

**This item is the archived peer-reviewed author-version of:**

Redelijke aanpassingen: van discriminatierecht naar algemeen beginsel in het arbeidsrecht

**Reference:**

Cuypers Daniël.- Redelijke aanpassingen: van discriminatierecht naar algemeen beginsel in het arbeidsrecht  
Tijdschrift voor sociaal recht - ISSN 0035-1113 - 3(2023), p. 361-473  
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1999570151162165141>

**REDELIJKE AANPASSINGEN:  
VAN DISCRIMINATIERECHT NAAR  
ALGEMEEN BEGINSSEL IN HET ARBEIDSRECHT?**

“Gelijkheid is ons niet gegeven: ze is het resultaat van menselijke organisatie, voor zover die geleid wordt door het rechtvaardigheidsbeginsel”  
(Hannah Arendt, *Totalitarisme*, Boom, Amsterdam, 2021, 377)

**Inhoud**

Inhoud.....	1
I. Inleiding .....	4
II. HET DISCRIMINATIEVERBOD WEGENS HANDICAP IN VERDRAGEN EN WETTEN.....	5
A. EVRM, UVRM en ESH .....	5
B. Het Unierecht.....	6
C. Het VRPH en het Unierecht.....	7
D. Algemene Discriminatiewet en Decreten .....	8
D.1. Federale en regionale bevoegdheden .....	8
D.2. Begrip handicap .....	11
D.3. Redelijke aanpassingen.....	11
D.4. Uitbreiding van de beschermingsgrond: “Gezondheidstoestand” .....	13
D.5. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	15
D.6. Positieve actie .....	15
D.7. Positieve actie in de zachte vorm: streefcijfers .....	16
III. PARADIGMASHIFT.....	19
A. Van een medische naar een sociale definitie .....	19
B. Terminologische gevolgen.....	20
C. Kritiek op het sociale model .....	20
D. Nieuw sociaal paradigma: mensen aan het werk houden .....	23
E. Impact van het paradigma op het arbeidsrecht.....	26
F. Botsing van grondrechten .....	26
IV. HET UNIERECHT .....	29
A. VRPH en het Unierecht .....	29
B. Niet elke beperking is een handicap .....	30
C. Bijzonder voorrecht? .....	30
D. Omstreden punt in het Unierecht. Redelijke aanpassingen: een lagere vorm van bescherming?.	31
E. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	34
V. BELGISCHE RECHTSPRAAK .....	34

A. Definitie van handicap.....	34
A.1. Ruime toepassing in de rechtspraak.....	34
A.2. Geen handicap .....	36
A.3. Burn-out .....	37
A.4. Medewerking aan de remediëring.....	38
B. Ongeschiktheid en overmacht.....	40
B.1. Harde oude rechtspraak.....	40
B.2. Nieuwe wetgeving.....	40
B.3. Overlap met discriminatierecht .....	42
C. Aanwerving en discriminatie .....	43
C.1. Niet evident om discriminatie aan te tonen .....	43
C.2. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	44
D. Redelijke aanpassingen in de arbeidsrechtspraak.....	46
E. Wijziging van de arbeidsovereenkomst.....	49
F. Ziekte en handicap: een heikel onderscheid.....	52
F.1. Handicap is geen ziekte in het Unierecht .....	52
F.2. Actuele en toekomstige gezondheidstoestand versus ziekteverleden .....	52
F.3. Rechtspraak inzake discriminatie wegens gezondheidstoestand .....	54
F.4. Helemaal problematisch: de Bradford-formule .....	56
F.5. Enige rechtsvergelijking.....	61
G. Ontslag wegens redenen vreemd aan de handicap .....	63
H. Bewijs .....	64
H.1. Vaak moeilijk bewijs.....	64
H.2. Effectieve vraag van de werknemer naar redelijke aanpassingen .....	65
H.3. Begin van vermoeden .....	66
H.4. Praktijkttest .....	68
H.5. Ontslag na klacht wegens discriminatie.....	69
I. Discriminatie bij associatie of attributie .....	71
I.1. Discriminatie bij associatie .....	71
I.2. Discriminatie bij attributie (assumptie).....	73
J. Sancties: nietigheid en stakingsvordering.....	73
J.1. Nietigheid .....	73
J.2. De stakingsvordering.....	74
K. De schadevergoeding.....	75
K.1. De forfaitaire vergoeding in de ADW .....	75
K.2. Cumulatie van diverse vergoedingen: een complexe situatie .....	77

K.3. Cumul met de vergoeding uit de Genderdiscriminatiewet .....	79
K.4. Cumul met de vergoeding op grond van CAO nr. 109.....	80
K.5. Cumul met vergoeding rechtsmisbruik. ....	82
K.6. Cumul met andere CAO's .....	84
K.7. Welzijnswet .....	84
K.8. Outplacement.....	85
K.9. Cumul met burgerlijke vordering op grond van een misdrijf.....	85
K.10. Schadevergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst .....	86
L. Schadevergoeding voor andere eisers .....	86
M. Verjaringstermijn.....	87
N. Aftrek gewaarborgd loon.....	88
VI. UNIVERSAL DESIGN EN INTERSECTIONALITEIT .....	88
A. Universal design .....	88
B. Meervoudige discriminatie en intersectionaliteit.....	89
C. Handicap en leeftijd: overlap.....	91
VII. HERVORMING VAN HET BELGISCHE ARBEIDSRECHT .....	92
A. Redelijke aanpassingen: voorbehouden aan een bevoorrechte categorie werknemers?.....	92
B. Redelijke aanpassingen: een algemeen beginsel.....	93
C. Rechtsvergelijkende redelijke aanpassingen.....	95
C.1. Duitsland.....	95
C.2. Frankrijk .....	96
C.3. Nederland.....	97
C.4. Rechtsvergelijkende conclusies .....	97
D. Contractuele flexibiliteit .....	98
E. Een wettelijke regeling voor de werkgever die gepaste arbeid aanbiedt .....	101
F. Einde van de beëindiging wegens overmacht .....	103
G. Naar een flexibeler werkgeverschap.....	105
H. Activering van de opzegvergoeding in de WES.....	106
VIII. BEKNOPT SAMENVATTEND .....	106
Juristenkrant (2023 - 467) .....	24

## I. Inleiding

1. Sedert 2006 heeft het Hof van Justitie zestien arresten gevelde inzake handicap op grond van de kaderrichtlijn 2000/78<sup>1</sup>. Het aantal vonnissen en arresten inzake handicap en arbeidsrecht in België in de laatste vijftien jaar is indrukwekkend<sup>2</sup>. De uitgebreide Belgische rechtspraak bewijst dat het discriminatieverbod een grote impact heeft op de arbeidsrechtelijke praktijk. Dat blijkt eveneens uit de stijging van het aantal klachten bij Unia. De klachten over discriminatie wegens handicap waren in 2019 drie keer talrijker dan in 2014<sup>3</sup> en betreffen ongeveer één derde van de klachten bij Unia<sup>4</sup>. Er kan dus geen twijfel over bestaan dat de bescherming de weg gevonden heeft naar een actieve rechtshandhaving, mede in het licht van de meer dan honderd vonnissen en arresten die over het onderwerp werden gepubliceerd.

2. De focus van dit artikel ligt op de Belgische implementatie van het recht op redelijke aanpassingen voor personen met een handicap door de rechtspraak (hoofdstuk V)<sup>5</sup>. Als korte inleiding volgt een overzicht van de wetgevende bronnen (hoofdstuk II) en de paradigmashift (hoofdstuk III) omdat deze verklaart waarom handicap zoveel rechtspraak uitlokt<sup>6</sup>. De rechtspraak van het Hof van Justitie (hoofdstuk IV) wordt apart besproken omdat het belang niet kan onderschat worden. Nagenoeg ieder Belgisch vonnis of arrest verwijst naar deze rechtspraak. Een aparte, uitgebreide en kritische bespreking van de Belgische rechtspraak dringt zich op omdat de introductie van ziekte als discriminatiegrond in de Belgische context andere vragen oproept dan in het Unierecht. Met de uitbreiding van de bescherming tot “gezondheidstoestand” heeft de wetgever een uitgebreide discussie in het leven geroepen. Verder is de definitieve overmacht als beëindigingsgrond in het Belgische arbeidsrecht geproblematiseerd en thans ook verregaand gereguleerd, waarbij overlap wordt geconstateerd. De taak van de Belgische rechtspraak om begrippen zoals handicap en redelijke aanpassingen te verduidelijken en te implementeren maakt rechtspraak meer dan alleen maar toepassend. De centrale onderzoeksvraag is dan ook hoe de Belgische rechtspraak omgaat met de plicht tot redelijke aanpassingen en wat daarbij de knelpunten zijn.

