeschikt in de arbeidsrechtelijke betekenis van het woord. Een blinde heeft een hoge graad van algemene ongeschiktheid. Een tewerkgestelde blinde is niettegenstaande zijn handicap arbeidsgeschikt in de arbeidsrechtelijke betekenis van het woord.

De onmogelijkheid moet veroorzaakt zijn door een ziekte of een ongeval. Er wordt in rechtsleer en rechtspraak weinig aandacht geschonken aan wat in deze context moet begrepen worden onder een ongeval. Geïnspireerd door de Arbeidsongevallenwet mag men aannemen dat de wetgever een plotse gebeurtenis bedoelt waardoor een letsel veroorzaakt wordt. Over de notie ziekte bestaat wat meer discussie. In de rechtspraak vindt men discussie over iemand die bijvoorbeeld vrijwillig een plastische chirurgie laat uitvoeren of iemand die zich vrijwillig laat steriliseren. De arbeidsongeschiktheid die er het gevolg van is staat niet ter discussie. Wel betwist wordt of er hier sprake kan zijn van een ziekte.

De betwisting over plastische chirurgie werd voorgelegd aan de arbeidsrechtbank te Gent. De rechter refereerde naar de omschrijving van gezondheid zoals die voorkomt in de preambule van de Constitutie van de Wereld Gezondheidsorganisatie. In die preambule leest men : *"Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity"*. Een dergelijke ingreep laat men slechts uitvoeren indien men zich ofwel fysisch, ofwel mentaal, ofwel sociaal niet wel voelt. Volgens de geciteerde tekst is men dus niet gezond. En wie niet gezond is, is ziek, zo redeneerde de rechter.

De vrijwillige sterilisatie kwam aan bod voor het Hof van Cassatie. Het hof voegde een belangrijk element toe aan de discussie, nl. het beroepsgeheim van de arts. De oorzaak van de arbeidsongeschiktheid valt onder het beroepsgeheim van de arts. Hij mag niet verklaren dat de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een vrijwillige sterilisatie.

Belangrijk is nog dat in de omschrijving van arbeidsongeschiktheid, anders dan bij overmacht, de schuldvraag niet ter sprake komt. Ook wanneer de werknemer zelf schuld heeft aan zijn arbeidsongeschiktheid heeft hij een geldig excuus om zijn arbeidsovereenkomst niet uit te voeren. Dat blijkt niet alleen uit het feit dat in art. 31 § 1 geen verwijzing staat naar de oorzaak

van de ziekte of het ongeval maar impliciet ook uit 52 § 3, 2° en art. 73 § 2, b Arbeidsovereenkomstenwet. Deze artikelen bepalen dat een werknemer geen recht heeft op gewaarborgd loon ten laste van zijn werkgever wanneer zijn arbeidsongeschiktheid voortspuit uit een door hem gepleegde zware fout. De lichte fout wordt niet vermeld zodat de werknemer zijn recht op gewaarborgd loon niet verliest bij een dergelijke fout. Bovendien resulteert een zware fout niet in een onwettige afwezigheid maar enkel in het verlies van het recht op gewaarborgd loon. En het belangrijkste, de uitsluiting van het recht op gewaarborgd loon bij een zware fout is enkel voorzien voor een ziekte en een ongeval van gemeen recht. Bij een arbeidsongeval of een beroepsziekte behoudt de werknemer het recht op gewaarborgd loon zelfs bij een zware fout. Anders dan in de arbeidsongevallenregeling is in de Arbeidsovereenkomstenwet zelfs de opzettelijke fout niet uitgesloten. Het bewijst voldoende dat een arbeidsongeschiktheid in het arbeidsrecht totaal anders behandeld wordt dan een geval van overmacht.

### **GEVOLGEN VAN DE ARBEIDSONGESCHIKTHEID OP HET VOORTBESTAAN VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST**

Art. 31 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat een arbeidsongeschiktheid de uitvoering van de arbeidsovereenkomst schorst. Bij nogal wat mensen leeft de overtuiging dat de arbeidsovereenkomst tijdens een dergelijke schorsing door de werkgever niet eenzijdig kan beëindigd worden. Deze overtuiging berust op een misverstand. Het moge duidelijk zijn dat de werknemer tijdens een schorsing wegens arbeidsongeschiktheid de arbeidsovereenkomst te allen tijde kan beëindigen. De opzegging die hij geeft is geldig, op voorwaarde dat zij aan de normale geldigheidsvereisten voldoet. De opzeggingstermijn die hij geeft vóór of tijdens de schorsing loopt gewoon door tijdens de schorsing. Op deze manier kan de arbeidsovereenkomst eindigen tijdens de schorsing wegens arbeidsongeschiktheid.

Ook de werkgever kan de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig opzeggen. Anders dan bij een opzegging door de werknemer loopt de opzeggingstermijn die de werkgever in acht moet nemen niet tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst. Indien de opzegging gegeven is vóór de schorsing, dan wordt de termijn onderbroken door de schorsing en loopt hij slechts voort na de schorsing. Een opzegging gegeven tijdens de schorsing is ook rechtsgeldig. Om geldig te zijn moet hij zoals elke opzegging het begin en de duur van de opzeggingstermijn bepalen. Dat is voor werklieden de maandag die volgt op de week waarin de opzegging betekend werd. Voor bedienden is dat de 1<sup>ste</sup> van de maand die volgt op de betekening. Indien die maandag, of de 1<sup>ste</sup> van de volgende maand valt tijdens de schorsing, zal de opzeggingstermijn, anders dan vermeld in de opzeggingsbrief, op die dag niet beginnen lopen. Hij begint pas te lopen als de schorsing van de arbeidsovereenkomst voorbij is.

Tijdens de schorsing kan de arbeidsovereenkomst dus rechtmatig opgezegd worden maar met een opzegging door de werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet eindigen tijdens de schorsing. In heel wat gevallen wordt echter door de werkgever geen opzegging gegeven. De arbeidsovereenkomst wordt onmiddellijk verbroken met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding, met name een vergoeding gelijk aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn die de werkgever had moeten respecteren. Iets dergelijks kan ook tijdens een schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst omwille van arbeidsongeschiktheid. Op deze manier kan de arbeidsovereenkomst toch op initiatief van de werkgever eindigen tijdens zo'n schorsing.

Hierbij kan opgemerkt worden dat een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever omwille van de arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet automatisch als een willekeurig ontslag (werklieden) of als een rechtsmisbruik (bedienden) gekwalificeerd wordt.<sup>158</sup> Het ontslag mag wel niet gegeven worden als een sanctie voor een ziekte. In dat geval kan wel sprake zijn van willekeurig ontslag.<sup>159</sup> De arbeidsrechtbank te Gent oordeelde ook dat het ontslag van een normaal presterende werkman wegens suikerziekte willekeurig is.<sup>160</sup> De arbeidsrechtbank te Dendermonde bestempelde een ontslag wegens HIV-seropositiviteit als een geval van rechtsmisbruik. Het veroordeelde de werkgever tot het betalen wegens dit rechtsmisbruik van een vergoeding van 500.000 BF. Bovendien kende de rechter nog een bijkomende vergoeding van 250.000 BF toe omdat de werkgever de werknemer zonder diens medeweten onderworpen had aan een HIV-test.<sup>161</sup>

In een aantal gevallen laat de wet toe de arbeidsovereenkomst gemakkelijker te beëindigen. Voor werklieden voorziet art. 58 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan beëindigen als de uitvoering van de overeenkomst sinds meer dan zes maanden is geschorst wegens ongeval of ziekte. Hij moet dan wel aan de werknemer een vergoeding betalen die overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het nog te lopen gedeelte van die termijn. Schorsingen van de arbeidsovereenkomst wegens zwangerschaps- en bevallingsrust mogen niet meegerekend worden voor de berekening van de zes maanden.

Het valt op dat de wet iets voorziet wat kan nadat de arbeidsovereenkomst sinds meer dan zes maanden is geschorst terwijl dat onder dezelfde voorwaarden ook al vroeger kan. Een werkgever die niet het geduld heeft om zes maanden te wachten kan mits het betalen van dezelfde vergoeding de arbeidsovereenkomst al vroeger beëindigen. Er werd al opgeworpen dat een dergelijk ontslag, gegeven vóór de periode van zes maanden verstreken is als willekeurig kan bestempeld worden. Indien deze stelling aanvaard wordt dan geeft dat de werknemer krachtens art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet het recht op een bijkomende vergoeding wegens willekeurig ontslag, gelijk aan het loon van zes maanden. Deze stelling wordt echter niet zo maar aanvaard.<sup>162</sup>

Wel is er discussie over de vraag of een werknemer aanspraak kan maken op een extra vergoeding wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt op het ogenblik dat het recht van de werknemer op gewaarborgd loon niet helemaal is uitgeput. Oudere rechtspraak aanvaardt dat de werknemer aanspraak blijft maken op het gewaarborgd loon dat de werkgever moet blijven betalen bovenop de opzeggingsvergoeding die hij verschuldigd is.<sup>163</sup> Deze opvatting is fout. Gewaarborgd loon moet maar betaald worden zolang de arbeidsovereenkomst duurt. Eens de arbeidsovereenkomst gedaan, is de werkgever geen loon meer verschuldigd, ook geen gewaarborgd loon.<sup>164</sup> Correcter lijkt daarom de uitspraak die stelt dat de werknemer

<sup>158</sup> Zie de rechtspraak aangehaald door D. CUYPERS, "Ziekte en willekeurig ontslag", noot onder Arbrb. Kortrijk 8 september 1986, *J.T.T.* 1989, 305. Zie ook W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 06-07*, Mechelen, Kluwer, 2006, 2034-2036.

<sup>159</sup> Arbrb. Brussel 29 mei 1980, *Soc. Kron.* 1981, 192.

<sup>160</sup> Arbrb. Gent 16 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 755.

<sup>161</sup> Arbrb. Dendermonde 5 januari 1998, *T. Gez.* 1998-99, 38, noot J. TER HEERDT.

<sup>162</sup> W. VAN EECKHOUTTE, *op. cit.*, 2036.

<sup>163</sup> D. CUYPERS, *op. cit.*, 307.

<sup>164</sup> W. VAN EECKHOUTTE, *op. cit.*, 1516-1517. Vgl. voor een geval van gewaarborgd dagloon Cass. 17 september 2007, nr. S.06.0080.N.

weliswaar geen aanspraak kan maken op gewaarborgd loon maar wel op een vergoeding van de schade die hij lijdt doordat hij het gewaarborgd loon moet derven. De werkgever ontslaat de werknemer niettegenstaande art. 58<sup>165</sup> dat stelt dat hij de arbeidsovereenkomst slechts na een schorsing wegens arbeidsongeschiktheid van zes maanden mag beëindigen. Daardoor begaat hij een fout. Hij lijdt een schade die niet volledig gedekt wordt door de forfaitaire opzeggingsvergoeding die de werkgever moet betalen, nl. de schade die voortvloeit uit het derven van het gewaarborgd loon. Op basis van art. 1142 B.W. kan de werknemer aanspraak maken op een schadevergoeding gelijk aan het gewaarborgd loon dat hij derft.<sup>166</sup>

Een met artikel 58 vergelijkbare bepaling komt voor bedienden voor in art. 78 Arbeidsovereenkomstenwet. Ook voor een bediende is voorzien dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan beëindigen wanneer een arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval meer dan zes maanden heeft geduurd. Ook hier mogen periodes van zwangerschaps- en bevallingsrust niet meegeteld worden. Voor bedienden is wel uitdrukkelijk voorzien dat deze mogelijkheid enkel voorzien is in een arbeidsovereenkomst voor een onbepaalde tijd. Zoals voor werklieden moet de werkgever een vergoeding betalen gelijk aan het loon dat overeenstemt met de opzeggingstermijn welke ten opzichte van de bediende in acht moet worden genomen.

Een groot verschil is dat de werkgever het bedrag van deze vergoeding mag verminderen met het loon dat werd uitbetaald sedert het begin van de arbeidsongeschiktheid, of, in voorkomend geval, sedert de datum waarop de opzegging is beginnen te lopen. De vermindering slaat op de eerste plaats op het wettelijk gewaarborgd loon dat de werkgever betaald heeft. Zij slaat ook op bedragen die de werkgever vrijwillig of op basis van een individuele arbeidsovereenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst betaald heeft als aanvulling van de arbeidsongeschiktheidsuitkering.<sup>167</sup> Volgens sommige rechtspraak kan ook de werkgeversbijdrage aan de groepsverzekering,<sup>168</sup> het enkel vakantiegeld en de eindejaarspremie<sup>169</sup> afgetrokken worden. Betaling van loon voor door de werknemer tijdens de arbeidsongeschiktheid deeltijds geleverde arbeidsprestaties mogen niet in mindering gebracht worden.<sup>170</sup>

Als het om een bediende gaat is er dus wel een sanctie voor de werkgever die de arbeidsovereenkomst beëindigt vooraleer de periode van arbeidsongeschiktheid zes maanden geduurd heeft. Hij moet dan de volledige opzeggingsvergoeding, of het nog resterend gedeelte van die vergoeding betalen zonder aftrek van wat sinds het begin van de arbeidsongeschiktheid betaald werd. De vraag of de werkgever die de arbeidsovereenkomst beëindigt vooraleer de periode van gewaarborgd loon betaald werd, ook nog het resterend gedeelte van het gewaarborgd loon moet betalen, werd al behandeld bij de bespreking van het ontslag van een werkmán in gelijkaardige omstandigheden. De problematiek voor werklieden en bedienden is hier hetzelfde.

Voor bedienden zijn er nog bijkomende mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst in geval van arbeidsongeschiktheid te beëindigen. Art. 79 Arbeidsovereenkomstenwet voorziet dat bij een arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval die tijdens de proefperiode langer duurt dan zeven dagen, de werkgever de arbeidsovereenkomst zonder meer mag beëindigen. Hij moet

<sup>165</sup> Voor de bedienden staat een gelijkaardige bepaling in art. 78 Arbeidsovereenkomstenwet.

<sup>166</sup> Arbrb. Gent 15 april 1994, *J.T.T.* 1994, 379.

<sup>167</sup> Vgl. Arbh. Brussel 1998, *Soc. Kron.* 1997, 388.

<sup>168</sup> Arbrb. Brussel 22 mei 1978, *J.T.T.* 1979, 340; anders : Arbrb. Brussel 28 januari 1998, *Soc. Kron.* 1999, 12

<sup>169</sup> Arbrb. Gent 2 november 1984, *T.G.R.* 1986, 20.

<sup>170</sup> Cass. 9 maart 1981, *J.T.T.* 1982, 31.

geen opzegging geven en moet geen opzeggingsvergoeding betalen. Deze regel stamt uit een periode dat de proefperiode in een arbeidsovereenkomst voor bedienden niet langer mocht duren dan drie maanden. Momenteel kan een proefperiode voor alle bedienden zes maanden duren en voor bedienden die minstens € 34.261 (bedrag in 2008) per jaar verdienen kan de proefperiode zelfs twaalf maanden duren. De regel dat de arbeidsovereenkomst zonder meer kan beëindigd worden wanneer de arbeidsongeschiktheid omwille van ziekte of ongeval meer dan zeven dagen duurt, werd niet gewijzigd. Het kan voor een bediende een zeer lange periode van onzekerheid worden waarin hij best niet ziek wordt of een ongeval heeft. De werkgever is uiteraard niet verplicht de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Doet hij dat niet dan wordt de proefperiode verlengd met de duur van de schorsing wegens arbeidsongeschiktheid en wordt dus ook de periode verlengd waarbinnen de werkgever de arbeidsovereenkomst mag beëindigen na een arbeidsongeschiktheid die langer duurt dan zeven dagen.

Dezelfde regel is als voor een proefperiode is voorzien voor een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd van minder dan drie maanden of voor een duidelijk omschreven werk waarvan de uitvoering normaal een tewerkstelling van minder dan drie maanden vergt. Ook daar kan de arbeidsovereenkomst zonder opzegging en zonder vergoeding beëindigd worden wanneer een arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval langer dan zeven dagen duurt.

Ook voor een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd van tenminste drie maanden of voor een duidelijk omschreven werk waarvan de uitvoering normaal een tewerkstelling van tenminste drie maanden vergt is de mogelijkheid tot beëindiging voorzien na een periode van arbeidsongeschiktheid. In dit geval moet de arbeidsongeschiktheid zes maanden overtreffen en de in de overeenkomst afgesproken termijn mag nog niet verstreken zijn of het afgesproken werk mag nog niet verwezenlijkt zijn. De werkgever kan dan de arbeidsovereenkomst beëindigen mits de betaling van een vergoeding gelijk aan het loon dat nog moest betaald worden tijdens de overeengekomen tijd of tijdens de termijn die nog nodig is voor de verwezenlijking van het overeengekomen werk met een maximum van drie maanden loon. Ook hier mag dit bedrag verminderd worden met hetgeen betaald werd sedert het begin van de arbeidsongeschiktheid.