3. Daarom eindigt de bijdrage ook met suggesties voor een meer coherente regeling in het Belgische arbeidsrecht. (Hoofdstuk VII). Voordien wordt evenwel kort ingegaan op de theorie van de “Universal Design” (Hoofdstuk VI). Hieruit kunnen immers argumenten geput worden om eventuele rechten van werknemers met een handicap uit te breiden tot andere werknemers,

---

<sup>1</sup> HvJ 11 juli 2006 C-13/05, Chacon Navas, ECLI:EU:C:2006:456; HvJ 17 juli 2008, C-303/06, Coleman, ECLI:EU:C:2008:415; HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, Ring-Skouboe Werge, (vaak geciteerd als HK Danmark, maar zo zijn er zeer vele arresten) ECLI:EU:C:2013:222; HvJ 4 juli 2013, C-312/11, Commissie t. Italië, ECLI:EU:C:2013:446; HvJ 22 mei 2014, C-356/12, Glatzel, ECLI:EU:C:2014:350; HvJ 18 december 2014, C-354/13, Kaltoft, ECLI:EU:C:2014:2463; HvJ 1 december 2016 C-395/15, Daoudi, ECLI:EU:C:2016:917; HvJ 9 maart 2017, C-406/15, Milkova, ECLI:EU:C:2017:198; HvJ 18 januari 2018, Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:734; HvJ 19 september 2018, C-312/17, Bedi, ECLI:EU:C:2018:734; HvJ 11 september 2019, C-397/18, DW/Nobel Plastiques, ECLI:EU:C:2019:703; HvJ 26 januari 2021, C-16/19, Szpital Kliniczny, ECLI:EU:C:2021:64; HvJ 21 oktober 2021, C- 824/19, TC en UB, ECLI:EU:C:2021:862; HvJ 15 juli 2021, C-795/19, Tartu Vangla, ECLI:EU:C:2021:60; HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85. Artikel afgesloten op 15 mei 2023.

<sup>2</sup> [www.unia.be](http://www.unia.be). Evenwel niet altijd met vermelding van de naam van partijen en rolnummer wat hierna diverse citeerwijzen geeft, maar wel makkelijk terug te vinden op datum als vrije zoekterm. Indien het vonnis of arrest gepubliceerd werd in een tijdschrift wordt dit bij voorkeur geciteerd.

<sup>3</sup> UNIA, *Cijfersverslag 2019*, [www.unia.be/files/Documenten/Jaarrapport/2020\\_Cijfersverslag\\_2019\\_DEF.pdf](http://www.unia.be/files/Documenten/Jaarrapport/2020_Cijfersverslag_2019_DEF.pdf), 7.

<sup>4</sup> D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 156.

<sup>5</sup> Dit is tevens de uitgewerkte versie van de afscheidsrede bij het emeritaat op 19 maart 2022.

<sup>6</sup> Hoewel uitvoerig beschreven in o.a. de proefschriften van A. D'ESPALLIER, *Redelijke aanpassingen, evenredigheid en rol van de rechter*, die Keure, Brugge, 2016, 312 p.; M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 666 p.

zodat de afgrenzing minder controverser zou veroorzaken. De vraag rijst immers of het Belgische ontslagrecht niet fundamenteel aan enige update toe is<sup>7</sup> en wat men hierbij kan leren uit de rechtspraak inzake redelijke aanpassingen. Na rijp beraad werd beslist om deze lange analyse toch niet in stukken op te breken maar als één geheel te behouden voor publicatie in het TSR. De omvang is toe te schrijven aan de bijzonder uitgebreide en diepgaande rechtspraak en aan de overvloed van rechtsleer.

## II. HET DISCRIMINATIEVERBOD WEGENS HANDICAP IN VERDRAGEN EN WETTEN

4. De reden waarom handicap in de rechtspraak als discriminatiegrond is doorgebroken ligt in de vrij recente expliciete vermelding van “handicap” als discriminatiegrond. Zeer bondig wordt in dit hoofdstuk verwezen naar de voornaamste internationale verdragen en het Unierecht. De grondige bespreking van centrale begrippen wordt hernomen bij de analyse van de rechtspraak. De inleiding laat wel toe om enkele begrippen te bespreken die later minder aan bod komen, zoals de Belgische bevoegdheidskwesties en de verhouding tussen redelijke aanpassingen en positieve actie.

### A. EVRM, UVRM en ESH

5. De niet limitatieve opsomming van discriminatiegronden in artikel 14 EVRM bevat geen expliciete verwijzing naar handicap. Ook de Universele Verklaring voor de Rechten van Mensen verwijst niet naar deze discriminatiegrond. Wegens het zogenaamde “medische model” (cf. infra III. Paradigmawijziging) dat ten grondslag lag aan de definitie van handicap werd deze materie beschouwd als behorend tot de sociale zekerheid, waarbij lidstaten een zeer grote autonomie genoten<sup>8</sup>. Dankzij de open norm in artikel 14 EVRM (*andere status*) en de link met andere fundamentele rechten kwam daarin substantieel verandering. Er blijft geen twijfel meer over het feit dat discriminatie op grond van handicap door het EVRM wordt verboden<sup>9</sup>.

6. Het Herziene Europese Sociaal Handvest van 1996<sup>10</sup> herneemt de bepalingen van 1961 in detail, maar uit de tekst van het nieuwe artikel 15 blijkt eerder een inspanningsverbintenis van de lidstaten, traditioneel verbonden aan de autonomie van de lidstaten inzake socialezekerheidsbeleid en arbeidsmarktpolitiek. Aangezien de focus van deze bijdrage ligt op de Belgische rechtspraak en eventuele aanpassingen van het Belgisch arbeidsrecht laten we verdere beschouwingen, ook inzake de rol van het Comité Sociale Rechten, buiten beschouwing. Uit de Belgische rechtspraak blijkt dat deze nauwelijks aandacht besteedt aan deze soft law, maar zich des te meer laat leiden door het Unierecht.

---

<sup>7</sup> Cf. Recente vraag van FOD-WASO aan Begasoz (de Vereniging van Belgische professoren Arbeidsrecht en Socialezekerheidsrecht) om een wetenschappelijke commissie te installeren.

<sup>8</sup> Art. 15 ESH: Hierin is sprake van het “*recht op vakopleiding en revalidatie van minder-validen*”. De lidstaten zijn enkel verplicht “...*passende maatregelen te treffen voor de tewerkstelling van minder-validen, zoals het oprichten van gespecialiseerde bemiddelingsbureaus, het verschaffen van gelegenheid voor beschutte arbeid en maatregelen tot aanmoediging van werkgevers minder-validen in dienst te nemen.*”

<sup>9</sup> EHRM 30 april 2009, nr. 13444/04, Glor t. Zwitserland; EHRM 3 oktober 2013, nr. 552/10, I.B. t. Griekenland; EHRM 5 januari 2016, nr. 34655/14, Radi en Ghergina t. Roemenië; EHRM 23 februari 2016, nr. 51500/08, Cam t. Turkije; EHRM 30 januari 2018, nr. 23065/12, Enver Sahin t. Turkije; EHRM 18 december 2018, nr. 2282/17, Dupin t. Frankrijk; EHRM 25 juni 2019, nr. 289/14, Stoian t. Roemenië; EHRM 10 september 2020, nr. 59571/15, G.L. t. Italië;

<sup>10</sup> W. 15 maart 2002, BS 15 mei 2004.

## B. Het Unierecht

7. De zogenaamde Kaderrichtlijn houdende het discriminatieverbod in arbeid en tewerkstelling werd uitgevaardigd in 2000<sup>11</sup> en gaf een echte start aan het arbeidsrechtelijk discriminatieverbod op grond van handicap<sup>12</sup>. Waar de rechtspraak van het Mensenrechtenhof inzake personen met een handicap vooral betrekking heeft op niet arbeidsgebonden materies raakt het Unierecht de horizontale relatie tussen werknemers en werkgevers, ongeacht het onderscheid tussen publieke en private sector<sup>13</sup>. De publiekrechtelijke rechtspositie mag geen afbreuk doen aan het Unierecht<sup>14</sup>. Ook rechtsleer bevestigt dit op diverse punten<sup>15</sup>. Weliswaar heeft de Kaderrichtlijn een beperkt toepassingsgebied betreffende arbeid en tewerkstelling<sup>16</sup>, maar aangezien arbeid één van de meest fundamentele aspecten van de menselijke autonomie en waardigheid betreft, is het essentieel in de sociale inclusie<sup>17</sup>. Op te merken valt dat het ook van toepassing is op zelfstandige arbeid, hoewel hierover zelden toepassingen te noteren vallen<sup>18</sup>.

8. De Kaderrichtlijn laat evenwel diverse begrippen “open”. Nu de medische definitie verlaten wordt voor een sociale definitie deint de definitie van “handicap” uit met bijkomende kwalificatievraagstukken, zodat het Hof en de Belgische rechters zich meermaals hierover moeten uitspreken. (cf. infra hoofdstukken IV en V). Een ander open begrip is de notie “redelijke aanpassingen”<sup>19</sup>. De richtlijn geeft wel enkele voorbeelden<sup>20</sup>, maar laat het over aan de lidstaten om deze uit te werken<sup>21</sup>. Men moet toegeven dat notie “redelijk” dermate open is dat de rechtspraak met de afweging worstelt<sup>22</sup>. Het spreekt vanzelf dat het Unierecht zich slechts beperkt kan inlaten met de nationale arbeidsrechtelijke procedures en sancties, wat de creatieve rol van de Belgische rechtspraak verklaart in de toepassing van de nationale bepalingen en wat aanleiding geeft tot suggesties inzake de arbeidswetgeving.

---

<sup>11</sup> In uitvoering van art. 7 Verdrag van Amsterdam 2 oktober 1997 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, houdende wijziging van art. 6.1. van het VWEU, *Publ C 340*, 10 november 1997, p.1-144.

<sup>12</sup> Richtl. Raad EG, 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.

<sup>13</sup> Cf. inbreukprocedure HvJ 4 juli 2013, C-312/11, Commissie t. Italië, ECLI:EU:C:2013:446 ; maar ook in België: HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85; J. COULIER, “Rechter verwacht ook van publiekrechtelijke werkgevers medewerking aan de re-integratie van langdurig zieke personeelsleden”, *Soc.Kron.* 2021, 327-329; S. AERTS en R. JANVIER, “Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren”, *TSR* 2015, 101-180.

<sup>14</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85.

<sup>15</sup> Cf. o.a. S. AERTS en R. JANVIER, “Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren”, *TSR* 2015, 101-180; R. JANVIER en I. DE WILDE, “Re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden in overheidsdienst. Een hindernissenparcours van formaat”, *TSR* 2018, 664-689.

<sup>16</sup> Pogingen om te komen tot een aanvullende Richtlijn in andere domeine inzake handicap zijn niet geslaagd : cf. voorstel European Disability Forum, *Promoting Equality and Combating Discrimination: The Need for a Disability Specific Non-discrimination Directive Going Beyond Employment*, October 2007, 24 p. <https://www.accessibletourism.org/resources/edf-position-paper-disability-specific-directive.pdf>

<sup>17</sup> Art. 22ter GW, Grondwetsherziening 17 maart 2021, *BS* 30 maart 2021; I. HACHEZ, “La consécration constitutionnelle du droit à l’inclusion des personnes en situation de handicap (article 22ter) – De la duplication du cadre juridique au dessin de politiques publiques”, *JT* 2022, 15-24.

<sup>18</sup> Wel o.a. Arbh. Brussel (NL) 4 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be): zelfs inzake een dienstverleningscontract tussen twee vennootschappen omdat dit eveneens tewerkstelling raakt.

<sup>19</sup> Art. 5 Richtlijn 2000/78.

<sup>20</sup> Recital 20 Richtlijn 2000/78/EG; M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 81; S. VAN DAMME, “Recht op arbeid voor personen met een handicap: Het recht op redelijke aanpassingen als hoeksteen”, *NjW* 2015, 886-887.

<sup>21</sup> Cf. veroordeling van Italië: HvJ 4 juli 2013 C-312/11, Commissie t. Italië ECLI:EU:C:2013:446.

<sup>22</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85.

## C. Het VRPH en het Unierecht

9. Het Unierecht wordt in hoge mate beïnvloed door het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (hierna afgekort als VRPH) aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties<sup>23</sup>. Ook de Europese Unie ratificeerde dit Verdrag<sup>24</sup>. Bijgevolg maken sedert de inwerkingtreding van dat besluit de bepalingen van dit verdrag deel uit van de rechtsorde van de Unie<sup>25</sup>. Het VRPH werd door alle Belgische federale entiteiten geratificeerd<sup>26</sup>.

10. Het toepassingsgebied is veel ruimer dan het Unierecht<sup>27</sup>. Artikel 27 van dit Verdrag viseert arbeid en tewerkstelling<sup>28</sup>. Het is de vraag of het VRPH al dan niet directe werking heeft in concrete arbeidsrechtelijke geschillen<sup>29</sup>. Op grond van het Europees Sociaal Handvest heeft het Grondwettelijk Hof bevestigd dat het VRPH thans wel effect kan hebben in België<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Volledigheidshalve: het Kinderrechtenverdrag was het eerste verdrag dat “disability” als eerste opnam in de lijst van discriminatiegronden: W. 25 november 1991 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van het kind aangenomen te New York op 20 november 1989, *BS* 22 juli 2009.

<sup>24</sup> Besluit van de Raad 26 november 2009, nr. 2010/48/EG, *Publ.* 27 januari 2010, L 23/35.

<sup>25</sup> HvJ 22 mei 2014, C-356/12, Glatzel, punt 68, ECLI:EU:C:2014:350 met verwijzing naar arresten Haegeman, 181/73, EU:C:1974:41, punt 5, en Z, EU:C:2014:159, punt 73.

<sup>26</sup> W. 13 mei 2009 houdende instemming met volgende Internationale Akten: Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen te New York op 13 december 2006, *BS* 22 juli 2009; Decr.VI. 8 mei 2009 houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, en het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, opgemaakt in New York op 13 december 2006, *BS* 3 augustus 2009; Decr.Fr. 26 maart 2009 houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen te New York op 13 december 2006, *BS* 27 mei 2009; Decr.W. 30 april 2009 houdende instemming, wat betreft de materies waarvan de uitoefening door de Franse Gemeenschap is overgedragen, met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en van het facultatieve Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen in New York, op 13 december 2006, *BS* 27 mei 2009; Decr.Fr.Gem.Comm. 15 januari 2009 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en van het Facultatieve Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, aangenomen in New-York op 13 december 2006, *BS* 13 februari 2009; Decr.D. 11 mei 2009 houdende instemming met de conventie betreffende de rechten van personen met een handicap en het Facultatief Protocol daarbij, opgemaakt in New York op 13 december 2006, *BS* 9 juli 2009. Ord.Br. 14 mei 2009 houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, ondertekend te New York op 30 maart 2007, *BS* 22 mei 2009.

<sup>27</sup> A. LAWSON, “Disadvantage at the Intersection of Race and Gender Disability: Key challenges for EU Non Discrimination Law” in D. SCHIEK and A. LAWSON (eds.), *European Union Non-discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, London – New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, 55.

<sup>28</sup> A. D’ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 141 p.; V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, Springer, 2017, 748 p.; I. BANTEKAS, M.A. STEIN et D. ANASTASIOU (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, Oxford University Press, 2018, 1376 p.

<sup>29</sup> Cf. HvJ 22 mei 2014, C-356/12, Glatzel, ECLI:EU:C:2014:350; GENERAL ASSEMBLY UNITED NATIONS, Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, 17 August 2005, A/60/266 (2005), Annex II, no. 5, [www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6docs/ahc6reporte.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6docs/ahc6reporte.pdf) (last consulted on 11 June 2020); D. CUYPERS, S. KEUNEN en S. VAN DAMME, *In welke mate bevordert het Vlaams beleid de inclusie van personen met een handicap?*, Mortsel, Intersentia, 2017, 61; Kritiek op dit standpunt: A. BAILLEUX en I.

HACHEZ, “L’applicabilité directe des sources du droit”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 44-66.