Het mag duidelijk zijn dat naar Belgisch recht een arbeidsovereenkomst door de werkgever gemakkelijk kan beëindigd worden bij arbeidsongeschiktheid, in sommige situaties zelfs omwille van de arbeidsongeschiktheid. Dit is duidelijk in tegenspraak met het ILO-verdrag nr. 158 van 22 juni 1982. Artikel art. 6.1 van dit verdrag bepaalt : *“Temporary absence from work because of illness or injury shall not constitute a valid reason for termination.”* Dit verdrag werd weliswaar niet door België geratificeerd. Het Belgisch ontslagrecht staat ook nog op andere punten haaks op de bepalingen van dit verdrag.

Dringender is de vraag of deze bepalingen te rijmen zijn met het verbod van discriminatie op basis van gezondheid. Zeker de bepaling dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proefperiode van een bediende zonder meer kan beëindigd worden na een arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval die langer dan zeven dagen duurt lijkt problematisch. Deze bepaling stamt uit een periode dat de proefperiode in een arbeidsovereenkomst voor bedienden niet langer mocht duren dan drie maanden. Momenteel kan een proefperiode voor alle bedienden zes maanden duren en voor bedienden die minstens € 34.261 (bedrag in 2008) per jaar verdienen kan de proefperiode zelfs twaalf maanden duren. De regel dat de arbeidsovereenkomst zonder meer kan beëindigd worden wanneer de arbeidsongeschiktheid omwille van ziekte of ongeval meer

dan zeven dagen duurt, werd niet gewijzigd. Het kan voor een bediende een zeer lange periode van onzekerheid worden waarin hij best niet ziek wordt of een ongeval heeft.

Daartegenover staat art. 11 § 1 van de wet van 10 mei 2007. Dit artikel luidt: “Direct of indirect onderscheid op grond van een van de beschermende criteria geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wat wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens de wet.” Het onderscheid tussen iemand die langer dan zeven dagen ziek is en iemand die dat niet is wordt hier gemaakt in de wet. Valt het dan automatisch onder de vrijstelling van art. 11 § 1? Of maakt men op grond van § 2 van hetzelfde artikel toch nog een kans om deze bepaling te bestrijden? Paragraaf 2 zegt immers dat paragraaf 1 geen uitspraak doet over de conformiteit van een direct of indirect onderscheid dat door of krachtens een wet wordt opgelegd, met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationaal recht.<sup>171</sup>

Op verdrag 158 van de IAO kan men zich niet beroepen, want dit verdrag is door België niet geratificeerd. Het recht van de Europese Unie kan ook niet veel doen want daar wordt geen discriminatie op basis van gezondheid verboden. Bieden de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet een voldoende basis om het onderscheid dat hier in de Arbeidsovereenkomstenwet gemaakt wordt te bestrijden? Indien de arbeidsongeschiktheid van lange duur is – in art. 58 en 78 gaat het telkens om een arbeidsongeschiktheid die al minstens zes maanden geduurd heeft – kan men wellicht toch soelaas vinden in het recht van de Europese Unie in de mate dat de arbeidsovereenkomst dan als een handicap kan gedefinieerd worden.

## DEFINITIEVE ARBEIDSONGESCHIKTHEID

Zoals bekend oordeelt het Hof van Cassatie dat een arbeidsongeschiktheid waarvan de gevolgen van lange duur zijn de uitvoering van de arbeidsovereenkomst schorst. Is de arbeidsongeschiktheid daarentegen definitief dan is dat een geval van overmacht waardoor de arbeidsovereenkomst automatisch beëindigd wordt.

Overmacht wordt uitdrukkelijk vermeld als een van de beëindigingswijzen van een arbeidsovereenkomst (Arbeidsovereenkomstenwet, art. 32, 5°). Nochtans niet alle gevallen van overmacht maken een einde aan de arbeidsovereenkomst. Door overmacht ontstane gebeurtenissen hebben de beëindiging van de overeenkomst niet tot gevolg wanneer de gevolgen ervan slechts tijdelijk zijn. In zo'n geval wordt enkel de uitvoering van de overeenkomst geschorst (Arbeidsovereenkomstenwet, art. 26). Het begrip tijdelijk is niet omschreven. De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie neemt aan dat het staat tegenover definitief, en niet tegenover lange duur. Zijn de gevolgen van lange duur dan zijn zij nog steeds tijdelijk. Zij zijn niet meer tijdelijk wanneer de gevolgen definitief zijn.<sup>172</sup>

<sup>171</sup> Over de betekenis van deze vrijwaringsclausule in art. 11 van de wet is er een aparte bijdrage in deze studie.

<sup>172</sup> Vroegere rechtspraak stelde tijdelijk niet tegenover definitief. In die rechtspraak was iets tijdelijk van (relatief) korte duur. Iets van lange duur was niet tijdelijk. Zie RvS 21 januari 1969, advies van auditeur H. Lenaerts, *T.S.R.* 1969, 268. Volgens het Hof van Cassatie moest men in de concrete situatie appreciëren in hoeverre de overeenkomst na het wegvallen van de hindernis nog zinvol kan uitgevoerd worden (Cass., 13 januari 1956, *Pas.*, 1956, I, 660; Cass. 9 oktober 1958, *Arr. Cass.*, 1959, 118; *Pas.*, 1959, I, 143).

De wet zelf zegt van verschillende gebeurtenissen die als overmacht kunnen gekwalificeerd worden, dat zij de uitvoering van de overeenkomst schorsen. Hierbij maakt de wet geen onderscheid naargelang de gevolgen van deze gebeurtenissen tijdelijk of definitief zijn. Zo is ook ten aanzien van een arbeidsongeschiktheid bepaald dat de onmogelijkheid voor de werknemer om zijn werk te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval, de uitvoering van de overeenkomst schorst. Het Hof van Cassatie aanvaardt nochtans dat een definitieve onmogelijkheid om een arbeidsovereenkomst uit te voeren wegens arbeidsongeschiktheid, een geval van overmacht is waardoor de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt.<sup>173</sup>

Rechtsleer en (lagere) rechtspraak hebben lang kritiek geuit op deze visie.<sup>174</sup> Het heeft niet veel zin om deze kritiek hier te herhalen omdat het Hof van Cassatie hardnekkig bij zijn standpunt bleef. Bovendien beoordeelt het Hof van Cassatie het al dan niet arbeidsgeschikt zijn aan de hand van het werk dat de werknemer in het kader van zijn arbeidsovereenkomst moet verrichten. Kan de werknemer het overeengekomen werk definitief niet meer doen dan kan de werkgever zich op overmacht beroepen. Hij is niet verplicht de werknemer een ander werk aan te bieden, ook al zijn er in de onderneming nog veel andere taken die de werknemer wel aankan. De werkgever is evenmin verplicht de arbeidspost aan te passen ook niet wanneer die aanpassing voor gevolg heeft dat de werknemer wel verder kan blijven werken.

Het Hof van Cassatie hield in zijn rechtspraak blijkbaar geen rekening met de toenmalige artikelen 146*bis* en 146*ter* van het ARAB. Volgens artikel 146*bis* § 2 van het ARAB moest de arbeidsgeneesheer alvorens de verandering van of de verwijdering uit het werk van een werknemer voor te stellen de aangewezen aanvullende onderzoeken verrichten. Hij moest bovendien navraag doen naar de sociale toestand van de werknemer en ter plaatse onderzoeken welke maatregelen en veranderingswerken het mogelijk zouden maken de werknemer, ondanks zijn eventuele onvolwaardigheden, zijn werk te laten behouden. Aan de werkgever en de werknemer moest hij meedelen welke maatregelen genomen moeten worden om zo vlug mogelijk de overdreven risico's en eisen die hij vastgesteld heeft te verhelpen. Overeenkomstig artikel 146*ter* § 3 trachtte de werkgever elke werknemer op wiens kaart van medisch onderzoek aanbevelingen in die zin zijn aangetekend, zo vlug mogelijk aan een ander werk te zetten dat strookt met de aanwijzingen van de arbeidsgeneesheer. § 4 van hetzelfde artikel bepaalt dat zo nodig de werkgever, de arbeidsgeneesheer, de werknemer en door deze laatste gekozen personeelsafgevaardigden samen vooraf de mogelijkheden voor ander werk en de maatregelen met het oog op de sociale of professionele werkaanpassing onderzoeken. Er werd opgeworpen dat de werkgever zich niet op overmacht kan beroepen wanneer hij niet eerst al deze wettelijk voorgeschreven pogingen ondernomen heeft om de werknemer, niettegenstaande zijn onvolkomenheden, aan het werk te houden.

Het Hof van Cassatie was het hier niet mee eens. Het hof stelde dat een arbeidsovereenkomst een einde neemt wanneer de onmogelijkheid van de werknemer om zijn werk te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval definitief is. Onder 'zijn werk' moet hier verstaan worden de in de arbeidsovereenkomst bedongen taak, met inbegrip van de overeengekomen arbeidstijd.<sup>175</sup>

<sup>173</sup> Cass., 5 januari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2401; Cass., 21 april 1986, *T.S.R.*, 1986, 372; Cass., 13 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1298; Cass. 13 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 46; *J.T.T.*, 1989, 331.

<sup>174</sup> Zie een samenvatting van de verschillende standpunten en van de ondertussen uitvoerige rechtspraak in W. VAN EECKHOUTTE, *Op. cit.*, 1493-1496.

<sup>175</sup> Concreet ging het over een werknemer die volgens de arbeidsgeneesheer voortaan met gereduceerde uren moest werken.



Daartegenover staan de bepalingen van artikel 146*bis* en 146*ter* van het ARAB. Zij legden aan de werkgever en de arbeidsgeneesheer verplichtingen op met het oog op de tewerkstelling in een andere aangepaste functie en met het oog op de sociale en professionele wederaanpassing van een werknemer die blijvend arbeidsongeschikt wordt verklaard met betrekking tot de overeengekomen arbeid. Ingevolge deze bepalingen was de werkgever verplicht indien mogelijk aan de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst met een aangepast werk tegen eventuele andere loonvoorwaarden aan te bieden. De werknemer kon dan op deze aanbieding ingaan. Op die manier kon eventueel een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komen die echter onderscheiden is van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst. Deze verplichtingen of het niet respecteren ervan beletten evenwel niet vast te stellen dat er overmacht is ingevolge de blijvende arbeidsongeschiktheid om de bedongen arbeid uit te voeren waardoor de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst beëindigd wordt.<sup>176</sup>

Zoals te verwachten bleef het Hof van Cassatie ook na de verwijzing naar de genoemde artikelen van het ARAB bij zijn standpunt dat een definitieve onmogelijkheid ten gevolge van ziekte of ongeval om het overeengekomen werk uit te voeren een geval van overmacht is waardoor de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt. Het al dan niet respecteren van de desbetreffende bepalingen van het ARAB veranderen daar niets aan. Maar het hof stelde wel duidelijk dat deze bepalingen wilden zeggen dat de werkgever indien mogelijk aan de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst moest aanbieden met aangepast werk. Een werkgever die dat niet deed kwam een wettelijke opgelegde verplichting niet na. Hierdoor riskeerde hij strafsancties. Het niet respecteren van de bepalingen van het ARAB en van de andere bepalingen in verband met het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk wordt immers met strafsancties gesanctioneerd. Bovendien beging de werkgever een fout waardoor zijn (gewezen) werknemer schade leed. Hij kon daarom van de werkgever een schadevergoeding eisen. Hij zal wel zelf moeten bewijzen dat hij inderdaad schade geleden heeft en ook de omvang van de schade zal hij moeten aangeven en aantonen.

Ondertussen zijn de bewuste bepalingen in het ARAB opgeheven. Het koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers bevat evenwel voor de werkgever nog strengere bepalingen. Zo voorzien de artikelen 39 en volgende van dit koninklijk besluit een recht van een procedure tot re-integratie voor werknemers die door hun behandelend geneesheer definitief arbeidsongeschikt werden verklaard. Art. 72 voorziet de verplichting voor de werkgever aan een werknemer die definitief arbeidsongeschikt werd verklaard door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, volgens de procedure die het koninklijk besluit daarvoor voorziet, ander werk te geven volgens de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer. Deze verplichting valt alleen weg wanneer dat technisch of objectief onmogelijk is of wanneer dat om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden geëist.

Nogal wat juristen hadden vragen bij deze bepalingen van het koninklijk besluit van 28 mei 2003. Sommigen vonden deze bepalingen in strijd met ons Burgerlijk Wetboek. Wanneer een overeenkomst door overmacht niet kan uitgevoerd worden kan een koninklijk besluit de partijen bij die overeenkomst niet verplichten een andere overeenkomst te sluiten, zo stelden zij. Een

<sup>176</sup> Cass. 2 oktober 2000, *J.T.T.* 2000, 476. Zie ook J ROELS en A. VAN REGENMORTEL, "De definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst : een standpunt dat ook de arbeidsgeneeskunde in zijn essentie bedreigt? Commentaar bij het arrest van het Hof van Cassatie van 2 oktober 2000", *Soc. Kron.* 2002, 427-428.

koninklijk besluit staat immers hiërarchisch lager dan een wet en kan daarom geen afbreuk doen aan de verplichtingen zoals zij in het Burgerlijk Wetboek beschreven staan. Enkel een wet zou dat kunnen.<sup>177</sup>

En zo'n wet is ondertussen gestemd.<sup>178</sup> De wet voert het vroeger opgeheven art. 34 van de Arbeidsovereenkomstenwet terug in. Het nieuwe artikel bepaalt dat een definitieve arbeidsongeschiktheid uit zichzelf geen einde maakt aan de overeenkomst wegens overmacht. De definitieve arbeidsongeschiktheid kan vastgesteld worden door de behandelende geneesheer of door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. In het eerste geval moet de vaststelling van de behandelende geneesheer bevestigd worden door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Bij koninklijk besluit kunnen nadere procedureregels bepaald worden voor de vaststelling van de definitieve arbeidsongeschiktheid.

Het nieuwe artikel neemt de verplichting over die nu reeds in art. 72 van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 opgenomen is. Wanneer een werknemer, overeenkomstig de voorgeschreven procedure, definitief ongeschikt verklaard is om het overeengekomen werk te verrichten, dan is de werkgever verplicht de werknemer aan het werk te houden overeenkomstig de aanbevelingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Ofwel moet de werkgever het werk aanpassen zodat het toch door de werknemer kan verricht worden, ofwel moet hij hem ander werk geven dat hij aankan. De verplichting valt weg wanneer dat noch technisch, noch objectief mogelijk is of wanneer dat om gegronde redenen redelijkerwijze niet kan worden geëist.

Wanneer de verplichting om de werknemer verder te werk te stellen wegvalt of wanneer de werknemer weigert het andere aangeboden werk te aanvaarden, wil dit nog niet zeggen dat de arbeidsovereenkomst automatisch door overmacht beëindigd is. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht mag slechts vastgesteld worden nadat een geneesheer-sociaal inspecteur de definitieve arbeidsongeschiktheid bevestigd heeft.

De werkgever is niet verplicht de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht vast te stellen. Hij behoudt het recht om de arbeidsovereenkomst te beëindigen door het naleven van een opzeggingstermijn of het betalen van een opzeggingsvergoeding. De wet is ondertussen wel gestemd en in het *Belgisch Staatsblad* verschenen. Zij is echter nog niet in werking getreden. Dat zal slechts gebeuren op een door de Koning te bepalen datum.

## AANBEVELINGEN

Op basis van wat voorafgaat kan men besluiten dat een en ander schort aan de arbeidsrechtelijke bepalingen in verband met arbeidsongeschiktheid. Vooral de artikelen die de werkgever toelaten de arbeidsovereenkomst te beëindigen na een periode van arbeidsongeschiktheid lijken in strijd met het verbod van discriminatie op grond van gezondheidstoestand.

Het meest opvallend is art. 79 Arbeidsovereenkomstenwet. Tijdens de proefperiode kan de arbeidsovereenkomst van een bediende zonder meer beëindigd worden wanneer de arbeids-

<sup>177</sup> V. DE SAEDELEER, "K.B. betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers: een impressie", *Or.* 2003, 277-291.

<sup>178</sup> Zie de wet van 27 april 2007, *BS* 8 mei 2007.

ongeschiktheid langer dan zeven dagen duurt. Een proefperiode voor een bediende kan 1 jaar duren. Een schorsing van de arbeidsovereenkomst tijdens de proefperiode verlengt de periode met de duur van de schorsing zodat de proefperiode zelfs langer dan 1 jaar kan duren. Waarom deze regel gedurende zo'n lange periode als men weet dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proefperiode met een korte opzeggingstermijn van slechts 7 dagen kan beëindigd worden ?