<sup>30</sup> GwH 17 maart 2016, nr. 42/2016, punten B.3.1. en B.3.2.



Ook in samenhang met artikel 23 en art. 22ter<sup>31</sup> GW kan het Verdrag effect hebben in de Belgische rechtsorde<sup>32</sup>. Maar bij de concrete toepassing ervan op de werkvloer zal veel afhangen van de toepassing door de rechter ten gronde. Zoals Vanhegen terecht opmerkt, zijn er teveel open begrippen om *self-executing* te zijn<sup>33</sup>.

11. In dit verband dient eveneens verwezen te worden naar de rol van het “Comité des droits des personnes handicapées” van de VN. De impact van dit Comité is beperkt, aangezien het niet direct bindend is voor de Belgische rechter. In een advies kon AG Rantos nog wel verwijzen naar dit Comité als inspiratiebron van het Unierecht<sup>34</sup>. België werd geëvalueerd in een rapport van 28 oktober 2014<sup>35</sup>. De conclusie voor arbeid en tewerkstelling was beperkt. Er werd vastgesteld dat in België bijzonder weinig gehandicapte werknemers aan het werk zijn. België wordt aangespoord om een bijzondere inspanning op dit gebied te leveren, o.a. via quota en beroepsopleiding. Het kritische rapport wekt geen verwondering. De geringe arbeidsparticipatie van beschermde groepen is trouwens een algemeen probleem op de Belgische arbeidsmarkt<sup>36</sup>.

## D. Algemene Discriminatiewet en Decreten

### D.1. Federale en regionale bevoegdheden

12. Hoewel er reeds eerder in België een discriminatieverbod gold<sup>37</sup>, was hiervan niet veel te merken in de rechtspraak. De Belgische wetgeving en rechtspraak worstelde nog met de gevestigde rechtspraak inzake overmacht als beëindigingsgrond van de arbeidsovereenkomst bij definitieve arbeidsongeschiktheid. (cf. infra V.B.)<sup>38</sup> De Europese kaderrichtlijn werd pas in

---

<sup>31</sup> Grondwetsherziening 17 maart 2021, BS 30 maart 2021; I. HACHEZ, “La consécration constitutionnelle du droit à l’inclusion des personnes en situation de handicap (article 22ter) – De la duplication du cadre juridique au dessin de politiques publiques”, *JT* 2022, 15-24.

<sup>32</sup> L. BURSENS en D. VAN EECKHOUTTE, “Het standstillbeginsel: verantwoord en achteruitgang of stimuleren van vooruitgang”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 75-99.

<sup>33</sup> M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 134.

<sup>34</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85 ; punt 31; Conclusie AG Rantos, punt 44-52, ECLI:EU:C:2021:916.

<sup>35</sup> Nations Unies, Comité des droits des personnes handicapées, CRPD/C/BEL/CO/1, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/>. De procedure en de stukken kunnen teruggevonden worden op de website van Unia. In 2020 werden verschillende rapporten ingediend, maar bij laatste consultatie van de website was nog een nieuw kritisch eindrapport verschenen.

<sup>36</sup> Cf. Unia, *Diversiteitsbarometer Werk*, Brussel, Unia, 2012, 172 p.

[https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties\\_docs/de\\_diversiteitsbarometer\\_werk\\_0.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/de_diversiteitsbarometer_werk_0.pdf); recent: *De Vlaamse en Belgische arbeidsmarkt in Europees perspectief: 9 opvallende cijfers*, Stories UGent @ Work, nr. 10, 19 mei 2023, <https://www.ugent.be/ugentatwork/nl/acties/sugaw10.pdf>; S. VANCLEEF, “Welke lessen trekken uit het diversiteitsbeleid in de arbeidsmarkt van Vlaanderen? Quelles leçons tirer de la politique de diversité dans l’emploi promue en Flandre”, in J. VAN DROOGHENBROECK e.a. (eds.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Brussel, Larcier-Intersentia, 2023, 355-380.

<sup>37</sup> CAO nr. 26 van 15 oktober 1975 betreffende het bezoldigingspeil van de mindervaliden die in een normaal arbeidsregime zijn tewerkgesteld, vervangen door CAO nr. 99; CAO nr. 38, 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, BS 28 juli 1984, zoals gewijzigd door cao nr. 38*quater*, 14 juli 1999, KB 31 augustus 1999, BS 21 september 1999.

<sup>38</sup> Cf. o.a. K. VAN DEN LANGENBERGH en A. VAN REGENMORTEL, “De definitieve arbeidsongeschiktheid als een vorm van beëindigende overmacht: juridisch aanvechtbaar en een sociale staat onwaardig?” in P. HUMBLET en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Markante standpunten, Liber Amicorum M. Rigaux*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 293.

de Belgische wetgeving omgezet in 2007<sup>39</sup>. (Algemene Antidiscriminatiewet, verder afgekort als ADW).

13. Wat betreft de tewerkstelling in gewesten en gemeenschappen dient men evenwel rekening te houden met de regionale wetgeving<sup>40</sup>. Er werd weliswaar een Interfederaal Protocol afgesloten inzake redelijke aanpassingen<sup>41</sup>, maar dit heeft geen directe bindende waarde, wel een interpretatieve waarde<sup>42</sup>. De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling blijft niet zonder gevolgen.

14. Duidelijk is de bevoegdheidsafbakening evenwel niet. De overgrote meerderheid van de arbeidsbetwistingen situeren zich in de sfeer die grondwettelijk nog steeds tot de federale bevoegdheid behoort<sup>43</sup>. Sommige rechtspraak lost eventuele samenloop van regelgeving op door de twee wetgevingen afzonderlijk te toetsen met uiteraard een gelijklopend resultaat<sup>44</sup>. Vaak spreekt de rechtsleer zich zelfs niet uit<sup>45</sup> want deze overlap lijkt geen struikelsteen. Dat hoeft niet te verwonderen nu de arbeidswetgeving in hoge mate gelijk spoort in het licht van het Unierecht. Het laat de rechter toe bij onduidelijkheid inzake toepasselijke rechtsregels de oplossing eventueel te laten steunen op een opsomming van wetteksten, eerder dan één specifieke rechtsgrond uit te kiezen als de partijen ook niet expliciet een keuze maken. Verder lijken partijen zich inzake handicap en redelijke aanpassingen ook niet veel zorgen te maken over de Belgische bevoegdheidskwesties, maar concentreren ze zich terecht op de concrete toepassing ervan op de werkvloer in het licht van het Unierecht.

15. Soms is het niet duidelijk of de federale entiteit haar bevoegdheid wel heeft uitgeput zodat deze wetgeving in de plaats is getreden van de federale wetgeving<sup>46</sup>. Vooral aan Vlaamse kant blijft de rechtspraak aanleunen bij de federale wetgeving, terwijl er toch vragen rijzen of deze wel van toepassing is zoals bijvoorbeeld op de publiekrechtelijke Vlaamse

---

<sup>39</sup> Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007. De historiek van de wet van 2003 wordt niet besproken. Cf. o.a. J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie”, *TSR* 2003, 387-429.

<sup>40</sup> Decr.VI. 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008; Decr.VI. 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *BS* 26 juli 2002; Decr.W. 6 november 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, *BS* 19 december 2008; D. CUYPERS, “De nieuwe idiscriminatiewetgeving”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination/ Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 193-228; S. VANCLEEF, “Welke lessen trekken uit het diversiteitsbeleid in de arbeidsmarkt van Vlaanderen? Quelles leçons tirer de la politique de diversité dans l’emploi promue en Flandre”, in J. VAN DROOGHENBROECK e.a. (eds.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Brussel, Larcier-Intersentia, 2023, 355-380.

<sup>41</sup> 19 juli 2007, *BS* 20 september 2007.

<sup>42</sup> X. DELGRANGE en M. EL BERHOUMI, “La répartition belge des compétences en matière de handicap”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 100-119.

<sup>43</sup> Art. 6 § 1 VI. laatste lid 12° BWHI 1980; Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>44</sup> Arbh. Antwerpen 20 maart 2018, AR 2007/11/71, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>45</sup> J. COULIER, “Rechter verwacht ook van publiekrechtelijke werkgevers medewerking aan de re-integratie van langdurig zieke personeelsleden”, *Soc.Kron.* 2021, 327-329; D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 160.