Wat is de zin van art. 58 Arbeidsovereenkomstenwet wanneer men weet dat dit artikel niets nieuws toevoegt? Een arbeidsovereenkomst kan altijd beëindigd worden mits het betalen van een opzeggingsvergoeding. Waarom moet er dan aan toegevoegd worden dat dit kan na een arbeidsongeschiktheid van zes maanden?

Het analoge art. 78 Arbeidsovereenkomstenwet voor bedienden voegt wel een element toe, nl. de regel dat de werkgever de opzeggingsvergoeding die hij normaal bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst zonder opzeggingstermijn moet betalen na zes maanden arbeidsongeschiktheid kan verminderen met het loon dat hij sinds het begin van de arbeidsongeschiktheid betaald heeft. Hier kan men de vraag stellen of deze bepaling wel kan, rekening houdend met de bescherming die de Europese richtlijn geeft aan personen met een handicap. Is een arbeidsongeschiktheid van zes maanden geen arbeidsongeschiktheid van een lange duur zodat hier, conform met de uitspraak in *Chacon Navas*, van een handicap kan gesproken worden? De arbeidsongeschiktheid is immers niet beperkt tot zes maanden. In de meeste gevallen waar toepassing gemaakt wordt van art. 78 gebeurt het omdat het er naar uitziet dat de arbeidsongeschiktheid niet vlug zal beëindigd zijn. Het zal dikwijls gaan om een arbeidsongeschiktheid die veel langer duurt dan zes maanden zodat naar Europees recht eerder een redelijke aanpassing vereist is dan een ontslag mag gegeven worden.

Rekening houdend met de wijziging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de noties tijdelijk en definitief, lijkt het aangewezen het nieuwe art. 34 Arbeidsovereenkomstenwet te herzien. Momenteel is in dat artikel enkel sprake van een definitieve arbeidsongeschiktheid. Het zou logisch zijn deze bepalingen uit te breiden tot een arbeidsongeschiktheid van lange duur. Het maakt het mogelijk de artikelen 58 en 78, en de artikelen die een daarmee verwante regeling bevatten, uit de Arbeidsovereenkomstenwet te laten verdwijnen. Het laat de bepalingen van die wet, en meer in het bijzonder de bepalingen over arbeidsongeschiktheid, nauwer aansluiten bij het momenteel geldende Europees recht.

## GEZONDHEID BIJ WERVING EN SELECTIE

### INLEIDING

De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie,<sup>179</sup> kortom de Antidiscriminatiewet, heeft tot doel discriminatie in de arbeidsverhoudingen te bestrijden. In het bijzonder formuleert deze wet een aantal beschermde criteria die te maken hebben met de fysieke eigenschappen en de gezondheid van een persoon. Zo bestrijdt de Antidiscriminatiewet discriminatie op grond van iemands huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, en fysieke of genetische eigenschap.<sup>180</sup> Men zou kunnen stellen dat in beginsel deze wet wil vermijden dat selectiebeslissingen worden genomen op grond van de genoemde beschermde criteria.

In deze bijdrage wordt dieper ingegaan op de relevantie van de gezondheid van een werknemer of een kandidaat-werknemer in het kader van activiteiten van werving en selectie. Daarbij komen de volgende vragen aan bod:

- Zijn vragen of onderzoeken naar de gezondheid van een werknemer of kandidaat-werknemer geoorloofd? En zo ja, onder welke voorwaarden?
- Mag er met (informatie over) de gezondheid rekening worden gehouden bij een selectiebeslissing? En zo ja, welke juridische test geldt er ter zake?
- Hoe verhoudt de Antidiscriminatiewet zich ten aanzien van andere juridische bepalingen in dit domein?

Om tot een antwoord op deze vragen te komen, wordt hieronder een analyse gemaakt van het meest relevante arbeidsrechtelijke en privacyrechtelijke kader met betrekking tot de bescherming van de gezondheid, van informatie over de gezondheid en de bestrijding van discriminatie op grond van gezondheid in het kader van arbeidsverhoudingen.

Er dient, bij wijze van nuancering, te worden opgemerkt dat de problematiek van selectie ruimer is dan selectie bij aanwerving. Zo is onder meer ook selectie inzake onder meer promotie, beloning, opleiding, ontslag van belang. Toch zal, om redenen van afbakening, het accent liggen op selectie bij aanwerving. Niettemin zullen conclusies over dit beperkter onderdeel van de selectieproblematiek dienend zijn ten aanzien van andere selectieactiviteiten. Daarnaast wordt niet dieper ingegaan op het criterium handicap, waarvan de bijzondere problematiek een afzonderlijke analyse rechtvaardigt.

### DE RECHTVAARDIGING VAN DE BEOORDELING VAN DE GEZONDHEID DOOR EEN WERKGEVER

Een belangrijke vraag is of beslissingen die de werkgever neemt bij de selectie van het personeel *überhaupt* kunnen steunen op een beoordeling van de gezondheid van een persoon.

---

<sup>179</sup> BS 30 mei 2007.

<sup>180</sup> Cf. art. 3 Antidiscriminatiewet.

## Medische onderzoeken

In eerder werk werd reeds aangegeven dat, in de arbeidsverhoudingen, medische onderzoeken vanuit verschillende invalshoeken kunnen worden gerechtvaardigd.<sup>181</sup>

Zo kan men in de eerste plaats antwoorden dat elke maatschappij er belang bij heeft dat arbeid wordt verricht in behoorlijke omstandigheden van veiligheid en gezondheid, en dat personen worden tewerkgesteld aan arbeid die zij aankunnen, of nog, dat maatschappelijk welzijn ook welzijn op het werk vooronderstelt. Voor dit welzijn<sup>182</sup> op het werk draagt de werkgever een grote verantwoordelijkheid. Deze verantwoordelijkheid ligt vervat in artikel 20, 2° van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 en ligt ook vervat in de Welzijnswet van 4 augustus 1996. Dit rechtvaardigt een beleid inzake preventie en bescherming op het werk, wat het voeren van medische onderzoeken impliceert. Dit is het domein van de arbeidsgeneeskunde.

Een tweede rechtvaardiging vindt men in de arbeidsrelatie zelf en het recht op gezagsuitoefening van de werkgever. Zo heeft de werkgever, in het kader van de arbeidsongeschiktheidsregeling, het recht om een medische controle uit te oefenen. De arbeidsongeschiktheidsregeling voorziet onder meer dat de werkgever gehouden is tot het dragen van de gehele of gedeeltelijke kostprijs van het gewaarborgde loon in geval van ziekte of ongeval. De medische controle is de tegenhanger van deze financiële verplichting.<sup>183</sup> Het is een wettelijk onderzoeksrecht van de werkgever om misbruiken inzake gewaarborgd loon tegen te gaan.<sup>184</sup> Dit is het domein van de controlegeneeskunde.

Een derde mogelijke rechtvaardigingsgrond voor het houden van een medisch onderzoek zijn de contractuele vrijheid en de selectievrijheid van de werkgever. Werkgevers zijn in beginsel vrij om werknemers te selecteren en daarbij rekening te houden met criteria of persoonlijke eigenschappen die een invloed zullen hebben op de productiviteit en de competitiviteit van de onderneming. De gezondheid van de werknemer heeft een weerslag op zijn arbeidsprestaties.<sup>185</sup> Niet alleen is gezondheid van belang voor het goed uitvoeren van arbeidsprestaties. Gezondheid kan ook repercussies hebben op de veiligheid en de gezondheid van anderen. De werkgever, die gebruik maakt van zijn ondernemingsvrijheid, draagt tevens de verantwoordelijkheid voor het organiseren van een economische activiteit waarvoor arbeidskrachten vereist zijn. Deze verantwoordelijkheid strekt zich uit tot de maatschappij. Het beoordelen van de relevantie van een medisch onderzoek in dit verband is het domein van de selectiegeneeskunde.

In de context van werving en selectie, treedt een spanningsveld op tussen de arbeidsgeneeskunde en de selectiegeneeskunde.

<sup>181</sup> F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 223.

<sup>182</sup> Welzijn (immateriële arbeidsomstandigheden, niet kwantificeerbaar) staat tegenover welvaart (materiële omstandigheden van de arbeidsvoorwaarden, kwantificeerbaar); O. VANACHTER, "De belangrijkste vernieuwingen", in O. VANACHTER (ed.), *De Welzijnswet Werknemers. De Wet van 4 augustus 1996*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 13.

<sup>183</sup> P. WATRIN, *Medische controle van de arbeidsongeschiktheid in het kader van de Wet van 3 juli 1978*, Diegem, ced.samsom, 1993, 17.

<sup>184</sup> Cf. art. 31, §2, lid 4 AOW: "De door de werkgever gemachtigde en betaalde geneesheer gaat na of de werknemer werkelijk arbeidsongeschikt is".

<sup>185</sup> Volgens Jamouille is het verplicht medisch onderzoek precies ingesteld vanuit het uitgangspunt dat de gezondheidstoestand van een werknemer een directe invloed heeft op de uitvoering van de arbeidsprestaties (M. JAMOUILLE, "La vie privée et le droit du travail", *Ann.Dr.Louv.* 1984, 39).

## In aanmerking nemen van gezondheidsgegevens

De problematiek van 'gezondheidsselectie' is ruimer dan het uitvoeren van medische onderzoeken. Aan een beoordeling van een werknemer of een kandidaat-werknemer op basis van diens gezondheid, hoeft namelijk niet *per se* een medisch onderzoek vooraf te gaan. Men kan hierbij denken aan een eenvoudige vraag naar de algemene of bijzondere gezondheidstoestand van een werknemer of kandidaat-werknemer. Daarnaast zijn er ook gevallen waarin één of meerdere zichtbare fysieke kenmerken van een persoon iets kunnen vertellen over diens gezondheid, of zelfs handicap. Bovendien vereist de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 dat men ruimer denkt dan louter de gezondheid, en ook rekening houdt met de fysieke eigenschap van een persoon, welke niet noodzakelijk gerelateerd is aan de gezondheid.

Deze ruimere problematiek zou men onder de noemer van de gezondheidsselectie kunnen brengen.

De verantwoording waarom een werkgever, bij het nemen van een selectiebeslissing, rekening zou willen houden met een handicap, gezondheid of fysieke eigenschap van een persoon, ligt, zoals in het geval van medische onderzoeken, wellicht voornamelijk in hetzij een welzijnsbeleid (dat gekend is in de arbeidsgeneeskunde en waarvoor de werkgever, krachtens de wet, een centrale verantwoordelijkheid draagt – zie hierboven), hetzij een ander gezondheidsselectiebeleid, dat steunt op werkgeversnormen van productiviteit en winstmaximalisatie. Dit slaat dus op de situatie waarbij de werkgever de gezondheidstoestand van een individu in overweging neemt in functie van een door hem gehanteerde norm. De bedoeling kan daarbij zijn om niet *een* geschikte werknemer maar wel *de meest geschikte* werknemer in dienst te nemen of te behouden. Niet alleen het rechtstreeks verband tussen fysieke conditie en productiviteit zal hier meespelen (voorbeeld het aantal kilo's dat iemand kan dragen, of iemands stressbestendigheid), maar ook het vermijden van hoge kosten door overdreven absentisme, het vrijwaren van een bepaald imago of bedrijfscultuur, of het vermijden van aansprakelijkheden die hij mogelijk oploopt in zijn hoedanigheid van werkgever.

Hiervoor zal een werkgever steun vinden in onder meer de ondernemingsvrijheid en de contractsvrijheid, die telkens een selectievrijheid impliceren.<sup>186</sup> De vraag die daarbij rijst, is in hoeverre deze selectievrijheid begrensd wordt door wettelijke bepalingen, zoals onder meer de Antidiscriminatiewet.

## HET RECHT OP PRIVACY

Het beoordelen van de gezondheid van een (kandidaat-)werknemer veronderstelt in de eerste plaats toegang tot informatie hierover. Bij een informatieverzameling desbetreffend zal rekening moeten gehouden worden met het grondrecht op privacy, zoals dit beschermd is door artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dit betekent het in acht nemen van de beginselen finaliteit, proportionaliteit en legaliteit.<sup>187</sup>

<sup>186</sup> Cf. F. HENDRICKX, "Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (I)", *Or.* 2000, 64.

<sup>187</sup> Meer hierover in: F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, die Keure, Brugge, 1999, 358 p.

Twee bijzondere regelingen zijn daarnaast evenzeer van groot belang. Het betreft de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, ook wel de Privacywet genoemd<sup>188</sup> en CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende werving en selectie.

### **Privacywet**

Het verzamelen van gezondheidsgegevens, hetzij door mondelinge bevraging, hetzij via medische onderzoeken, kan de toepassing met zich meebrengen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, afgekort de WVP, of ook wel de Privacywet genoemd.<sup>189</sup> Deze wet werd aangepast aan de Europese richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 ingevolge de wet van 11 december 1998.<sup>190</sup> In het Belgisch Staatsblad van 13 maart 2001 verscheen daarop het koninklijk besluit van 13 februari 2001 ter uitvoering van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

Deze wet voorziet in een aantal waarborgen, in het bijzonder wat betreft gegevens die de gezondheid betreffen.

### **Toepassingsgebied**

Opdat de WVP van toepassing zou zijn, moet het gaan om een verwerking van persoonsgegevens. De vraag is of mondelinge vragen, of een vragenformulier dat door een werknemer of sollicitant wordt ingevuld, een verwerking in de zin van de WVP kan impliceren. Welnu, het begrip verwerking is zeer ruim. Artikel 1, 2 WVP stelt dat onder 'verwerking' wordt verstaan, elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens. Het is daarbij van belang op te merken dat het loutere verzamelen van gegevens reeds onder de notie verwerking valt.

Er moet, evenwel, rekening worden gehouden met het specifieke toepassingsgebied van deze wet. Artikel 3, 1 WVP stelt dat de wet van toepassing is op : 1) elke geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede 2) op elke niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.

Voor wat betreft de niet-geautomatiseerde verwerkingen, is de notie bestand dus belangrijk. Dit begrip wordt onderscheiden van de notie dossier. Men gaat namelijk van uit dat dossiers niet

<sup>188</sup> BS 18 maart 1993.

<sup>189</sup> BS 18 maart 1993.

<sup>190</sup> BS 3 februari 1999.

onder de wet vallen. Dit kan ertoe leiden dat niet alle informatievergaring, bijvoorbeeld tijdens selectie-interviews, onder het toepassingsgebied van de WVP zullen vallen.

Dit heeft geleid tot een arrest van het Hof van Cassatie van 16 mei 1997.<sup>191</sup> In dit arrest wordt gesteld dat er slechts sprake is van een bestand in de zin van de wet, als door de logisch gestructureerde wijze waarop een geheel van persoonsgegevens wordt samengesteld en bewaard, een systematische raadpleging ervan mogelijk is. Het Hof van Cassatie beaamt de stelling van het hof van beroep, waarin werd gesteld dat het dossier 'vacature' in genedele in staat stelt de gegevens te verwerken, te wijzigen, uit te wissen of te verspreiden, noch op een duurzame wijze te bewaren met het oog op een systematische raadpleging ervan en dat uitgesloten is dat dit manueel aangelegde dossier in aanmerking komt voor een systematische raadpleging ervan. Het manueel aangelegde dossier, was mogelijk 'logisch gestructureerd', maar toch geen bestand.

Deze uitspraak staat enigszins op gespannen voet met de bedoeling van de Europese wetgever, wiens initiatief tot de Belgische wet heeft geleid. De Preambule van de Europese richtlijn stelt namelijk dat de reikwijdte van de bescherming van personen niet afhankelijk mag zijn van de gebruikte technieken om gegevens te bewaren, daar zulks ernstig gevaar voor ontduiking zou opleveren, maar dat niettemin wat betreft de niet-automatische verwerking, alleen bestanden en geen 'ongestructureerde dossiers' onder de richtlijn vallen. (Preambule '27 RVP)

### **Toelaatbaarheid**

De WVP beperkt de toelaatbaarheid van het verwerken van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen. Er geldt een principieel verbod tot het verwerken van deze gegevens.<sup>192</sup>

1. Het verbod om de hogervermelde persoonsgegevens te verwerken, is echter niet van toepassing in een aantal uitdrukkelijk omschreven gevallen. Bij deze opsomming houdt de WVP rekening met de noden die bestaan in het kader van het personeelsbeleid. De verwerking van gevoelige gegevens is onder meer toegelaten wanneer de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van de specifieke verplichtingen en rechten van de verantwoordelijke voor de verwerking met betrekking tot het arbeidsrecht, de toepassing van de sociale zekerheid, of ook wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de doeleinden van preventieve geneeskunde.<sup>193</sup> Dit regime is ongeveer gelijkaardig aan wat voorheen bestond.

Gelet op het bestaan van de rubriek 'rechten van de verantwoordelijke voor de verwerking met betrekking tot het arbeidsrecht' als uitzondering op het verbod van verwerking, kunnen legitieme doeleinden die een werkgever nastreeft dus het gebruik van gezondheidsgegevens verantwoorden, in de mate de verwerking ervan noodzakelijk is.

2. Inzake de toestemming van de werknemer gaat het nieuwe regime echter verder. De WVP bepaalt dat de verwerking van gevoelige gegevens of van gezondheidsgegevens ook is toegelaten "wanneer de betrokkene schriftelijk heeft toegestemd in een dergelijke verwerking".<sup>194</sup> Een

<sup>191</sup> Cass. 16 mei 1997, *R.W.* 1997-98, 850.

<sup>192</sup> Art. 7 WVP.

<sup>193</sup> Cf. art. 6,§2, b), h) en j) WVP en art. 7,§2,b),c) en j) WVP.

<sup>194</sup> Art. 6,§2,a) WVP en art. 7,§2,a) WVP.



koninklijk besluit kan evenwel de gevallen bepalen waarin deze schriftelijke toestemming niet volstaat om het verwerkingsverbod ongedaan te maken. In het uitvoeringsbesluit van 13 februari 2001 heeft de Koning dit inderdaad nader bepaald voor de arbeidsrelatie. Artikel 27 van het uitvoeringsbesluit bepaalt met name dat indien de verwerking van gevoelige persoonsgegevens en gezondheidsgegevens (art. 6 en 7 WVP) uitsluitend is toegestaan op grond van de schriftelijke toestemming van de betrokken persoon, die verwerking verboden is indien de verantwoordelijke voor de verwerking de huidige of potentiële werkgever van betrokkene is of indien de betrokken persoon zich ten aanzien van de verantwoordelijke voor de verwerking in een afhankelijk positie bevindt, wat hem belet vrij zijn toestemming te verlenen.<sup>195</sup>

Men is ervan uitgegaan dat, wegens de vaak ongelijke machtsverhoudingen tussen werkgever en werknemer, de toestemming van deze laatste niet als een echte toestemming kan worden beschouwd.<sup>196</sup> Praktisch gezien moet de werkgever dus, bijkomend aan de schriftelijke toestemming, steeds teruggrijpen naar één of meer van de andere toelaatbaarheidsgronden die voor het verwerken van gevoelige gegevens en gezondheidsgegevens worden vermeld (namelijk als zulks noodzakelijk is met het oog op zijn specifieke rechten en plichten op het stuk van het arbeidsrecht, bij de toepassing van de sociale zekerheid en bij preventieve geneeskunde).<sup>197</sup> Volgens de wet kan de schriftelijke toestemming wel nog werken wanneer de verwerking erop gericht is de betrokken persoon een voordeel te verstrekken.<sup>198</sup> Het verslag aan de Koning geeft hierbij als voorbeeld de uitbetaling van een vakbondsuitkering, of ook nog, de situatie waarbij de werkgever een bepaalde categorie van zijn werknemers die een bepaalde godsdienst belijden, specifieke faciliteiten in dat verband wenst te verlenen.<sup>199</sup>

### **Rechtmatigheid**

De Privacywet voorziet ook dat een verwerking van persoonsgegevens rechtmatig moet zijn. De voorwaarden voor de rechtmatigheid van een verwerking van persoonsgegevens liggen vervat in artikel 4 van de WVP.

Dit omvat de volgende aspecten.

### **Eerlijk en rechtmatig**

Ingevolge artikel 4, § 1 WVP dienen persoonsgegevens eerlijk en rechtmatig te worden verwerkt. Uiteraard is de rechtmatigheidstoetsing in de eerste plaats een toetsing aan de wet van bepaalde verwerkingen. Verder dient de verwerking in overeenstemming te zijn met de grondrechten en de algemene beginselen van het recht.

<sup>195</sup> Art. 27, lid 1 Uitvoeringsbesluit.

<sup>196</sup> Verslag aan de Koning, BS 13 maart 2001, 7859.

<sup>197</sup> Verslag aan de Koning, BS 13 maart 2001, 7859.

<sup>198</sup> Art. 27, lid 2 Uitvoeringsbesluit.

<sup>199</sup> Verslag aan de Koning, BS 13 maart 2001, 7859.

### **Welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden**

Ingevolge artikel 4, § 1 WVP dienen persoonsgegevens “voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en niet verder te worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden.”

Dit voorschrift bevat twee belangrijke elementen die van elkaar dienen te worden onderscheiden. In de eerste plaats dienen persoonsgegevens “voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen”. Dit betreft de verzameling van persoonsgegevens. Ten tweede mogen persoonsgegevens “niet verder worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden”. Hier gaat het om het verder gebruik van de persoonsgegevens die werden verzameld.

Deze elementen kunnen begrepen worden als het zogenaamde finaliteitsbeginsel. Dit beginsel verlangt vooreerst dat men zo nauwkeurig mogelijk de doeleinden omschrijft waarvoor men bepaalde persoonsgegevens zal verwerken (ter herinnering: een verzameling is tevens een verwerking in de zin van de WVP). Het moet derhalve voor de betrokkene op voorhand duidelijk zijn waarvoor de verzameling van zijn persoonsgegevens dient. Het gaat hier ook om de transparantie van de gegevensverwerking. De aanduiding van het doeleinde kenmerkt tevens de verwachtingen van de betrokkene ten aanzien van het latere gebruik van de gegevens. Uit de wet zelf volgt dat het verdere gebruik van de persoonsgegevens moet beantwoorden aan de redelijke verwachtingen van de werknemer.

De wet verbiedt verder niet dat de persoonsgegevens worden aangewend voor andere doeleinden dan deze die bij de oorspronkelijke verzameling ervan werden opgegeven. Het verbod slaat op een verdere verwerking op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, onverenigbaar is met die doeleinden. Welke verdere aanwending van de persoonsgegevens onverenigbaar is met het/de oorspronkelijke doeleinde(n), is een feitenkwestie. Voor de praktijk betekenen deze voorschriften alvast dat, voorafgaand aan de verzameling van persoonsgegevens, het onontbeerlijk is om zich te bezinnen over de doeleinden waarvoor welbepaalde gegevens zullen worden aangewend.

### **Toereikend, ter zake dienend en niet overmatig**

Persoonsgegevens dienen toereikend, ter zake dienend en niet overmatig te zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij verder worden verwerkt.

In dit voorschrift ligt een vereiste van proportionaliteit besloten. Het proportionaliteitsbeginsel is zeer belangrijk en in vele praktijkgevallen één van de cruciale criteria om een juridische beoordeling te maken. Tegelijkertijd moet worden aangegeven dat het gaat om een tamelijk abstract beginsel, waarvan de toepassing in de praktijk dikwijls afhangt van een beoordeling in concreto.

**Advies 08/2002**

In het advies 08/2002 van 11 februari 2002 gaf de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer haar opinie over het gebruik van gezondheidsgegevens door uitzendkantoren. Dit advies is interessant, want de commissie zet er haar visie uiteen met betrekking tot het opvragen van gezondheidsgegevens in het kader van werving en selectie.

De commissie verleende het advies uit eigen beweging op grond van de volgende probleemstelling.

“De Commissie heeft vastgesteld dat de uitzendkantoren in de dossiers van kandidaturen van de personen die een beroep doen op hun diensten, regelmatig gevoelige gegevens opnemen, gegevens betreffende de gezondheid van de betrokken persoon, dan wel gerechtelijke of andere gegevens die in de zin van de WVP echter niet altijd relevant zijn voor de doeleinden van de beoogde verwerking.

Bijgevolg kunnen verschillende probleemgevallen worden onderscheiden :

1° De bestanden van de uitzendkantoren bevatten heel vaak een getuigschrift van goed zedelijk gedrag van de persoon die zich in een uitzendkantoor inschrijft.

2° Het gebeurt dat uitzendkantoren de kandidaat vragen stellen over zijn allergieën, astma of in het algemeen over bepaalde bijzonderheden van zijn gezondheidstoestand die hem zouden verhinderen in een bepaalde professionele omgeving te werken. Gelijktijdig wordt de kandidaat onderworpen aan een reeks persoonlijkheidstesten en psychotechnische proeven.

3° Bepaalde bedrijven nemen ook op besliste wijze de vrijheid de lichamelijke bijzonderheden of de bijzondere kenmerken op de steekkaart van een kandidaat te noteren.

4° Ten slotte komen op de steekkaarten van de kandidaten ook gegevens voor inzake de religieuze overtuiging en de raciale of etnische herkomst van de betrokken persoon.”

Vooraf de punten 2° en 3° zijn van belang voor het onderwerp van deze bijdrage.

De commissie stelt dat de ‘gegevens betreffende de gezondheid’ alle persoonsgegevens over de vroegere, huidige of toekomstige fysieke of psychische gezondheidstoestand van de persoon omvatten. Er moet dus, aldus de commissie, een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten gegevens betreffende de gezondheid:

Met betrekking tot de gegevens met betrekking tot de fysieke gezondheid van de persoon verwijst de Commissie naar de bepalingen van het ARAB (Algemeen reglement voor de bescherming van de arbeid). Hierbij moet de werkgever zich, in geval van een aantal functies, verplicht vergewissen van de goede gezondheid van de werknemer door middel van een medisch onderzoek uitgevoerd door de arbeidsgeneeskundige dienst van de werkgever die een gewone verklaring van arbeidsgeschiktheid aflevert. De commissie stelt dat, in dit geval, de gegevens die het uitzendbureau ontvangt, geen gegevens betreffende de gezondheid zijn, maar administratieve gegevens, die worden verwerkt tot uitvoering van een wettelijke verplichting.

De commissie laat, buiten deze arbeidsgeneeskunde, wel ruimte tot het mondeling of schriftelijk meedelen, door de betrokken sollicitant, van gezondheidsgegevens. De Commissie stelt daarbij:

“De kandidaat moet de verwerking van gegevens met betrekking tot zijn gezondheid schriftelijk goedkeuren indien zijn gegevens niet worden verwerkt onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg (art. 7, § 2 a) en § 4 van de WVP).

Op grond van de WVP wordt dezelfde beperking ingevoerd en is het niet toegelaten overmatige gegevens te verkrijgen, te bewaren, over te zenden en ten slotte te verwerken (art. 4, § 1, 3°, van de WVP).

In de gevallen waarin de uitoefening van de functie geen bijzondere risico's inhoudt, beveelt de Commissie de uitzendkantoren aan, enkel vragen te stellen betreffende de gezondheid van de kandidaten wanneer een bepaalde betrekking wordt beoogd, alsmede zich te beperken tot de objectief noodzakelijke vragen.”

In een voetnoot stelt de commissie hierbij: “Zo stellen betrekkingen als kantoorbediende, administratief werk, betrekkingen als onthaalhostess bij voorbeeld objectief geen enkel bijzonder probleem en zij kunnen derhalve geen vragen betreffende allergieën, astma, gewicht, duizelingen van de betrokken persoon rechtvaardigen.”

Met betrekking tot gegevens betreffende de psychische gezondheid van de kandidaat stelt de Commissie niet dat de persoonlijkheidstesten of psychotechnische proeven verboden zijn, maar wel dat zij in beginsel nodig moeten zijn “voor de interpretatie van de resultaten van de specifieke kennis”, en “alleen mogen worden uitgevoerd onder de verantwoordelijkheid van een psycholoog of, indien de kandidaat akkoord gaat, van een persoon die door een psycholoog behoorlijk opgeleid is voor dit soort opdrachten”. Een geïmproviseerde analyse van deze testen, aldus de Commissie, kan leiden tot onnauwkeurige gegevens en de verwerking van de persoonsgegevens van de kandidaat ongeldig maken (art. 4, §1, 4°, van de WVP).

### **CAO nr. 38 inzake werving en selectie**

De CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende werving en selectie heeft een dubbel belang. Deze CAO bevat zowel bepalingen op het vlak van discriminatie als op het vlak van privacy-bescherming. De twee aspecten zijn nauw met elkaar verbonden.

Artikel 11 van CAO nr. 38 bepaalt dat de persoonlijke levenssfeer van de sollicitant bij de selectieprocedure zal worden geëerbiedigd, wat impliceert dat vragen over het privéleven slechts verantwoord zijn indien zij relevant zijn wegens de aard en de uitoefeningsvoorwaarden van de functie.

Traditioneel wordt hierbij gesteld dat dit artikel dus een relevantiebeginsel bevat. Zoals elders aangeduid,<sup>200</sup> kan gesteld worden dat er verschillende mogelijke relevanties aangeduid kunnen worden, indien men peilt naar de redenen van het opvragen van informatie (waarom stelt de werkgever die vragen?) of de doeleinden ervan (waar wil de werkgever met die vragen naartoe?). Het recht op privacy beschermt ongefundeerde nieuwsgierigheid vanwege de werkgever. Vandaar dat CAO nr. 38 voorziet dat de informatie minstens relevant moet zijn wegens

<sup>200</sup> Cf. F. HENDRICKX, “Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (I)”, *Or.* 2000, 68.

de aard en de uitoefeningsvoorwaarden van de functie. Dit belet echter niet dat de informatie opgevraagd kan worden voor selectiedoeleinden van de werkgever.

De relatie met de discriminatieproblematiek ligt echter wel voor de hand. De informatievergaring kan niet dienen voor een beslissing die een discriminatie inhoudt. Dit vergt ook een link met het non-discriminatiebeginsel van artikel 2*bis* van CAO nr. 38. Maar ook die bepaling legt een vrij open systeem van non-discriminatie vast. Zo ligt in artikel 2*bis* van CAO nr. 38 een verbod van discriminatie op basis van ziekteverleden vast. Hiervan vertrekend, mag de aanwervende werkgever, in beginsel, sollicitanten niet op een discriminerende wijze behandelen. Zo mag de werkgever in principe geen onderscheid maken op grond van ziekteverleden.<sup>201</sup> Niettemin mag de werkgever het ziekteverleden van de betrokkenen wel in aanmerking nemen wanneer dit verband houdt met de functie of met de aard van de onderneming, of indien dit wettelijk wordt vereist of toegelaten.<sup>202</sup>

Met andere woorden, artikel 2*bis* belet het selectierecht van de werkgever niet, indien de principiële verboden criteria worden aangewend wanneer die “verband houden met de functie of met de aard van de onderneming”.<sup>203</sup>

Wat op te merken valt, is dat ‘de test’ die in artikel 2*bis* en artikel 11 vervat ligt, niet zeer streng lijkt. Zolang de werkgever de relevantie kan aanduiden van het opvragen en gebruiken van gezondheidsgegevens, gelet op de aard en de uitoefeningsvoorwaarden van de functie, houden men, behoudens discriminatie, de conformiteit met het relevantiebeginsel in stand.

## **ARBEIDSGENEESKUNDE, DE WELZIJNSWET (4 AUGUSTUS 1996) EN HET KB GEZONDHEIDSTOEZICHT (28 MEI 2003)**

Hoger werd er reeds op gewezen dat de problematiek van gezondheidsselectie in arbeidsverhoudingen, ruimer is dan de problematiek van de medische onderzoeken van werknemers of kandidaat-werknemers. Niettemin is het van zeer groot belang om de wettelijke bepalingen ter zake te bekijken, onder meer met het oog op de vraag naar de toelaatbaarheid van medische onderzoeken, en zo mogelijk om bouwstenen te vinden in verband met de ruimere vraag naar de relevantie van gezondheid in het selectiegebeuren.

### **Het KB Gezondheidstoezicht van 28 mei 2003**

De regeling inzake de medische onderzoeken van werknemers kan niet losgekoppeld worden van de beginselen van de arbeidsgeneeskunde. Deze steunen op de Welzijnswet van 4 augustus 1996 en op het KB Gezondheidstoezicht van 28 mei 2003.

Hieruit blijkt dat de arbeidsgeneeskunde in essentie een preventieve taak vervult.

<sup>201</sup> Art. 2*bis*, lid 1 en lid 2 CAO nr. 38.

<sup>202</sup> Art. 2*bis*, lid 2 CAO nr. 38.

<sup>203</sup> F. HENDRICKX, “Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (I)”, *Or.* 2000, 69.