<sup>46</sup> Cf. Twijfel van J. JACQMAIN, “L’égalité dans la fonction publique locale de Bruxelles-Capitale: avec une discrimination inédite”, *Soc.Kron.* 2019, 323; J. JACQMAIN, Noot onder Arbh. Gent 20 april 2019, 18 oktober 2019 en 19 juni 2020, *Soc.Kron.* 2021, 347; J. JACQMAIN, “Les lois anti-discriminations, services publics compris”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 619.

Vervoermaatschappij De Lijn<sup>47</sup> of bij een Vlaams lokaal bestuur<sup>48</sup>. De Raad van State heeft herhaaldelijk bevestigd dat inzake het eigen personeelsbeleid, zowel voor statutairen als voor contractanten, wel degelijk de regionale overheid bevoegd is<sup>49</sup>. Dit blijkt ook uit diverse arresten van het Grondwettelijk Hof inzake de bevoegdheid van gemeenschappen inzake onderwijspersoneel, zelfs indien dat in het vrij gesubsidieerd onderwijs principieel nog verbonden is met een arbeidsovereenkomst met de inrichtende macht. Het Grondwettelijk Hof heeft herhaaldelijk de ruime bevoegdheid benadrukt om een eigen personeelsbeleid te ontwikkelen<sup>50</sup>, vooral indien die intrinsiek verbonden is met de rechtspositie<sup>51</sup>. Dit geldt zelfs voor collectief overleg voor het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs<sup>52</sup>. Hieruit kan afgeleid worden dat dit eveneens geldt voor het eigen personeel en voor de publiekrechtelijke instellingen die van de Vlaamse Gemeenschap afhangen<sup>53</sup>.

16. Waalse rechtspraak past zonder aarzeling soms enkel het Waalse decreet toe<sup>54</sup>, zelfs wanneer het contractanten in regionale overheidsdienst betreft<sup>55</sup>. Een overheidsbestuur zoals Actiris valt onder de Brusselse Ordonnantie en niet onder de federale ADW, ook al betreft het contractuele tewerkstelling<sup>56</sup>. In één zaak merkt het Brusselse arbeidshof in voetnoot op dat op het ogenblik van de feiten de Brusselse Ordonnantie nog niet van toepassing was, maar dat dit in de toekomst wel het geval zou zijn<sup>57</sup>. Sedert 1 januari 2018 is de Brusselse Ordonnantie van toepassing op alle ondernemingen die een exploitatiezetel hebben in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest<sup>58</sup>. Evenwel lijkt m.i. dat ook deze Ordonnantie geen arbeidsrechtelijke afbreuk doet aan de federale ADW betreffende tewerkstelling, aangezien geen vergoeding wordt bepaald bij ontslag. Men kan dus stellen dat de regionale bevoegdheid geenszins uitgeput is en dat de federale entiteiten de lastige (financiële) knopen overlaten aan de federale wetgever en de arbeidsgerechten.

17. Men kan verwachten dat in de toekomst meer rechtspraak gebaseerd zal zijn op de wetgeving van de federale entiteiten. Vanwege de nauwe samenhang tussen personeelsbeleid, arbeidsmarktbeleid en redelijke aanpassingen is die eigen juridische verantwoordelijkheid ook logisch. Problematisch hoeft dat geenszins te zijn want de inhoudelijke toepassing kan moeilijk in verregaande mate divergeren gelet op het specifieke en gedetailleerde Unierechtelijke kader<sup>59</sup>. Allicht is de terughoudendheid van Gewesten om zich ten volle te begeven op het gebied van de arbeidsrechtelijke sancties ingegeven door de terechte vrees dat

---

<sup>47</sup> Arbrb. Antwerpen 13 december 2019, B.B. t. De Lijn, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>48</sup> Arbrb. Antwerpen 15 februari 2022, AR 21/474/A, [www.unia.be](http://www.unia.be)

<sup>49</sup> Adv. RvS bij het ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St.* VI. Parl. 2007-08, nr. 1578/1, p. 68, met talrijke verwijzingen; J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen” in CGR-Universiteit Antwerpen (eds.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, nr. 19; L.M. VENY, “De Wet Bestrijding Discriminatie in de ambtenarij”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 107-149.

<sup>50</sup> GwH 18 november 1992, nr. 74/92, ov. B.2.3; GwH 19 januari 2000, nr. 2/20000, ov. B.3.2.-B.3.3.;

<sup>51</sup> GwH 21 juni 2000, nr. 76/2000, ov. B.4.2.

<sup>52</sup> GwH 23 februari 2005, nr. 44/2005, ov. B.14.5-B.15.6; GwH 20 oktober 2005, nr. 154/2005, ov. B.4.1; GwH 28 april 2016, nr. 55/2016, ov. B.6.1.-B.6.2.

<sup>53</sup> Adv. RvS bij het ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St.* VI. Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 68.

<sup>54</sup> Voorz. Arbrb. Luik 9 maart 2018, RG 17/22/C, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>55</sup> Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>56</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>57</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 23 mei 2022, AR 2020/AB/178, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>58</sup> Art. 5 Ord.Br. 4 september 2008, gewijzigd door Ord.Br. 16 november 2017, *BS* 21 november 2017.

<sup>59</sup> J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 250-253.

het Belgisch arbeidsrecht nog complexer zou worden. Maar dat impliceert ook dat het federale arbeidsrecht ook mee evolueert waar nodig om nieuwe tendensen gestalte te geven.

## D.2. Begrip handicap

18. Het begrip handicap wordt niet gedefinieerd in de ADW in tegenstelling tot de parlementaire voorbereiding bij de discriminatiewet van 2003<sup>60</sup>. Dat was gelet op de latere ratificatie van het VRPH en de Unierechtelijke invulling een verstandige optie. Het VRPH liet het Hof van Justitie toe om een definitie van handicap te formuleren die ook van toepassing is in het Unierecht: *..” een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen”*<sup>61</sup>. Gelet op de primautiteit van het Unierecht verdient deze definitie dan ook juridisch de voorkeur.

19. In het decreet tot oprichting van het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (VAPH) wordt een handicap wel gedefinieerd<sup>62</sup>. Art. 2 van dat decreet stelt dat *“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 en externe factoren”*<sup>63</sup>. Een arbeidshandicap is dan: *“elk langdurig en belangrijk probleem van deelname aan het arbeidsleven dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke en externe factoren.”* In 2008 is deze definitie ingeschreven in het decreet tot oprichting van de VDAB<sup>64</sup>, alsook in het Maatwerkdecreet van 2014<sup>65</sup>. Deze diverse definities wijken licht af van de definitie die het Hof van Justitie geeft in het licht van het VN-Verdrag, maar heel problematisch lijkt dit niet, aangezien vooral de open sociale dimensie mogelijkheden biedt tot uniforme en evoluerende interpretatie door de rechtspraak<sup>66</sup>.

## D.3. Redelijke aanpassingen

20. Het niet aanbieden van redelijke aanpassingen wordt conform de richtlijn aanzien als discriminatie<sup>67</sup>. Het begrip redelijke aanpassingen wordt in de ADW gedefinieerd als *“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*

---

<sup>60</sup> *“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.”* Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/14, 3; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De Antidiscriminatiewet- een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *NJW* 2003, 265.

<sup>61</sup> HvJ 11 september 2019, C-397/18, DW, ECLI:EU:C:2019:703, punt 41; A. MAES en L. FASTREZ, “De afwezigheid hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absentisme. Een analyse in het licht van de antidiscriminatiewetgeving, het kennelijk onredelijk ontslag en het rechtsmisbruik”, *TSR* 2020, 313-315.

<sup>62</sup> Decr. VI. 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap, *BS* 11 juni 2004.

<sup>63</sup> Art. 2, 2° Decr. VI. 7 mei 2004, *BS* 11 juni 2004.

<sup>64</sup> Art. 77 Decr. VI. 21 november 2008 houdende bepalingen tot begeleiding van de tweede aanpassing van de begroting 2008.

<sup>65</sup> Art. 3, 2°, a) Decr. VI. 12 juli 2013 betreffende maatwerk bij collectieve inschakeling, *BS* 2 september 2013. Verder afgekort als Maatwerkdecreet.

<sup>66</sup> Cf. infra Hfdst. III inzake de paradigmawissel en de sociale definitie van handicap.

<sup>67</sup> Art. 9, 14, 21 en 27 ADW.

*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. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd*”<sup>68</sup>.