Het KB Gezondheidstoezicht formuleert de volgende doelstellingen (cf. art. 3) van het gezondheidstoezicht op werknemers :

- de gezondheid van de werknemers te bevorderen en te behouden door risico's te voorkomen;
- de tewerkstellingskansen te bevorderen voor iedereen, inzonderheid door aan de werkgever aangepaste werkmethodes voor te stellen, het voorstellen van aanpassingen van de werkpost en het zoeken naar aangepast werk, ook voor werknemers met een beperkte arbeidsgeschiktheid;
- te vermijden dat werknemers worden tewerkgesteld aan taken waarvan zij, wegens hun gezondheidstoestand, normaal de risico's niet kunnen dragen;

Men kan dus stellen dat het gezondheidstoezicht op de werknemers erop gericht is om mensen in te sluiten in plaats van ze uit te sluiten uit het arbeidsproces. Het gaat om het aanpassen van de arbeid aan de mens en niet omgekeerd. Medische normen inzake welzijn halen het in de arbeidsgeneeskunde op productiviteitsnormen.

### **Werknemers die aan een gezondheidstoezicht kunnen worden onderworpen**

In beginsel onderwerpt de werkgever enkel werknemers (of kandidaat-werknemers) aan een arbeidsgeneeskundig onderzoek, wanneer zij een veiligheidsfunctie bekleden of een functie die welbepaalde risico's inhoudt.<sup>204</sup>

Artikel 26, KB Gezondheidstoezicht:

“De werkgever onderwerpt de volgende werknemers aan een voorafgaande gezondheidsbeoordeling:

1° de werknemers die in dienst genomen worden om te worden tewerkgesteld in een veiligheidsfunctie, een functie met verhoogde waakzaamheid, een activiteit met welbepaald risico of een activiteit verbonden aan voedingswaren;

2° de werknemers die in dienst zijn en aan wie een andere functie wordt toegewezen in de onderneming of inrichting, waardoor zij worden tewerkgesteld in een veiligheidsfunctie, een functie met verhoogde waakzaamheid of een activiteit met welbepaald risico, of een activiteit verbonden aan voedingswaren, waarin zij voorheen niet waren tewerkgesteld of waardoor zij voor het eerst in dergelijke functie of aan dergelijke activiteit worden tewerkgesteld.”

Artikel 30, KB Gezondheidstoezicht:

“De werkgever is gehouden de werknemers, die een veiligheidsfunctie, een functie met verhoogde waakzaamheid, een activiteit met welbepaald risico op een activiteit verbonden aan voedingswaren uitoefenen, aan een periodieke gezondheidsbeoordeling te onderwerpen.”

Ingevolge artikel 27, tweede lid, 2° van het KB Gezondheidstoezicht, kan de gezondheidsbeoordeling van een kandidaat-werknemer zelfs plaatshebben vooraleer de arbeidsovereenkomst

<sup>204</sup> Zie ook art. 35 KB Gezondheidstoezicht.

gesloten wordt, maar dan wel slechts voor zover deze gezondheidsbeoordeling de laatste stap is in de procedure van werving en selectie en de arbeidsovereenkomst, onder voorbehoud van de beslissing van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, effectief tot stand komt.

### **De beoordeling van de geschiktheid van de werknemer in de arbeidsgeneeskunde**

De vraag naar de geschiktheid van de werknemer, gelet op diens gezondheid, voor een bepaalde functie is helemaal niet vreemd aan de arbeidsgeneeskunde. Integendeel. Een ongeschiktheid voor een job kan blijken uit de te grote risico's die het medisch profiel van de werknemer voortbrengt. Hierin ligt een relevantiebeginsel besloten.

Het KB Gezondheidstoezicht laat toe om de ongeschiktheid van de werknemer vast te stellen, gelet op functierelevante kenmerken.

Zo impliceert het KB in het algemeen, een afweging tussen de gezondheid van de werknemer en de risico's van de job, waaruit een ongeschiktheid kan voortvloeien, gelet op de verplichting om te vermijden:

- dat werknemers worden tewerkgesteld aan taken waarvan zij, wegens hun gezondheidstoestand, normaal de risico's niet kunnen dragen,<sup>205</sup>
- dat personen tot het werk worden toegelaten die getroffen zijn door ernstige besmettelijke aandoeningen of die een gevaar voor de veiligheid betekenen van de andere werknemers.<sup>206</sup>

De ongeschiktheid kan blijken uit het feit:<sup>207</sup>

- dat het gaat om een veiligheidsfunctie of een functie met verhoogde waakzaamheid, die de gezondheid en veiligheid van andere werknemers in gevaar kan brengen;
- dat de functie gepaard gaat met een welbepaald risico die de gezondheid van de werknemer aantast of kan aantasten;
- dat de functie een activiteit impliceert die verbonden is met voedingswaren.

### **De appreciatieruimte van de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde**

De wet schrijft in beginsel de onderzoeken voor die de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde kan verrichten.<sup>208</sup>

Eerder werd echter een appreciatierecht van de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde verdedigd, die hem het recht geeft om op elk ogenblik een initiatief te nemen tot eender welk medisch onderzoek.<sup>209</sup> Zo kan gewezen op de wettelijke rol van de preventieadviseur-arbeids-

<sup>205</sup> Art. 3, e) KB Gezondheidstoezicht.

<sup>206</sup> Art. 3, f) KB Gezondheidstoezicht.

<sup>207</sup> Cf. art. 3, g) KB Gezondheidstoezicht.

<sup>208</sup> Cf. art. 28 KB Gezondheidstoezicht.

<sup>209</sup> F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, die Keure, Brugge, 1999, 228. Hierbij dient ook aandacht te worden besteed aan art. 16 van het KB Gezondheidstoezicht, dat opsomt welke gezondheidsbeoordelingen de preventieve gezondheidsonderzoeken bevatten, waarvan het dus nog maar de vraag is of deze opsomming limitatief is en elk andere gezondheidsbeoordeling zou beletten.

geneeskunde. Die moet vermijden dat personen worden tewerkgesteld aan taken waarvan zij, wegens hun gezondheidstoestand, normaal de risico's niet kunnen dragen,<sup>210</sup> of dat personen tot het werk worden toegelaten die getroffen zijn door ernstige besmettelijke aandoeningen of die een gevaar voor de veiligheid betekenen van de andere werknemers.<sup>211</sup> Zo ook bepaalt artikel 28, § 1, 3° van het KB Gezondheidstoezicht dat tot de taak van de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde behoort, de opsporing van afwijkingen en contra-indicaties om de werkpost in te nemen of de activiteit daadwerkelijk uit te oefenen.

Daarbij kan worden gesteld dat de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde dit appreciatierecht slechts kan uitoefenen, zolang hij binnen zijn taakomschrijving blijft.<sup>212</sup>

Dit laatste wordt bevestigd in het KB Gezondheidstoezicht zelf, dat voorziet dat de werkgever niet mag teruggrijpen naar vormen van geneeskunde die andere doelstellingen nastreven dan de arbeidsgeneeskunde. Men kan hierbij denken aan selectiegeneeskunde. Artikel 14 van het KB Gezondheidstoezicht bepaalt:

“Tijdens de procedure van werving en selectie en tijdens de duur van de tewerkstelling mogen de werkgevers geen andere tests of medische onderzoeken laten uitvoeren dan deze die de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer krachtens dit besluit mag uitvoeren, inzonderheid met een ander doel dan het staven van de beslissing dat de kandidaat of werknemer die onderworpen is aan de verplichte beoordeling van de gezondheid geschikt is in functie van de kenmerken van de betrokken werkpost of activiteit met welbepaald risico.”

Van belang is de vraag hoe deze bepaling van artikel 14 zich verhoudt tot het wettelijk appreciatierecht van de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde. Zo werd reeds verdedigd dat, hoewel de wet daar niet uitdrukkelijk over spreekt, de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde een onderzoek naar drug- of alcoholverslaving zou kunnen uitvoeren, indien dit element een hinderpaal of beletsel zou vormen voor het uitoefenen van de functie.<sup>213</sup> Ook werd gesteld: “als de arbeidsgeneesheer oordeelt dat een bepaalde job niet kan uitgeoefend worden door iemand die verslaafd is aan alcohol of andere drugs, dan mag (moet) hij onderzoeken of de sollicitant voor die job verslaafd is aan alcohol of andere drugs.”<sup>214</sup>

Een en ander sluit wellicht ook niet uit dat de werkgever aan de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde informatie verschafft over welke de mogelijke contra-indicaties of bijzondere gezondheidsvereisten zouden kunnen zijn, en welke gezondheidsbeoordeling dus eventueel relevant kan zijn, in het kader van het uitoefenen van een welbepaalde functie. Het is dan aan de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde om hierop al dan niet in te gaan.<sup>215</sup> Relevant hierbij is ook het bestaan van artikel 20,2° van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, waarbij de

<sup>210</sup> Art. 3, e) KB Gezondheidstoezicht.

<sup>211</sup> Art. 3, f) KB Gezondheidstoezicht.

<sup>212</sup> B. OVERSTEYNS, “Juridische problemen bij de aanwerving”, in B. OVERSTEYNS (ed.), *Gezondheid en onderneming. Aids, alcohol, drugs en roken*, Brugge, die Keure, 1989, 89.

<sup>213</sup> W. VAN EECKHOUTTE en I. PLETS, “Alcohol en drugs op de arbeidsplaats: een zichtbaar taboe”, *Soc. Kron.* 2000, 569.

<sup>214</sup> B. OVERSTEYNS, “Juridische problemen bij de aanwerving”, in B. OVERSTEYNS (ed.), *Gezondheid en onderneming. Aids, alcohol, drugs en roken*, Brugge, die Keure, 1989, 90.

<sup>215</sup> Cf. T. DE BOCK en I. VANDERREKEN, “Enkele (nieuwe) juridische grenzen aan het wervings- en selectieproces”, *Or.* 2003, 247.



werkgever in de arbeidsrelatie de verantwoordelijkheid draagt voor de veiligheid en de gezondheid van zijn personeelsleden. Dit komt met andere woorden neer op een suggestierecht van de werkgever.

Het verbod voor de werkgever om andere medische onderzoeken te gelasten dan degene die op grond van de reglementering inzake arbeidsgeneeskunde worden voorgeschreven of toegelaten, heeft wellicht ook geen betrekking op het op andere wijze verzamelen door de werkgever van gezondheidsgegevens, zoals bijvoorbeeld via mondelinge of schriftelijke informatiegaring.

### **WET MEDISCHE ONDERZOEKEN (28 JANUARI 2003)**

De wet betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, kortom de Wet Medische Onderzoeken, kwam tot stand op 28 januari 2003.<sup>216</sup> Deze wet regelt, zoals de naam zelf impliceert, een aantal aspecten in verband met de medische onderzoeken in arbeidsverhoudingen.

De wet is van toepassing op de arbeidsverhoudingen geregeld bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst alsmede op de arbeidsverhoudingen geregeld in de regelgeving met betrekking tot het statuut van het overheidspersoneel en op de kandidaat-werknemers in die sectoren. (art. 2)

#### **Doelstellingen van de wet**

De Wet Medische Onderzoeken van 28 januari 2003 regelt een aantal medische onderzoeken in arbeidsverhoudingen. Bij het indienen van het wetsvoorstel in de Senaat, werd de regeling als volgt verantwoord:<sup>217</sup>

“Dit voorstel heeft tot doel een passend en nauwkeurig omschreven juridisch kader te scheppen voor medische onderzoeken uitgevoerd binnen het kader van de arbeidsverhoudingen, met het oog op het aanwerven van een werknemer dan wel om deze in staat te stellen sommige functies binnen die onderneming te bekleden.

Ons voorstel heeft tevens tot doel de onrust weg te nemen die is ontstaan doordat sommige bedrijven overwegen om voorspellend genetisch onderzoek of aidstests uit te voeren. Bij de huidige stand van de wetenschap is veel meer mogelijk dan alleen maar een zieke verzorgen. De genetische geneeskunde stelt ons in staat sommige ziekterisico's te herkennen en zal ons ooit misschien in staat stellen bepaalde ziektes te voorkomen.”

Duidelijk is dat deze wet tot doel heeft gehad een aantal specifieke medische onderzoeken te regelen. In de eerste plaats streeft de wet naar een verbod van voorspellend genetisch onderzoek of aidstests, om te vermijden:

<sup>216</sup> BS 9 april 2003.

<sup>217</sup> *Parl.Doc.* Senaat, B.Z. 1999, nr. 2-20/1, 1.

- dat genetische of HIV-tests zouden worden gebruikt om het toekomst risicoprofiel van een werknemer vast te leggen, en dus op die grond een selectiebeslissing te nemen;<sup>218</sup>
- dat de appreciatie in de arbeidsgeneeskunde te gemakkelijk tot het organiseren van genetische en HIV-tests zou leiden.<sup>219</sup>

Voor wat dit laatste betreft, kan ook verwezen worden naar de bespreking in de Senaatscommissie:

“In de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk en de uitvoeringsbesluiten ervan bestaan al bepalingen die obstakels vormen voor het uitvoeren van dergelijke tests. In die zin dat de huidige wetgeving bepaalt dat in de arbeidsgeneeskunde enkel die onderzoeken uitgevoerd mogen worden die nuttig en noodzakelijk zijn bij het evalueren van de actuele geschiktheid van een werknemer voor zijn actuele functie. Dit sluit al testen uit die enkel zouden uitgevoerd worden voor een voorspelling op langere termijn.

Het voordeel van de huidige tekst is dat een dergelijk verbod nu expliciet en precies gesteld wordt.”<sup>220</sup>

Volgens een aantal commentaren beantwoordt de wet ook aan een leemte. Hierbij kan verwezen worden naar de volgende passage:

“De tekst van mevrouw Vanlerberghe heeft nog het bijkomend voordeel een juridische leemte op te vullen, namelijk wat mogelijk en onmogelijk is in het geval van een kandidaat-werknemer.

Voor een kandidaat bestaat de arbeidsverhouding immers nog niet. Bijgevolg wordt hij momenteel door geen enkele reglementering beschermd en is alles dus mogelijk. Een reglementering organiseren voor deze categorie van personen is derhalve zeer positief.”

<sup>221</sup>

Of een kandidaat-werknemer inderdaad niet beschermd is buiten de Wet Medische Onderzoeken, is nog maar de vraag, gelet op o.m. het bestaan van CAO nr. 38 inzake werving en selectie, die weliswaar enkel voor de private sector geldt. Uiteraard is er ook nog artikel 14 van het KB Gezondheidstoezicht.

De voornaamste zorg die de wetgever met de Wet Medische Onderzoeken op het oog had is het voorkomen van discriminatie en van een te grote inmenging in het privéleven van de een werknemer of kandidaat-werknemer. In de Senaatscommissie werd dit als volgt verwoord:

“Deze praktijk houdt het gevaar in dat werkgevers uiteindelijk arbeidskrachten selecteren op basis van criteria die geen verband houden met de huidige gezondheidstoestand van de werknemer”.<sup>222</sup>

<sup>218</sup> *Parl.Doc.* Senaat, B.Z. 1999, nr. 2-20/1, 2.

<sup>219</sup> *Parl.Doc.* Senaat, B.Z. 1999, nr. 2-20/1, 3 (waar naar de arbeidsgeneeskunde verwezen wordt).

<sup>220</sup> *Parl.Doc.* Senaat, Zitting 2002-2003, nr. 2-20/4, 4.

<sup>221</sup> *Parl.Doc.* Senaat, Zitting 2002-2003, nr. 2-20/4, 4-5.

<sup>222</sup> *Parl.Doc.* Senaat, Zitting 2002-2003, nr. 2-20/4, 2-3.

Of nog:

“De wet had als uitgangspunt dat medische beoordeling en de daarvoor noodzakelijke onderzoeken van kandidaat-werknemers of kandidaat-ambtenaren enkel kunnen toegepast worden om de gezondheid van de bevolking te beschermen en te bevorderen en uitdrukkelijk niet om op systematische wijze tot sociale uitsluiting over te gaan.”<sup>223</sup>

De wet wil echter wel beperkte uitzonderingssituaties toestaan.

## **De toelaatbaarheid van medische onderzoeken**

### ***Relevantiebeginsel***

De Wet Medische Onderzoeken formuleert een relevantie- of finaliteitsbeginsel.

Artikel 3 § 1, lid 1: “De biologische tests, medische onderzoeken of mondelinge informatiegaring met het oog op het verkrijgen van medische informatie over de gezondheidstoestand of stamboom informatie van een werknemer of kandidaat-werknemer mogen niet worden verricht om andere redenen dan die welke verband houden met de huidige geschiktheid van de werknemer voor en de specifieke kenmerken van de openstaande betrekking.”

De wet formuleert het beginsel dat een medisch onderzoek, of mondelinge informatiegaring over de gezondheid, enkel mag verband houden met de huidige geschiktheid van de werknemer. Hieruit kan men afleiden dat de wetgever medische onderzoeken met een voorspellend karakter, of die naar een voorbeschiktheid willen peilen, heeft willen verbieden. Hiermee wil men een vorm van discriminatie op basis van gezondheid tegengaan.

Nochtans sluit deze bepaling selectiegeneeskunde in beginsel niet uit (zolang het niet gaat om genetische of HIV-onderzoeken). Ook een beoordeling van de huidige geschiktheid van de werknemer kan selectiedoeleinden dienen (de meest fitte werknemer selecteren) in plaats van doeleinden van arbeidsgeneeskunde (de werknemer selecteren die voldoende geschikt is voor de functie en dus de functie aankan).

Wel is het zo dat de wet uitdrukkelijk naar de rol van preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde verwijst. Zo wordt bepaald (art. 3, § 3) dat de biologische tests en medische onderzoeken slechts kunnen worden gevraagd of uitgevoerd door de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde die verbonden is aan de afdeling belast met het medische toezicht van de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk of aan de afdeling belast met het medisch toezicht van de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk waarop de werkgever een beroep doet.

Men zou hieruit kunnen afleiden dat daardoor selectiegeneeskunde uitgesloten is, aangezien de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer hiertoe niet mag overgaan.

<sup>223</sup> *Parl.Doc.* Senaat, Zitting 2007-2008, nr. 4-326/1, 1.

Deze optiek valt wellicht ook te verdedigen indien men naar de recente wijzigingsvoorstellen kijkt van de Wet Medische Onderzoeken. De stellers van het toenmalige wetsvoorstel wensen daarbij het toepassingsgebied van deze wet uitdrukkelijk te laten samenvallen met de Welzijnswet van 4 augustus 1996. Ze laten daarin ook uitschijnen dat de Wet Medische Onderzoeken nog te omzeilen is:

“Het is bovendien aangewezen de natuurlijke en rechtspersonen waarop de werkgever een beroep doet tijdens de periode van werving en selectie, gelijk te stellen met een werkgever.

Zo kan men vermijden dat een werkgever een beroep zou doen op een selectiebureau om aan het toepassingsgebied van de wet te ontsnappen.”<sup>224</sup>

Voorts wordt er over de draagwijdte van artikel 3, § 3 van de Wet Medische Onderzoeken (nl. dat de onderzoeken alleen door de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde mogen worden verricht) het volgende gesteld:

“Deze bepaling heeft verstrekkende gevolgen. Het komt er op neer dat enkel nog arbeidsgeneeskunde toegelaten is. Als men deze bepaling beschouwt ten opzichte van bijvoorbeeld de statutaire geneeskunde, dan levert dit problemen op voor de wettigheid van onderzoeken die gevoerd worden door de geneesheer van de Administratieve Gezondheidsdienst. Niet alleen bezitten deze artsen niet de hoedanigheid van preventieadviseur-arbeidsgeneesheer zoals de wet het hier verplicht voorschrijft, maar bovendien houden de door hen uitgevoerde onderzoeken geen enkel verband met de arbeidsgeneeskunde. De medische onderzoeken die door de AGD worden uitgevoerd hebben immers tot doel ervoor te zorgen dat personen in dienst worden genomen of gehouden waarvan men mag aannemen dat ze een gezondheidstoestand hebben die niet tot gevolg heeft dat de staat zou verplicht worden gedurende langere tijd de kosten die voortvloeien uit de arbeidsongeschiktheid van de betrokkene te zijnen laste te nemen. De medische onderzoeken die door de AGD worden uitgevoerd hebben dan ook betrekking op selectiegeneeskunde, wat door de wet van 28 januari 2003 wordt verboden. De wetgeving in verband met de statutaire geneeskunde is dan ook onverenigbaar met deze wet.”<sup>225</sup>

### ***Principieel verbod van genetische test en HIV-test***

Een aantal medische onderzoeken worden in beginsel als irrelevant afgedaan. Ingevolge het voormeld relevantiebeginsel bepaalt de Wet Medische Onderzoeken namelijk dat een genetische test en een HIV-test verboden zijn.

Artikel 3, § 1, lid 2: “Krachtens dit beginsel en onverminderd de bepalingen van hoofdstuk IV zijn met name verboden het voorspellende genetisch onderzoek en de aidstest.”

<sup>224</sup> *Parl.Doc.* Senaat, Zitting 2007-2008, nr. 4-326/1, 1-2.

<sup>225</sup> *Parl.Doc.* Senaat, Zitting 2007-2008, nr. 4-326/1, 3.

Het verbod kan worden uitgebreid tot andere medische testen. Zo bepaalt artikel 3, § 1, lid 3: “De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, het verbod uitbreiden tot andere biologische tests en medische onderzoeken.”

Het verbod kan ook worden beperkt. Het gaat immers slechts over een principiële verbod. Uitzonderingen zijn dus mogelijk, maar dan moeten die worden vastgelegd bij koninklijk besluit.

Artikel 5: “Met inachtneming van de in artikel 3 bedoelde bepalingen mag de werknemer of kandidaat-werknemer alleen aan een krachtens deze wet verboden medisch onderzoek worden onderworpen in de gevallen bepaald bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

De Koning stelt, eveneens bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de voorwaarden vast waaronder de krachtens het eerste lid toegestane onderzoeken zullen worden uitgevoerd.

Te dien einde raadpleegt de bevoegde minister het raadgevend comité voor bio-ethiek, ingesteld bij het samenwerkingsakkoord van 15 januari 1993 tussen de Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, goedgekeurd bij de wet van 6 maart 1995.”

## Andere bepalingen

### *Informatieverplichting*

Tien dagen vóór het onderzoek moet aan de werknemer of kandidaat-werknemer, bij een vertrouwelijke en aangetekende brief, worden medegedeeld naar welke gegevens wordt gezocht, welk onderzoek wordt uitgevoerd en waarom dat gebeurt. (art. 3, § 2)

Met betrekking tot de vraag voor welke onderzoeken deze informatieverplichting precies geldt, stelde de Minister van Tewerkstelling en Arbeid reeds dat, aangezien de wet tot doel heeft om personeel te selecteren, en medische onderzoeken te verbieden die geen verband hebben met arbeidsbekwaamheid van de werknemer, de verplichting om de werknemer binnen bepaalde vormen en termijnen te informeren over de aard van de onderzoeken waaraan hij onderworpen zal zijn, dan ook in deze context geplaatst moet worden. Deze bepaling werd echter beperkt uitgelegd. Ze zou alleen handelen over de onderzoeken die niet voorgeschreven zijn door de wet betreffende het welzijn op het werk of deze die rechtstreeks verband houden met het werk waarvoor men solliciteert of dat men uitvoert, zoals bijvoorbeeld het opsporen van HIV of genetische analyses. Het zou nooit de bedoeling van de wetgever geweest zijn om restrictieve voorwaarden op te leggen voor de onderzoeken die uitgevoerd worden in overeenstemming met de wet van 4 augustus 1996 op welzijn op het werk.<sup>226</sup>

<sup>226</sup> *Parl.Doc.* Kamer, Verslag plenumvergadering, donderdag 27 maart 2003, 5<sup>de</sup> zitting van de 50<sup>ste</sup> zittingsperiode, 14u15, 16.

**Schriftelijke motivering en beslissing**

Op straffe van nietigheid moet elke verklaring van ongeschiktheid schriftelijk gemotiveerd worden door de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde en door hem doorgestuurd worden naar een door de betrokkene aangewezen arts. De Koning kan nader bepalen onder welke voorwaarden en op welke wijze de schriftelijke motivering door de arts moet worden opgesteld en doorgestuurd. (art. 3, § 3)

De preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde deelt de werkgever en de kandidaat zijn beslissing mee door middel van de fiche van medisch onderzoek, voorgeschreven krachtens de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk. (art. 3, § 3)

**Informatieverplichting**

Iedere werkgever is verplicht de werknemer of kandidaat-werknemer mee te delen welke kwalen ten gevolge van de aangeboden baan, onderscheidenlijk de uitgeoefende functie, kunnen verergeren. (art. 4)

**ANTIDISCRIMATIEWET VAN 10 MEI 2007**

Tenslotte is er de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie<sup>227</sup>, kortom de Antidiscriminatiewet.

**Een aantal begrippen**

Op de verschillende begrippen van de Antidiscriminatiewet, en hun onderscheiden betekenis, wordt hier niet dieper ingegaan. Van belang is wel, voor een goed begrip, een aantal concepten te hernemen.

De Antidiscriminatiewet gaat uit van een aantal beschermde criteria.

Artikel 3: “Deze wet heeft tot doel met betrekking tot de in artikel 5 bedoelde aangelegenheden een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst.”

Vervolgens wordt een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie. Dit heeft invloed op de mogelijkheid tot rechtvaardiging van het gebruik van de door de wet beschermde criteria.

---

<sup>227</sup> BS 30 mei 2007.

In beginsel wordt in het antidiscriminatierecht een onderscheid gehanteerd tussen een open systeem en een gesloten systeem van bescherming.

Bij het indienen van het wetsontwerp in de Kamer, was de regering van oordeel dat het van dit onderscheid uitging. Hierover werd gesteld:

“In het antidiscriminatierecht doet zich immers een *summa divisio* voor wat betreft het stelsel dat gekoppeld is aan het verbod op directe discriminatie. In een stelsel van het “gesloten” type is het in principe niet mogelijk een onderscheid in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op een bepaalde grond, te rechtvaardigen, onder voorbehoud van beperkte, specifieke en vooraf bepaalde uitzonderingen. Dit is het systeem waarop de gemeenschapsrichtlijnen grotendeels zijn gebaseerd. In een ‘open’ systeem daarentegen, kan een onderscheid in behandeling op grond van een bepaald criterium steeds *a priori* het voorwerp uitmaken van een ‘objectieve en redelijke rechtvaardiging’, die niet verder wordt verduidelijkt, en die wordt overgelaten aan het uiteindelijke oordeel van de rechter. Dit is het systeem waarop de wet van 25 februari 2003 is geïnspireerd, wat erop wijst dat deze wet gedeeltelijk in strijd is met de gemeenschapsrichtlijnen die ze geacht wordt om te zetten.”<sup>228</sup>

“De Regering is van oordeel dat het naleven van de voorschriften van de gemeenschapsrichtlijnen en de rechtszekerheid die het ‘gesloten systeem’ waarborgt, moest worden gecombineerd met het opstellen van een hanteerbare wet die geen verrassende effecten tot gevolg heeft. Bijgevolg is geoordeeld dat de globale hervorming van de antidiscriminatiewetgeving zou moeten berusten op een ‘gemengd’ systeem: de invoering van een ‘gesloten’ systeem van rechtvaardiging telkens wanneer, en voor zover, de gemeenschapsrichtlijnen dit vereisen, en in principe het behoud van een ‘open’ systeem van rechtvaardiging in de andere gevallen – dit wil zeggen, wat betreft de ‘niet-Europese’ verboden discriminatiegronden, of nog, in de materiële toepassingsdomeinen van de drie wetten die buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen zelf vallen.”<sup>229</sup>

Dit heeft geleid tot het volgende:

1. Bij het maken van een direct onderscheid op basis van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, of de fysieke of genetische eigenschap van een persoon, hanteert de wet een open systeem van rechtvaardiging.

Artikel 7: “Elk direct onderscheid op grond van een van de beschermde criteria vormt een directe discriminatie, tenzij dit direct onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”

Dit open rechtvaardigingssysteem is steeds van toepassing, met uitzondering van de situaties gevisieerd in artikel 8. Het betreft dezelfde rechtvaardigingstoets als deze die gehanteerd wordt in het kader van de rechtvaardiging van indirect onderscheid (zie hierover art. 9).<sup>230</sup>

<sup>228</sup> *Parl.Doc.*, 51<sup>e</sup> Zittingsperiode, nr. 2722/001, 22.

<sup>229</sup> *Parl.Doc.*, 51<sup>e</sup> Zittingsperiode, nr. 2722/001, 22.

<sup>230</sup> *Parl.Doc.*, 51<sup>e</sup> Zittingsperiode, nr. 2722/00, 47.

Gaat het om een handicap, dan geldt een beperkter, meer gesloten systeem, van rechtvaardiging. In dat geval geldt artikel 8 van de wet:

“§ 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.

§ 4. De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na raadpleging van de in artikel 10, § 4, bedoelde organen, een exemplatieve lijst van situaties bepalen waarin een bepaald kenmerk overeenkomstig § 2 een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt.

Wanneer één van de geraadpleegde organen zich niet heeft uitgesproken binnen twee maanden na de aanvraag, wordt zijn advies geacht positief te zijn.”

2. Bij het maken van een indirect onderscheid, geldt een gelijkaardige opdeling.

In beginsel is er een open systeem van rechtvaardiging, tenzij wanneer het gaat om een handicap, in welk geval een strikter rechtvaardigingssysteem geldt.

Artikel 9: “Elk indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria vormt een indirecte discriminatie,

- tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die aan de grondslag ligt van dit indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn; of,
- tenzij, in het geval van indirect onderscheid op grond van een handicap, aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.”

3. Het begrip wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is, in het gesloten systeem (zie art. 8, waarin handicap een rol speelt), dus van belang. Dit terwijl voor andere criteria, zoals de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, of de fysieke of genetische eigenschap van een persoon, de objectieve rechtvaardiging door een legitiem doel van belang is.

De vraag is nu waar het onderscheid ligt tussen deze twee vereisten van rechtvaardiging. De ene is een gesloten rechtvaardigingssysteem, zo wordt gesteld, de andere een open. Dit zal uiteraard in de eerste plaats het voorwerp uitmaken van rechtspraak.



De parlementaire voorbereiding verschaft hierover iets meer informatie. “Een kenmerk dat verband houdt met een beschermd criterium kan als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste worden beschouwd”, aldus de artikelsgewijze commentaar van het wetsontwerp, “(1) vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten en (2) vanwege de context waarin de betrokken specifieke beroepsactiviteiten worden uitgevoerd.”<sup>231</sup>

Verdere toelichting stelt hierover: “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.”<sup>232</sup>

Dit komt erop neer dat aan het gebruik van het criterium huidige of toekomstige gezondheids-toestand, of fysieke of genetische eigenschap, een minder strenge eis zou worden gesteld, dan bij het gebruik handicap het geval is, aangezien voor de eerste criteria de aanduiding van een ‘legitiem doel’ reeds tot een verantwoording kan leiden. Hoeveel minder streng deze eis dan wel is, vergeleken met de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, is niet geheel duidelijk. Dit is des te meer zo, nu de artikelsgewijze commentaar van het wetsontwerp de ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ in verband brengt met de vereisten van “legitieme doelstellingen”:

“Het voorontwerp vereist verder dat het gebruik van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten gerechtvaardigd wordt. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten dienen te berusten op een legitieme doelstelling en moeten evenredig zijn ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.

Als legitieme doelstelling voor het uitvaardigen van regels inzake wezenlijke en bepalende beroepsvereisten werden in het verleden onder meer reeds aanvaard:

- de bescherming van het privéleven;
- het respect voor de gevoelens van de patiënt;
- de openbare veiligheid;
- de verzekering van de gevechtskracht in het leger.

Meer in het algemeen kunnen legitieme doelstellingen worden gevonden in de bescherming van grondrechten, in de culturele sfeer (bijvoorbeeld het vrijwaren van de artistieke vrijheid of vrijwaren van authenticiteit) of in de commerciële sfeer (bijvoorbeeld het vrijwaren van reclame gericht op bepaalde doelgroepen) en in de veiligheid (veiligheid in de onderneming; veiligheid van derden; de openbare veiligheid).

<sup>231</sup> *Parl.Doc.*, 51<sup>e</sup> Zittingsperiode, nr. 2722/00, 48.

<sup>232</sup> *Parl.Doc.*, 51<sup>e</sup> Zittingsperiode, nr. 2722/00, 48-49.

De legitieme doelstelling kan uiteraard geen verband houden met discriminatoire motieven. Zo kan niet als legitieme doelstelling worden aanvaard: de bereidheid om tegemoet te komen aan een discriminatoire voorkeur van het cliënteel of van andere werknemers.<sup>233</sup>

## CONCLUSIES

In deze bijdrage werd dieper ingegaan op de relevantie van de gezondheid van een werknemer of een kandidaat-werknemer in het kader van activiteiten van werving en selectie. In ruime zin, betreft dit de problematiek van de gezondheidsselectie.

De bijdrage wenste vooral de volgende vragen te beantwoorden.

### **Zijn vragen of onderzoeken naar de gezondheid van een werknemer of kandidaat-werknemer geoorloofd? En zo ja, onder welke voorwaarden?**

Vanuit het bestudeerde juridische kader dient men te stellen dat vragen of onderzoeken naar de gezondheid van een werknemer of kandidaat-werknemer geoorloofd kunnen zijn. Er gelden daarbij wel een aantal voorwaarden.