21. Deze definitie is een lange versie van art. 2 VRPH: “noodzakelijke en passende wijzigingen, en aanpassingen die geen disproportionele of onevenredige, of onnodige last opleggen, indien zij in een specifiek geval nodig zijn om te waarborgen dat personen met een handicap alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid met anderen kunnen genieten of uitoefenen”. Wel is de verwijzing naar eventuele financiële compensaties interessant, zij het dat deze in de Belgische rechtspraak zelden ter sprake komt<sup>69</sup>.

22. Deze definitie laat nog veel ruimte voor interpretatie. Wel werden volgende voorbeelden gegeven in de parlementaire voorbereiding: “de architecturale aanpassingen die bv. rolstoeltoegankelijkheid garanderen, de technische hulpmiddelen die bv. 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”<sup>70</sup>. De definitie in de parlementaire voorbereiding is op zichzelf een illustratie van de onmogelijkheid om redelijke aanpassingen exhaustief te definiëren<sup>71</sup>. Een concrete invulling door de wetgever van de aanpassingsverplichting is evenwel niet gewenst omdat de aanpassingen afhangen van de context, zodat een definitie mogelijks te restrictief zou geïnterpreteerd worden<sup>72</sup>. Bepaalde rechtsleer verwijt precies dat “toegankelijkheid” en “redelijke aanpassingen” te gemakkelijk worden gelijkgesteld, terwijl het twee verschillende noties met verschillende dynamiek betreft<sup>73</sup>.

23. In de beoordeling van onevenredigheid moet men in het bijzonder rekening houden 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 krijgen<sup>74</sup>. D’Espallier onderscheidt als relevante factoren voor de afweging door rechter inzake de onderneming: de schaalgrootte, de veiligheidsimpact, de kostprijs, de impact op de werking, de legitieme noden, de gevolgen voor derden en het collectief overleg. Hiertegenover moeten ook in rekening gebracht worden ten voordele van de werknemer: de tastbare impact op het

---

<sup>68</sup> Art. 4, 12° ADW; *Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/14, 2; C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De ras- en kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, in D. CUYPERS (ed.) *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen*, Antwerpen, intersentia, 2003, 14; L. WADDINGTON, “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective”, *CLLPJ* 2008 , 318.

<sup>69</sup> Cf. infra Hfdst. V.D.

<sup>70</sup> *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/003, 2.

<sup>71</sup> L. WADDINGTON, “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective”, *CLLPJ* 2008 , 320.

<sup>72</sup> A. RAHME (ed.), *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 94.

<sup>73</sup> Cf. o.a. M. SPINOY en K. WILLEMS, “Het M-Decreet. ‘M’ voor méér of minder buitengewoon onderwijs? Het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap: implicaties voor het onderwijsbeleid inzake leerlingen met specifieke leerbehoeften”, *TORB* 2019, 72.

<sup>74</sup> Overweging 20 Kaderrichtlijn; L. WADDINGTON, “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective”, *CLLPJ* 2008, 319.

leven, het verwijderen van het stigma, bepalingen uit andere regelgeving, de langdurige voordelen voor de tewerkstelling en de gunstige gevolgen voor derden<sup>75</sup>.

#### D.4. Uitbreiding van de beschermingsgrond: “Gezondheidstoestand”

24. De ADW van 2007 verruimt het aantal beschermingsgronden. Niet minder dan 16 verboden discriminatiegronden worden er opgesomd : *“leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst”*<sup>76</sup>.

25. Met de uitbreiding tot *“huidige of toekomstige gezondheidstoestand”* wordt een belangrijke optie genomen, vooral door de uitsluiting van gezondheidstoestand *in het verleden*<sup>77</sup>. Dit aspect is van belang nu in de praktijk veel ontslagen plaatsvinden op grond van absentisme veroorzaakt door ziekte<sup>78</sup> vooral wegens de nadelige gevolgen voor de werking van de onderneming. Met het opnemen van *“huidige en toekomstige gezondheidstoestand”* wilde de wetgever voorkomen dat voorspellende tests zouden worden toegepast om werknemers te discrimineren bij de aanwerving maar tevens wilde de wetgever de gangbare praktijk van ontslagen niet direct ter discussie stellen<sup>79</sup>.

26. De dubbelzinnigheid van het Belgische ontslagrecht wordt bevestigd in het Advies nr. 2.266 van de Nationale Arbeidsraad inzake een wetsvoorstel van kamerlid mevrouw Vanrobaeys<sup>80</sup>. Daarin bevestigt de NAR enerzijds dat de wet een onderscheid beoogt en dat de discriminatiewetgeving de gezondheidstoestand in het verleden niet beschermt. Maar anderzijds steunt de NAR dit voorstel wel en tevens wordt verwezen naar Cao's nrs. 38 en 95 waarin wel bepaald zou zijn dat gezondheidstoestand in het verleden niet tot ontslag zou mogen leiden. De Raad legt wel de vinger op de wonde door te stellen dat niet ieder ontslag wegens gezondheidsredenen discriminatie uitmaakt, aangezien rekening moet gehouden worden met de impact op de arbeidsorganisatie in de onderneming en de kosten voor de werkgever. Ontslag wegens gezondheidsredenen moet derhalve steunen op een legitieme ontslagreden gelet op de noodzakelijke arbeidsorganisatie in de onderneming en niet op de gezondheid als zodanig. Daarmee wordt de arbeidsrechter geroepen de legitimiteit van de ontslagreden te toetsen voor een specifieke categorie van gehandicapte en arbeidsongeschikte werknemers<sup>81</sup>. Dat sluit aan bij een algemene evolutie, zoals bevestigd door CAO nr. 109 dat werknemers een grondrecht hebben om slechts wegens een legitieme rede ontslagen te worden<sup>82</sup>, zonder dat dit evenwel afbreuk doet aan de grote beleidsvrijheid van de

---

<sup>75</sup> A. D'ESPALLIER, *Redelijke aanpassingen, evenredigheid en rol van de rechter*, die Keure, Brugge, 2016, 122-149.

<sup>76</sup> Art. 3 ADW. We tellen de “of” wel degelijk als aparte gronden, hoewel ze vaak samenbeschouwd kunnen worden, maar het woord “of” wijst toch op enig onderscheid.

<sup>77</sup> Arbh. Brussel 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200, evenwel gecasseerd op andere grond: Cass. 1 april 2019, ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190401.5; RW 2020-21, 1616 met noot VAN DE CALSEYDE.

<sup>78</sup> D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 158.

<sup>79</sup> *Parl.St.* Senaat, BZ 1999, nr. 2/12-1; Arbh. Brussel (NL) 17 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 198; Arbh. Brussel (NL) 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200; J. HUYS, “Begripsomschrijving van “handicap” en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht”, *Soc.Kron.* 2009, 71.

<sup>80</sup> NAR, Advies nr. 2266, 21 december 2021, inzake het Wetsvoorstel mevr. Vanrobaeys tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie wat de discriminatiegrond gezondheidstoestand betreft.

<sup>81</sup> Cf. o.a. Arbh. Gent, afd. Gent, 13 juni 2022, 2020/AG/182, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik, 3 maart 2022, 20/475/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>82</sup> W. VAN EECKHOUTTE, “Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de

werkgever<sup>83</sup>. Maar toch vindt men nergens in het Belgische arbeidsrecht expliciet de algemene regel terug dat het ontslag moet steunen op een legitieme redenen. Men kan evenwel stellen dat het discriminatierecht de redelijkheidstoets bij het ontslag in hoge mate versterkt<sup>84</sup>.

27. De Belgische situatie is dus dubbelzinnig sedert CAO nr. 95. Hiermee heeft de Nationale Arbeidsraad een algemeen beginsel van gelijke behandeling ingevoerd<sup>85</sup>. “*Voor de toepassing van deze overeenkomst wordt onder het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep verstaan, de afwezigheid van elke vorm van discriminatie op grond van leeftijd, geslacht of seksuele geaardheid, burgerlijke staat, ziekteverleden, ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, politieke of levensovertuiging, handicap, lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie.*” Hierin is wel degelijk sprake van ziekteverleden. Dit is merkwaardig omdat dit manifest afwijkt van de ADW en deze expliciet uitbreidt. Het is ook geenszins evident gelet op de praktijk in België waarbij stelselmatig ontslag werd gegeven wegens ziekteverzuim in het verleden. Verder vraagt men zich af hoe men kan spreken van gelijke behandeling terwijl precies de vraag centraal staat welk effect de afwezigheid heeft op de arbeidsorganisatie, wat zeer verschillend kan zijn voor iedere werknemer en afhankelijk is van variabele arbeidssituaties. Kan men nog wel spreken van een “gelijke behandeling” wanneer er nauwelijks sprake is van “vergelijkbare situaties”? Misschien kan er sprake zijn van gelijkheid op grond van een zuiver kwantitatief criterium van afwezigheidsdagen, maar inzake de impact van afwezigheid kan er bij iedere werknemer een groot verschil zijn, afhankelijk van de functie en de omvang van de onderneming, zodat van vergelijkbaarheid nauwelijks sprake kan zijn. En laat die vergelijkbaarheidstoets nu precies cruciaal zijn in discussies over gelijke behandeling<sup>86</sup>. Verder zal ook blijken dat de kwantificering van afwezigheden in hoge mate problematisch is wegens indirecte discriminatie<sup>87</sup>.

28. CAO nr. 95 bepaalt geen specifieke sancties en biedt geen tegemoetkoming inzake de bewijslast. Het slachtoffer van discriminatie op grond van handicap heeft er dus nog steeds belang bij om de discriminatiegrond “handicap” of “gezondheidstoestand in het heden of in de toekomst” in de ADW in te roepen. Evenwel is handicap fundamenteel anders dan ziekte, ondanks mogelijke overlap. Zonder sancties en zonder link met de ADW kan men zich dan ook vragen stellen bij de toegevoegde waarde van deze CAO<sup>88</sup>. Recente rechtspraak lijkt toch gevolgen aan de CAO te verbinden door deze wel te koppelen aan de discriminatiewetgeving wanneer er sprake is van overlap en soms zelfs zonder dat er sprake is van handicap. De rechtsleer blijft verdeeld. (Cf. infra ontslag en ziekte V.F.)

---

motivering van zijn ontslag”, *TSR* 2015, 661-665.

<sup>83</sup> A.V. MICHAUX, S. GERARD, S. SOTTIAUX, “Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (CCT n° 109)”, *TSR* 2018, 396.

<sup>84</sup> D. CUYPERS, “There will never equality in the servants' hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht” in D. CUYPERS, (ed.), *Gelijke arbeid zonder grenzen*, Intersentia, Antwerpen, 2003, 353.

<sup>85</sup> Art. 2 CAO nr. 95 van de NAR, 10 oktober 2008, KB 11 januari 2009, *BS* 4 februari 2009.

<sup>86</sup> Cf. o.a. Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik, 3 maart 2022, 20/475/A, [www.curia.be](http://www.curia.be)

<sup>87</sup> Cf. infra V.F.4.

<sup>88</sup> We laten hier de lichtste administratieve sanctie voor het niet respecteren van algemeen verbindend verklaarde CAO's: Art. 189 Sociaal Strafwetboek buiten beschouwing. Niet alleen is deze weinig dwingend, het is voor de sociale inspectie in de praktijk moeilijk om discriminatie vast te stellen, wat blijkt uit zeer weinig strafprocedures, maar des te meer procedures vanwege Unia. De problematiek van de efficiëntie van strafsancities in het discriminatierecht laten we hier eveneens buiten beschouwing. M. SPINOY, J. VRIELINK, “Straffe discriminatiebestrijding? De rol van het strafrecht bij daden van discriminatie. Une lutte musclée contre les discriminations. Le rôle du droit pénal face aux faits de discriminations”, in J. RINGELHEIM, e.a. (eds.) *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Nieuwe impulsen voor de strijd tegen discriminatie*, Intersentia: Antwerp/Cambridge, 2023, 219-253.

29. Eens te meer hebben de sociale partners met CAO nr. 95 het doorhakken van fundamentele juridische knopen overgelaten aan de rechtspraak. Die moet dan schipperen tussen de fundamentele rechten van de werknemers enerzijds en de noodzaak tot een efficiënte werking van de onderneming anderzijds. En uiteraard is het onderscheid tussen handicap en ziekte flinterdun, zoals ook zal blijken uit een hiernavolgende analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie. (Hfdst. IV)

#### D.5. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

30. Art. 8, § 2 ADW stelt dat een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste enkel van toepassing is wanneer “*een bepaald kenmerk, dat verband houdt met handicap, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is*”. Dit strookt met art. 4, eerste lid van de richtlijn 2000/78<sup>89</sup>. Zoals uit de bespreking van de Belgische rechtspraak zal blijken is ook dit niet steeds evident.

#### D.6. Positieve actie

31. De ADW bepaalt dat positieve acties toegelaten zijn in de strijd tegen discriminatie onder bepaalde voorwaarden<sup>90</sup>. De notie positieve actie is wel heel ruim en omvat diverse vormen van soft law die niet direct een juridische impact hebben<sup>91</sup>. Daarom opteren sommige auteurs voor een strikte definitie: namelijk een rechtstreeks verschillende behandeling op grond van het beschermde criterium<sup>92</sup>. Maar zelfs in de strikte definitie omvat de notie zeer diverse vormen van actie<sup>93</sup>.

32. Soms spreekt men van “positieve discriminatie”, maar dit begrip dient m.i. zoveel mogelijk vermeden te worden<sup>94</sup>. Discriminatie heeft immers een negatieve connotatie (een lichtzinnige beschuldiging kan zelfs gesanctioneerd worden), terwijl positieve actie in essentie precies een correctie biedt tegenover bestaande discriminatie<sup>95</sup>. Het begrip “positieve

---

<sup>89</sup> Tevens considerans 17 in de Preambule van de Kaderrichtlijn: “(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.”

<sup>90</sup> Art. 10 ADW.

<sup>91</sup> D. CUYPERS, C. VAN VYVE, “Positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges” in D. CUYPERS (ed.) *Positieve actie tussen Europese criteria en Vlaamse toepassingen*, Antwerpen, Steunpunt Gelijkekansenbeleid-Wilda, 2010, 2-64; C. O’CINNEIDE, “Positive Action and the Limits of Existing Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, 361.

<sup>92</sup> O. DE SCHUTTER, “Positive Action”, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart, 757-869; D. CUYPERS, “Poging tot synthese”, in D. CUYPERS (ed.) *Positieve actie tussen Europese criteria en Vlaamse toepassingen* Antwerpen: Steunpunt Gelijkekansenbeleid-Wilda, 2010, 219-228; I. HACHEZ, J.F. NEVEN, J. RINGELHEIM, “L’action positive en droit belge. État des lieux et perspectives sur le marché d’emploi. Positieve actie in het Belgische recht. Stand van zaken en perspectieven op de arbeidsmarkt”, in J. VAN DROOGHENBROECK e.a. (eds.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Brussel, Larcier-Intersentia, 2023, 319-354.

<sup>93</sup> I. HACHEZ en J. RINGELHEIM, “Les actions positives”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 354.

<sup>94</sup> I. HACHEZ en J. RINGELHEIM, *id.* Larcier, 2020, 350-377.

<sup>95</sup> Art. 7 RL 2000/78/EG (Kaderrichtlijn); Art. 10 ADW; M. BOSSUYT, *Prevention of discrimination. The concept and practice of affirmative action*, Final report UNO, Economic and Social Council, 17 June 2002, *UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/21* (2002), nr 6; Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 494-500; C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *JIT* 2002, 321.



discriminatie” devalueert de verwerpelijkheid van discriminatie en maakt traditioneel deel uit van het arsenaal van critici<sup>96</sup>. Evident lijkt te zijn dat positieve actie mogelijk is voor zover het een correctie betreft van bestaande ongelijke behandelingen en voor zover geen disproportionele benadeling wordt ingevoerd voor bepaalde personen<sup>97</sup>.