1. De geoorloofdheid van vragen of onderzoeken naar gezondheidsinformatie wordt ten eerste beperkt door het recht op privacy. Aangezien er een inmenging wordt gepleegd in het recht op privacy van de werknemer of een sollicitant, dient deze gerechtvaardigd te worden met een legitiem doel (finaliteit), dient de informatie proportioneel te zijn ten aanzien van dit doel (proportionaliteit) en te steunen op een wettelijke of anderszins duidelijke en toegankelijke norm (legaliteit). Daarbij valt te stellen dat, in verband met de wettelijke basis voor vragen of onderzoeken naar gezondheidsinformatie, men onder meer steun vindt in de reglementering van de arbeidsgeneeskunde, de selectievrijheid, CAO nr. 38 en de Privacywet.
2. De reglementering van de arbeidsgeneeskunde lijkt niet uit te sluiten dat de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer werknemers of kandidaat-werknemers aan bijzondere medische onderzoeken onderwerpt, indien dat binnen zijn wettelijke opdracht past. Wel zal er met de voorwaarden van de Wet Medische Onderzoeken rekening moeten gehouden worden.
3. Vormen van selectiegeneeskunde lijken uitgesloten te zijn op basis van artikel 14 van het KB Gezondheidstoezicht. Werkgevers mogen “geen andere tests of medische onderzoeken laten uitvoeren dan deze die de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer krachtens dit besluit mag uitvoeren, inzonderheid met een ander doel dan het staven van de beslissing dat de kandidaat of werknemer die onderworpen is aan de verplichte beoordeling van de gezondheid geschikt is in functie van de kenmerken van de betrokken werkpost of activiteit met welbepaald risico.”
4. Mondelinge of schriftelijke informatiegaring, buiten het kader van medische onderzoeken, lijken wel geoorloofd. Zo laat CAO nr. 38, onder voorwaarden, vraagstellingen naar gezondheidsgegevens toe (cf. art. 11). En hoewel de Privacywet uitgaat van een principieel verbod van verwerking van gezondheidsgegevens, erkent ook deze wet, naast de arbeidsgeneeskunde,

<sup>233</sup> *Parl.Doc.*, 51<sup>e</sup> Zittingsperiode, nr. 2722/00, 49.

legitieme doeleinden van selectie als verantwoording voor de verwerking, onder meer door te verwijzen naar de rechten van de werkgever met betrekking tot het arbeidsrecht. Ook de Wet Medische Onderzoeken laat mondelinge informatiegaring, onder voorwaarden, toe.

De Privacycommissie beveelt wel aan om enkel vragen te stellen betreffende de gezondheid van de kandidaten “wanneer een bepaalde betrekking wordt beoogd”, “alsmede zich te beperken tot de objectief noodzakelijke vragen”.

### **Mag er met (informatie over) de gezondheid rekening worden gehouden bij een selectiebeslissing? En zo ja, welke juridische test geldt er ter zake?**

1. In de eerste plaats mag de gezondheid van de werknemer of kandidaat-werknemer in aanmerking genomen worden in het kader van de arbeidsgeneeskunde. Hierbij gaat het om het beoordelen van de geschiktheid van de kandidaat. De vraag die daarbij voorligt, is of de kandidaat medisch voldoende geschikt is om de functie uit te oefenen. Zoals hoger aangeduid, is hier een zekere marge van discretie verdedigbaar, onder controle van de preventieadviseur-arbeidsgeneeskunde.

2. De gezondheid van de werknemer of kandidaat-werknemer kan eveneens in aanmerking genomen worden in het kader van een relevantie- en noodzakelijkheids criterium.

De juridische test die hierbij dient te worden gehanteerd, lijkt niet zo eenduidig.

Als regel geldt dat de gezondheid niet in aanmerking mag genomen worden om discriminatoire redenen. Maar het criterium gezondheid, of fysieke eigenschap, kan uiteindelijk wel in aanmerking genomen worden bij selectie van personeel.

Het relevantiecriterium, zoals dit voortvloeit uit CAO nr. 38 inzake werving en selectie, is weliswaar van verdienstelijke aard, maar blijft op zich redelijk flexibel. Op basis van deze test is het gebruik van gezondheidsgegevens toegelaten “wanneer dit verband houdt met de functie of met de aard van de onderneming, of indien dit wettelijk wordt vereist of toegelaten”. Het Advies 08/2002 van de Privacycommissie sluit hierbij aan, op grond van de Privacywet, en houdt het op de voorwaarde “wanneer een bepaalde betrekking wordt beoogd”.

De Antidiscriminatiewet hanteert de toets of het “directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.” Het legitiem doel komt daarbij veel ruimer voor dan de “relevantie voor de functie” (CAO nr. 38) of een “bepaalde betrekking” (Privacywet). Zelfs het argument van winstmaximalisatie komt binnen het bereik van legitieme doeleinden van een onderneming.

Belangrijker in de Antidiscriminatiewet, lijkt dan ook de voorwaarde van passendheid en noodzakelijkheid. Dit veronderstelt de vraag: wanneer is het aanwenden van gezondheidsgegevens in een selectiebeslissing ‘passend en noodzakelijk’?<sup>234</sup> Het antwoord op deze vraag laat veel minder beoordelingsruimte toe dan de vraag naar de legitimiteit van het doeleinde. Het houdt

<sup>234</sup> De Privacywet sluit hierbij overigens aan door te vereisen dat persoonsgegevens “ter zake dienend” en “niet overmatig” zijn.

ook meer in dan een relevantievraag. Iets wat relevant is, is daarom nog niet noodzakelijk. Nastreven van winst is legitiem, maar vindt men het ‘passend’ dat de gezondheid van werknemers in functie van winstmaximalisatie een rol speelt? Of kan de ‘noodzakelijkheid’ van het gebruik van gezondheidsinformatie voor doeleinden van winstmaximalisatie aangetoond worden?

Dat de noodzakelijkheid van het gebruik van gezondheidsgegevens slechts aantoonbaar is, indien deze gerelateerd is aan de functie waarvoor iemand wordt geselecteerd, dan wel aan de aard van de onderneming, ligt niet uitdrukkelijk in de Antidiscriminatiewet besloten. Het relevantiebeginsel, hoewel intrinsiek een minder streng beginsel, legt in CAO nr. 38 deze specifieke relatie wel.

Zo werd eerder in de rechtsleer, in het kader van bepaalde medische tests, de eis gesuggereerd van “de absolute noodzakelijkheid (...) voor de realisatie van de arbeidsverhouding in ruime zin”, of nog dat de informatie “absoluut nodig is voor het behoorlijk vervullen van de arbeidsovereenkomst”, waaronder dan wordt verstaan: informatie zonder dewelke de arbeidsovereenkomst niet behoorlijk kan worden uitgevoerd; informatie zonder dewelke de veiligheid van de betrokkene of derden in het gedrang komt.<sup>235</sup> De rechten van derden, namelijk collega’s of klanten, mogen daarbij dan in aanmerking worden genomen.<sup>236</sup>

Om die redenen valt wellicht te stellen dat de noodzakelijkheid in de Antidiscriminatiewet vraagt dat men het gebruik van gezondheidsgegevens bij selectie verantwoordt onder verwijzing naar een aantal bijzondere eigenschappen van een welbepaalde functie of, wellicht onder strengere voorwaarden, van de arbeidsrelatie in het algemeen.

Tenslotte is er nog de Wet Medische Onderzoeken. Deze wet formuleert ook een relevantie- of finaliteitsbeginsel en stelt dat biologische tests, medische onderzoeken of mondelinge informatiegaring met het oog op het verkrijgen van medische informatie over de gezondheidstoestand, of stamboom informatie, van een werknemer of kandidaat-werknemer niet mogen worden verricht om andere redenen dan die welke verband houden met de huidige geschiktheid van de werknemer voor en de specifieke kenmerken van de openstaande betrekking (art. 3 § 1, lid 1). De vraag blijft of deze juridische test strenger is dan die van de Antidiscriminatiewet.

### **Hoe verhoudt de Antidiscriminatiewet zich ten aanzien van andere juridische bepalingen in dit domein?**

De vraag is welke de precieze toegevoegde waarde is van de Antidiscriminatiewet op het conceptuele vlak (zo wordt hier onder meer de handhavingsproblematiek buiten beschouwing gelaten).

Op het eerste gezicht, zou men kunnen stellen dat ten aanzien van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, of de fysieke of genetische eigenschap van een persoon, de Antidiscriminatiewet een wel erg open systeem van rechtvaardiging hanteert. Zo wordt er verwezen naar het

<sup>235</sup> R. BLANPAIN, “Het medisch beroepsgeheim en arbeidsrecht”, *Or.* 1988, 191; R. BLANPAIN, “AIDS-Richtlijnen voor ondernemingen”, *T.S.R.* 1988, 198-199.

<sup>236</sup> R. BLANPAIN, “AIDS-Richtlijnen voor ondernemingen”, *I.c.*, 198-199.

“legitiem doel” ter verantwoording van het gebruik van deze beschermde criteria. Dit is op zich zwakker dan het bestaande relevantiebeginsel zoals CAO nr. 38 dit formuleert.

Het criterium van de passendheid en, vooral, noodzakelijkheid, hebben echter wel meer gewicht in een juridische test. Dit kan in het bijzonder belang hebben voor het beschermde criterium ‘fysieke eigenschap’, dat tot nog toe veel minder uitdrukkelijk in bestaande reglementering aan bod kwam. Indien het evenwel gaat om de gezondheid van werknemers of kandidaat-werknemers, lijkt de juridische toets van de Wet Medische Onderzoeken iets strenger dan die van de Antidiscriminatiewet. Deze Wet Medische Onderzoeken verwijst immers naar meer concrete maatstaven, zoals de ‘huidige’ geschiktheid (versus de huidige *en* de toekomstige in de Antidiscriminatiewet) en de ‘specifieke kenmerken van de openstaande betrekking’.

Een algemene nuance lijkt echter passend. In de toepassing van een of andere van de hoger vermelde juridische tests, is een waardegeladen oordeel wellicht onvermijdelijk. Die onderliggende beoordeling kan minstens zo belangrijk zijn als de juridische vormgeving van de te maken afwegingen.

## DE HANDHAVING

Elke Europese richtlijn bepaalt dat de lidstaten 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende' sancties moeten invoeren in geval van inbreuk op de wetgeving die de omzetting ervan waarborgt.<sup>237</sup>

De lidstaten zijn gehouden tot een resultaatsverbintenis: ze blijven vrij om de modaliteiten van uitvoering te bepalen, onder voorbehoud van de naleving van het principe van gelijkwaardigheid van sanctionering.

De Discriminatiewet van 25 februari 2003 had van bij het begin gekozen voor een relatief lichte strafrechtelijke sanctionering, waarbij de discriminerende handeling op zich niet strafrechtelijk werd bestraft (behalve wanneer het ging om ambtenaren, in elk geval vóór de gedeeltelijke vernietiging door het Grondwettelijk Hof).

In de lijn van de Discriminatiewet van 2003 geeft ook de nieuwe Discriminatiewet van 10 mei 2007 de voorkeur aan het burgerrechtelijke luik dat de mogelijkheid biedt om de staking van de discriminatie alsook een schadevergoeding te bekomen.

## BURGERRECHTELIJKE BEPALINGEN

### Nietigheid van tegenstrijdige bedingen en van clausules waarin wordt afgezien van de bescherming van de Discriminatiewet<sup>238</sup>

De Europese richtlijnen leggen de verplichting op te voorzien in een systeem van nietigverklaring van de discriminerende clausules die zijn opgenomen in contracten, maar ook in administratieve documenten, collectieve overeenkomsten en clausules die zijn opgenomen in documenten die eenzijdig werden opgesteld, zoals een bedrijfsreglement. De Discriminatiewet van 2003 voorzag enkel de nietigverklaring voor discriminatie in contracten.

Het betreft een zogenaamde expliciete gedeeltelijke nietigheid. Door de nietigheid komt de discriminatie te vervallen en kan de benadeelde de voordelen vorderen van de bevoordeelde.

De nietigheidssanctie heeft enkel betrekking op het discriminatoire onderscheid en bijgevolg niet op de volledige discriminatoire bepaling.

Het principe van zogenaamde *levelling up* is in lijn met het Europese recht<sup>239</sup> en met de Belgische cassatierechtspraak.<sup>240</sup>

Deze *levelling up* kan zware financiële consequenties hebben voor de werkgever.

Een voorbeeld op het vlak van de gezondheid zijn premies die worden toegekend aan werknemers die nooit ziek zijn.

<sup>237</sup> Art. 17 Kaderrichtlijn.

<sup>238</sup> Art. 15 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding bepaalde vormen van discriminatie.

<sup>239</sup> HvJ 8 april 1976, *Defrenne v. Belgische Luchtvaartmaatschappij NV Sabena*, C-43-75, *Jur.* 1976, 455; HvJ 28 september 1994, *Coloroll Pension Trutees Ltd v. James Richard Russel e.a. en Coloroll Group Plc*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-04389.

<sup>240</sup> Cass. 17 januari 1994, *Soc. Kron*. 1994, 75.

## Bescherming tegen represailles in de arbeidsverhoudingen

Met het oog op de conformiteit met de Europese vereisten werd voorzien dat deze bepaling gebaseerd is op een 'weerlegbaar vermoeden van represailles' en gesanctioneerd wordt door het alternatief herinschakeling/vergoeding, ook zou worden toegepast op eenzijdige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden die niet gelijkstaan met een verbreking.

Deze bepaling beschermt tevens de personen die optreden als getuigen voor de aangegeven feiten.

De bepalingen gelden niet alleen voor werkgevers, maar tevens voor andere personen die personen in arbeidsbetrekkingen tewerkstellen of opdrachten bezorgen, en vindt ook toepassing in het kader van een zelfstandige samenwerking.

Wanneer een klacht wordt ingediend door of ten voordele van een persoon wegens een schending van de Discriminatiewet, mag diegene tegen wie de klacht is ingediend geen nadelige maatregel treffen ten aanzien van de betrokkene, behalve om redenen die vreemd zijn aan de klacht.<sup>241</sup>

Inzake arbeidsbetrekkingen worden nadelige maatregelen gedefinieerd als onder andere de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden of de nadelige maatregel getroffen na de beëindiging van de arbeidsbetrekking.<sup>242</sup>

De bescherming geldt van zodra een met redenen omklede klacht wordt ingediend of een gerechtelijke procedure wordt opgestart.

Wanneer de werkgever zich schuldig maakt aan nadelige maatregelen in strijd met de wet zal de werknemer of zijn belangenvereniging vragen om opnieuw in dienst te worden genomen onder dezelfde voorwaarden als voorheen. De werkgever moet zich binnen de maand volgend op het verzoek uitspreken. Wanneer hij het verzoek tot re-integratie afwijst moet de werkgever aan de betrokkene een schadevergoeding betalen.

## Een beschermingsvoorziening tegen represailles buiten de arbeidsverhouding

Dit is een beschermingsmaatregel zonder voorgaande in de Belgische wetgeving waarvan de invoering verplicht is geworden door de Europese Richtlijnen.

Deze maatregel loopt gelijk met de voorgaande.

## Een forfaitaire schadevergoeding

Dit is nieuw. In bepaalde omstandigheden en als alternatief voor een vergoeding volgens gemeen recht biedt de Discriminatiewet van 10 mei 2007 het slachtoffer de mogelijkheid een forfaitaire schadevergoeding te vragen.<sup>243</sup>

<sup>241</sup> Art. 16 en 17 § 1 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

<sup>242</sup> Art. 17 Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

<sup>243</sup> Art. 18 Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

Onder het systeem van de Discriminatiewet van 2003 bleek dat in sommige gevallen de toepassing van het gemeen recht van de contractuele en buitencontractuele civiele verantwoordelijkheid het slachtoffer niet de mogelijkheid bood om daadwerkelijk een schadevergoeding te krijgen voor de schade die hij had geleden.

Het vooruitzicht van een bevredigende schadevergoeding was zwak en vaag.

Een voorbeeld kan dit illustreren.

Een sollicitant wordt niet aangeworven omdat hij in een rolstoel zit. Om de discriminatie die hij heeft ondergaan te laten vaststellen dient hij een stakingvordering in. Zelfs wanneer men veronderstelt dat de stakingsrechter het bestaan van de aangevoerde discriminatie op basis van handicap vaststelt, is zijn macht beperkt. Hij kan de werkgever niet verplichten de arbeidsovereenkomst te sluiten: dit gaat in tegen het beginsel van de wilsautonomie. Hij zal ook de nietigverklaring niet kunnen uitspreken van een arbeidsovereenkomst die de werkgever reeds zou hebben gesloten met een andere persoon.

Wat hij nu wel kan, is het slachtoffer een schadevergoeding toekennen.

Dit was onder de Discriminatiewet van 2003 onmogelijk. Hij kon de werkgever niet verplichten een schadevergoeding te betalen aan de gediscrimineerde sollicitant.

De wetgever was toen in dit opzicht van mening dat het probleem van de schadevergoeding niet kon worden toevertrouwd aan de rechtsmacht van de voorzitter, omdat het aangaan van de debatten over de beoordeling van de schade niet verenigbaar zou zijn met de snelheid van de procedure 'zoals in kortgeding'. Bijgevolg moest het slachtoffer van de discriminatie een andere procedure starten, ten gronde, om de vergoeding te bekomen van de schade die hij had geleden.

Het was dan weinig waarschijnlijk dat hij aan het einde van een lange procedure een aanzienlijke schadevergoeding kon krijgen. Om morele schade te vergoeden hebben de Belgische rechtbanken immers de neiging om het slachtoffer een symbolische euro te schenken, terwijl de materiële schade vaak moeilijk kan worden bewezen: het slachtoffer kan hoogstens een vergoeding vragen voor het 'verlies van een kans'.

De forfaitarisering van de schade zou volgens de regering een dubbel voordeel bieden.

Ze zou de debatten inkorten: niets zou dan nog beletten dat de stakingsrechter zelf de dader van de discriminatie veroordeelt tot de geforfaitariseerde schadeloosstelling. Daarnaast zou de forfaitarisering het slachtoffer uitzicht bieden op een daadwerkelijke vergoeding in plaats van de symbolische euro.

De regering vond dat als men ervoor kiest, zoals dit het geval is bij de nieuwe Discriminatiewet, het strafrechtelijke luik van de strijd tegen discriminatie drastisch in te perken, de invoering van dergelijke forfaitaire schadevergoeding noodzakelijk zou zijn opdat het Belgische recht een "doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie" kan blijven aanbieden tegen discriminatie, zoals vereist door de Europese richtlijnen.

Maar afgezien daarvan is de vernieuwing eigenlijk beperkt.

De forfaitarisering heeft enkel betrekking op de schadeloosstelling voor morele schade die verband houdt met het begaan van een discriminatie binnen het toepassingsgebied van de wet.

Wanneer het gaat om de vergoeding van morele schade die verband houdt met dezelfde discriminatie zal het gemeen recht van toepassing zijn.

Door in de wet zelf een bepaald bedrag voor morele schadevergoeding op te nemen beperkt men zich tot de vervanging van de willekeur van de rechter door de willekeur van de wetgever.



In het kader van de arbeidsbetrekkingen dekt de forfaitaire schadevergoeding zowel de materiële als morele schade.

De dader van de discriminatie krijgt daarenboven de mogelijkheid om het bedrag waartoe hij is veroordeeld te halveren, wanneer hij kan aantonen dat het schadelijke gedrag dat wordt aangeklaagd door het slachtoffer, bijvoorbeeld de weigering van aanwerving, zich ook zou hebben voorgedaan wanneer de discriminatie niet zou hebben plaatsgevonden.

Wat hiermee juist bedoeld wordt is niet geheel duidelijk, want waarom zou men nog schadevergoeding moeten betalen indien er geen sprake is van discriminatie?

Gaat het om een discriminatie inzake werkgelegenheid, dan kan het slachtoffer ofwel de reële geleden – te bewijzen – schade claimen, ofwel een brutoloon van 6 maanden.

Kan de dader aantonen dat de schadelijke behandeling zich ook zou hebben voorgedaan als er geen discriminatie bij te pas kwam, dan wordt het te betalen brutoloon teruggebracht tot drie maanden. Bijvoorbeeld: een werkgever weigert gehandicapten aan te nemen. Als hij aantoont dat het slachtoffer toch niet in dienst zou zijn genomen omdat hij niet beschikte over het nodige diploma, moet hij toch drie maanden brutoloon betalen. Zoals eerder gesteld vinden wij dit een absurde bepaling, waarom moet er schadevergoeding worden betaald indien er geen sprake is van discriminatie?

Zit de discriminatie buiten de werkgelegenheid, dan kan het slachtoffer ofwel de reële schade vragen ofwel een forfaitair bedrag van 650 tot 1300 euro.<sup>244</sup>

In minder dan drie maanden moet het slachtoffer worden vergoed en de dader worden gestraft, zonder dat een procedure ten gronde moet worden gestart.

Er moet op gewezen worden dat het slachtoffer steeds vrij is de vergoeding na te streven van de schade die hij heeft geleden door toepassing van het gemeen recht van de contractuele of de buitencontractuele aansprakelijkheid en niet door toepassing van de voorgestelde forfaits. Deze zijn dus geenszins dwingend voor het slachtoffer. Bovendien staat de forfaitaire schadevergoeding slechts open voor één enkel slachtoffer en niet voor belangengroepen of institutionele actoren, zoals het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding die gemachtigd zijn een inbreuk op de Discriminatiewet aan te geven.

## De stakingsvordering

Het model van deze stakingsvordering werd overgenomen van de stakingsvordering voorzien in de Discriminatiewet van 25 februari 2003.<sup>245</sup> Tijdens de parlementaire voorbereiding van deze wet werd geponeerd dat één van de doeltreffendste wijzen om discriminatie te bestrijden erin bestaat aan de rechter de mogelijkheid te geven zeer snel een einde te maken aan het discriminerend gedrag.<sup>246</sup>

<sup>244</sup> Het bedrag van 1300 euro zal in alle gevallen lager zijn dan 6 maanden brutoloon, wat dan de vraag doet rijzen of het gemaakte onderscheid zelf niet in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

<sup>245</sup> Artikel 20 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

<sup>246</sup> *Parl.Doc.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 6; Verslag namens de Commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Kaçar, *Parl.Doc.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 9.

Voor de in de Discriminatiewet opgenomen stakingsvordering heeft de vordering inzake handelspraktijken model gestaan.<sup>247</sup>

De vorderingsgerechtigden<sup>248</sup> krijgen de mogelijkheid een beroep te doen op de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of, naar gelang de aard van de daad, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel, om het bestaan vast te stellen en de staking te bevelen van de discriminerende handeling.

Voor het instellen van de stakingsvordering moet door de eisende partij geen schade of gevaar voor schade bewezen worden. Bewijs van miskennis van de norm volstaat.<sup>249</sup>

Van zodra de rechter het bestaan van de wetsovertreding vaststelt moet hij deze doen ophouden. Hoe gering deze overtreding ook is.

De stakingsvordering wordt ingesteld en behandeld 'zoals in kort geding'. Dit wil dus zeggen dat over de stakingsvordering recht moet worden gedaan via een snelle rechtspleging die verloopt volgens de 'vormen van kort geding', de regels van art. 148-149 GW en art. 1035-1041 Ger. W. vinden in principe toepassing.

De voorzitter van de rechtbank die over de stakingsvordering oordeelt moet zich immers ten gronde uitspreken over de vraag of de bepalingen van de discriminatiewet al dan niet zijn overtreden.

De voorzitter van de rechtbank kan daarnaast bevelen dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder of de lokalen die hem toebehoren, en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze worden bekendgemaakt.<sup>250</sup> Dit alles op de kosten van de overtreder.

De voorzitter heeft de mogelijkheid om de opheffing van de staking te bevelen van zodra bewezen is dat een einde werd gemaakt aan de overtreding van de Discriminatiewet.

Men kan wel stellen dat dit een bizarre bepaling is. Ofwel is het bij de opheffing zeker dat de overtreding niet meer voortduurt of zal worden herhaald en dan is de opheffing van het stakingsbevel eigenlijk nutteloos, ofwel is dit niet zeker en dan is de opheffing van het stakingsbevel een vrijbrief voor de discriminatie die initieel verboden werd.<sup>251</sup>

De stakingsrechter kan daarenboven, op verzoek van het slachtoffer van de discriminatie of van een van de groeperingen die in rechte kunnen optreden, degene die de discriminatie heeft gepleegd veroordelen tot de betaling van een dwangsom wanneer aan de discriminatie geen einde is gemaakt. Daarbij doet de rechter uitspraak overeenkomstig de algemene regels inzake de dwangsom van het Gerechtelijk Wetboek, met name artikelen 1385*bis* – 1385*novies* Ger. W. Deze regels bepalen dat een dwangsom niet kan worden opgelegd ten aanzien van vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. In bepaald rechtsleer wordt voorgehouden dat aangezien het verbod voor de werkgever om te discrimineren een verplichting is, die weliswaar zonder de arbeidsovereenkomst niet zou zijn ontstaan maar als dusdanig niet

<sup>247</sup> Art. 55 Handelspraktijkenwet 1971.

<sup>248</sup> Het slachtoffer, de groeperingen met collectief actierecht.

<sup>249</sup> P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet, een maat voor niets?", *NjW* 2004, 507-508.

<sup>250</sup> Indien deze maatregelen ertoe kunnen bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden.

<sup>251</sup> Zie in dezelfde zin J. Stuyck (ed), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 227 en 258, nr. 61.

kenmerkend is voor deze overeenkomst, een dwangsom ten laste van de werkgever kan worden uitgesproken.<sup>252</sup>

Deze rechtsleer baseert zich op cassatierechtspraak die zegt dat artikel 1385*bis* Ger. W. niet verbiedt dat een dwangsom wordt opgelegd ter nakoming van bepaalde verplichtingen die weliswaar zonder de arbeidsovereenkomst niet zouden zijn ontstaan maar geen betrekking hebben op de verplichtingen die kenmerkend zijn voor de arbeidsovereenkomst.<sup>253</sup>

Vernieuwingen aan de stakingsvordering van de Discriminatiewet van 10 mei 2007 zijn :

- de mogelijkheid die de stakingsrechter wordt geboden om de dader van de betwiste discriminatie te veroordelen tot een forfaitaire schadeloosstelling die werd ingevoerd door de nieuwe wet.
- de toekenning van een vorderingsrecht aan het Openbaar Ministerie of het arbeidsauditoraat, om een stakingvordering in te stellen.
- de invoering van een *contempt of court* misdrijf, waarbij het niet-naleven van een stakingsbevel uitgesproken door de stakingsrechter strafbaar wordt gesteld.

Spijtig genoeg werd er in de nieuwe wet wederom niet voorzien in een verplichte meldingsplicht – bijvoorbeeld aan het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding – van de gerechtelijke uitspraken die op basis van de Discriminatiewet worden gewezen.

Uit de rechtspraak die geveld werd in het kader van de Discriminatiewet van 25 februari 2003 blijkt dat het bevel tot staken voornamelijk een principieel belang heeft. De rechters beperkten zich veelal tot een vaststelling van feiten van discriminatie en het bevel tot staken heeft maar relevantie voor het geval een discriminatoir niet-aangeworven werknemer zich in de toekomst opnieuw kandidaat zou stellen.<sup>254</sup>

De rechtspraak lijkt aan te nemen dat een discriminatoire ontslaghandeling, eens genomen, niet kan gestaakt worden.<sup>255</sup>

Door de nieuwe bevoegdheid van de voorzitters om een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen zal de stakingsvordering wellicht aan belang winnen.<sup>256</sup>

## De verdeling van de bewijslast

In navolging van de Europese richtlijnen voorzag de Discriminatiewet van 2003 in een verdeling van de bewijslast.

Wanneer het slachtoffer, het Centrum of een belangenorganisatie voor het bevoegde gerecht feiten, zoals statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.<sup>257</sup>

Het is dus geen automatische omkering van de bewijslast. Degene die beweert het slachtoffer van discriminatie te zijn, moet immers eerst voldoende feiten aanvoeren waaruit een mogelijke discriminatie blijkt, de zogenaamde *prima facie* discriminatie.

<sup>252</sup> B. BLANPAIN, "Gelijke behandeling", *Actuele voorinformatie – Overlegorganen*, Mechelen, Kluwer, nr. 284.1, 7; C. BAYART, "De discriminatiewet", *Or.* 2003, 60.

<sup>253</sup> Cass. 30 november 1998, *R.W.* 1998-99, 1388.

<sup>254</sup> Vz. Arbrb. Brussel 30 november 2006, A.R. nr. 39/06, onuitg.

<sup>255</sup> Vz. Arbrb. Antwerpen 12 februari 2007, EV 0152, onuitg.

<sup>256</sup> A. WITTERS en I. VERHELST, "Nieuwe discriminatieregels in arbeidszaken", *Or.* 2007, 180-183.

<sup>257</sup> Artikel 19 § 3 Discriminatiewet van 25 februari 2003.

Bij directe discriminatie moet het slachtoffer van de discriminatie in principe bewijzen dat er een verschil in behandeling werd gemaakt en dat het verschil rechtstreeks gebaseerd is op het verboden criterium (bv. handicap). Het bewijs van het tweede element, met name het causaal verband tussen het verschil in behandeling en de discriminatiegrond valt eigenlijk moeilijk te leveren. Nu geldt dat wanneer het slachtoffer elementen aandraagt die discriminatie kunnen doen vermoeden, het niet langer aan het slachtoffer is om het causaal verband aan te tonen, maar de verweerder dient aan te tonen dat er geen causaal verband bestaat tussen het verschil in behandeling en de discriminatiegrond. Concreet betekent dit dat de verweerder moet aantonen op grond van welk motief het verschil in behandeling dan wel werd doorgevoerd.

Stel dat een gehandicapte werknemer wordt afgewezen in een selectieprocedure, terwijl een niet-gehandicapte werknemer wordt aangeworven. Om zijn discriminatieclaim hard te maken moet de gehandicapte werknemer bewijzen dat er een verschil in behandeling werd doorgevoerd - de niet-gehandicapte werd aangeworven en hij niet - en dat dit verschil in behandeling (de niet-aanwerving) het gevolg is van zijn handicap. In de mate dat de gehandicapte werknemer gegevens aandraagt die discriminatie kunnen doen vermoeden, moet de werkgever aantonen dat de gehandicapte werknemer niet op grond van zijn handicap werd gediscrimineerd. Concreet zal de werkgever moeten uitleggen waarom de niet-gehandicapte werknemer de voorkeur genoot.

De Discriminatiewet van 2003 bepaalde dat de notie praktijktest verder diende ingevuld te worden door de Koning, hetgeen nooit gebeurd is.

In de nieuwe Discriminatiewet van 10 mei 2007 werd het principe overgenomen en verder uitgewerkt.<sup>258</sup>

Er wordt bevestigd dat de regels gelden in alle gerechtelijke procedures, met uitzondering van strafprocedures.

De nieuwe Discriminatiewet bepaalt dat *prima facie* directe discriminatie onder meer aangetoond kan worden op basis van:

- 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 gemaakte meldingen bij het Centrum of een belangenvereniging (de zgn. patroonsgegevens);
- gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstige behandeling vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

Om een *prima facie* indirecte discriminatie aan te tonen, kan het slachtoffer zich onder meer baseren op:

- algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid;
- het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid;
- elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

De praktijktests worden niet meer behandeld in de nieuwe wet. Maar niets belet dat praktijktests gebruikt worden, voor zover ze uiteraard op rechtmatige wijze worden aangewend.

<sup>258</sup> Artikel 27-28 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

## STRAFRECHTELIJKE BEPALINGEN

De Belgische wetgever koos voor een relatief lichte strafrechtelijke sanctionering, daarbij uitdrukkelijk de voorkeur gevend aan het burgerrechtelijke luik van de rechtsbescherming.

Discriminatie zelf is in principe niet strafbaar gesteld, behalve discriminatie op grond van ras in de arbeidsbetrekkingen.<sup>259</sup>

Het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens een van de beschermde criteria is wel strafbaar.<sup>260</sup>

Voorwaarde daartoe is dat dit gebeurt in de omstandigheden zoals opgesomd in artikel 444 van het Strafwetboek.

Daarnaast kunnen ambtenaren in statutair dienstverband gestraft worden omwille van discriminaties.<sup>261</sup> Werknemers in loondienst kunnen niet worden gestraft.

Voor de toepassing van de strafbepalingen wordt onder discriminatie verstaan: opzettelijke directe discriminatie, opzettelijke indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren en intimidatie op grond van de beschermde criteria, alsook de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap.

Het is niet duidelijk welke vorm van opzet er vereist is.

De wetgever hield geen rekening met de opmerkingen van het Grondwettelijk Hof<sup>262</sup> dat indirecte discriminatie nooit opzettelijk kan zijn en daarvoor bijgevolg geen strafrechtelijke bestraffing kan worden toegelaten, aangezien zulks altijd opzet vereist.

Zoels eerder gezegd is de partij die zich niet voegt naar een vonnis of arrest in het kader van een stakingsvordering eveneens strafbaar.

---

<sup>259</sup> Artikel 24 Racismewet van 10 mei 2007.

<sup>260</sup> Artikel 22 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

<sup>261</sup> Artikel 23 Discriminatiewet 2007.

<sup>262</sup> Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004.