33. Het Hof van Justitie heeft zich in het kader van genderdiscriminatie al kritisch uitgesproken over verschillende behandelingen die neerkomen op omgekeerde discriminatie, maar nog slechts éénmaal bij handicap en dan betrof het geen zuivere toepassing<sup>98</sup>. Voor mogelijke analoge toepassing kan men wel enige inspiratie putten uit de genderdiscriminatie. Toetsteen daarbij is de vergelijking met beter gekwalificeerde personen. Harde quota zijn de meest omstreden vorm van positieve actie die zelden genade vindt in de ogen van het Hof<sup>99</sup>. Het Belgische Grondwettelijk Hof sluit aan bij deze rechtspraak van het Hof van Justitie en bepaalt strikte criteria voor de legitimiteit van positieve actie<sup>100</sup>. Om deze bijdrage niet te uitgebreid te maken wordt dit heikele punt niet verder besproken<sup>101</sup>. Ook het VK stapte af van afdwingbare quota in 1944 naar vrijblijvendheid in 1995 terug naar een breder perspectief met de Disability Discrimination Act van 2005<sup>102</sup>. In feite bestaat de mogelijkheid om dwingende quota in te voeren reeds lang voor de ADW<sup>103</sup>. Maar het verbinden van positieve actie aan bindende quota is lang niet evident<sup>104</sup>. De Amerikaanse academica Jolls pleit er voor om deze controversiële vorm te vermijden en zij stelt dat, indien consequent toegepast, redelijke aanpassingen op zichzelf de meest adequate vorm van positieve actie vormen die handicap compenseert met minder controversie tot gevolg<sup>105</sup>.

#### D.7. Positieve actie in de zachte vorm: streefcijfers

34. Er is minder controverse over streefcijfers (zachte quota) als vorm van positieve actie voor tewerkstelling van personen met een handicap. Typisch is bijvoorbeeld het advies van de SERV inzake het diversiteitsbeleid in Vlaanderen. Enerzijds pleit men voor meer ambitie inzake de tewerkstelling van personen met een handicap, anderzijds blijven de talrijke

---

<sup>96</sup> M. BOSSUYT, *Prevention of discrimination. The concept and practice of affirmative action*, Final report UNO, Economic and Social Council, 17 June 2002, *UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/21* (2002), nr 5.

<sup>97</sup> Cf. o.a.: GwH 27 januari 1994, nr. 9/94, ov. B.6.2; GwH 14 juli 1997, nr. 42/97, ov. B.20; GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.79; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009; B.21-B.23; RvS 6 oktober 2015, nr 232.451, *Soc.Kron.* 2018, 248 met noot J. JACQMAIN, “Comment torpiller sa propre action positive”; D. CUYPERS, M. VAN COTTHEM, (eds.), *Positieve actie tussen Europese criteria en Vlaamse toepassingen*, Antwerpen: Steunpunt Gelijkekansenbeleid-Wilda, 2010, 230 p.

<sup>98</sup> HvJ 9 maart 2017, C-406/15, Milkova, ECLI:EU:C:2017:198.

<sup>99</sup> HvJ, 17 oktober 1995, Kalanke, C-450/93, *Jur.* I-3051, punten 18 en 19; HvJ 11 november 1997, Marschall, C-409/95, *Jur.* I-6363, punten 26 en 27; HvJ 28 maart 2000, Badeck e.a., C-158/97, *Jur.* I-1875, punt 19; HvJ 6 juli 2000, Abrahamsson en Anderson, C-407/98, *Jur.* I-5539, punt 48; HvJ 30 september 2004, Briheche, C-319/03, *Jur.* I-8807, punt 25; HvJ 30 september 2010, Roc Alvarez, C- 104/09, ECLI:EU:C:2010:561; HvJ 12 december 2019, WA, C-450/18, ECLI:EU:C:2019:1075.

<sup>100</sup> GwH 12 februar 2009, nr. 17/2009, punten B.21-B.22.6.

<sup>101</sup> Cf. evenwel proefschrift Sara VANCLEEF in voorbereiding, UHasselt, 2023.

<sup>102</sup> L. WADDINGTON, “Reassessing the Employment of People with disabilities in Europe: From Quotas to Anti-discrimination Law”, *CLLJ* 1996, vol. 18, 62-101.

<sup>103</sup> Met name sedert W. 6 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen, *BS* 23 april 1963; W. VAN EECKHOUTTE, “Quota voor personen met een arbeidsbeperking”, <https://www.jubel.be/quota-personen-arbeidsbeperking> (10 juli 2021).

<sup>104</sup> Cf. genuanceerd standpunt in UNITED NATIONS, *General Comment N°. 8 (2022) on the right of persons with disabilities to work and employment*, nr. 41, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org); en ook reeds het genuanceerde proefschrift van B.P. SLOOT, *Positieve discriminatie. Maatschappelijke ongelijkheid en rechtsontwikkelingen in de Verenigde Staten en in Nederland*, Universiteit Nijmegen, 1986, 361 p.

<sup>105</sup> C. JOLLS, “Antidiscrimination and accommodation”, *Harvard Law Review*, Vol. 115:642, 2001, 697.

concrete voorgestelde maatregelen relatief zwak en volledig in overeenstemming met de notie van zachte vormen van positieve actie. Het woord “quota” wordt geen enkele keer gebruikt en nergens zijn expliciete sanctie voorzien<sup>106</sup>. Art. 3 § 1 KB 6 oktober 2005 bepaalde weliswaar dat elke federale overheidsdienst verplicht is personen met een handicap tewerk te stellen ten belope van 3% van de personeelsbestanden<sup>107</sup>. Dit KB is evenwel enkel van toepassing op de federale overheidsdiensten. De begeleidingscommissie voor de aanwerving van personen met een handicap in het federaal openbaar ambt (BCAPH) ziet toe op de toepassing van de 3%-doelstelling voor de aanwerving van personen met een handicap<sup>108</sup>. Het betreft hier evenwel een streefcijfer. Er zijn immers geen sancties voorzien en de doelstelling wordt geenszins gehaald<sup>109</sup>. In 2017 daalde het tewerkstellingspercentage zelfs licht tot 1,37% tegenover 1,44% in 2016<sup>110</sup>. In 2018 daalde het cijfer zelfs nog meer tot 1,25 %<sup>111</sup>. Voor deze lage cijfers zijn diverse verklaringen. Zo missen talrijke personen met een handicap de hogere diploma's waarvoor de meeste ambtenaren worden aangeworven en blijken de verplaatsingen naar Brussel voor vele personen met een handicap een zware drempel<sup>112</sup>.

35. Er speelt dus meer dan juridische bezwaren. Gelijkheidstheorieën die de nadruk leggen op integratie door werk hebben de neiging om de reële hinderpalen te onderschatten voor personen met een handicap. Om een reële integratie van personen met een handicap mogelijk te maken is het noodzakelijk om de specifieke hinderpalen voor ogen te houden. Deze hinderpalen liggen vaak buiten het arbeidsrecht<sup>113</sup>. Zo is er bijvoorbeeld de eventuele financiële val bij de overgang van sociale zekerheidsbijdragen naar onderbetaald werk. De scheiding tussen sociale zekerheid en werk houdt ten dele de exclusie in stand<sup>114</sup>. Maar ook de geringe beschikbaarheid van openbaar vervoer en de tijd voor persoonlijke zorg beletten vaak een reële integratie op de arbeidsmarkt. De talrijke politieke en praktische bezwaren verklaren waarom quota nauwelijks succes hebben<sup>115</sup>.

36. Het Vlaams Personeelsstatuut bepaalt dat Vlaamse Overheidsdiensten bij gelijkwaardigheid voorrang moeten geven aan de kandidaat uit de ondervertegenwoordigde groep zolang de streefcijfers van de Vlaamse overheid niet behaald zijn<sup>116</sup>. Wel laat het

---

<sup>106</sup> SERV, Commissie Diversiteit, *Advies Strategisch Gelijkekansen- en Diversiteitsplan Vlaamse overheid 2021-2025*, 12 januari 2021, 25 p., [https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/COMDIV\\_20210112\\_GKD-plan\\_2021-2025\\_ADV.pdf](https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/COMDIV_20210112_GKD-plan_2021-2025_ADV.pdf)

<sup>107</sup> Art. 3 § 1 KB 6 oktober 2005 houdende diverse maatregelen met betrekking tot de vergelijkende aanwervingsselectie en met betrekking tot de stage, *BS* 25 oktober 2005, zoals gewijzigd door KB 5 maart 2007 tot organisatie van de werving van personen met een handicap in het federaal administratief openbaar ambt, *BS* 16 maart 2007

<sup>108</sup> Art. 4 KB 6 oktober 2005.

<sup>109</sup> I. HACHEZ en J. RINGELHEIM, “Les actions positives”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 354.

<sup>110</sup> <https://fedweb.belgium.be/nl/nieuws/2018/tewerkstelling-personen-met-een-handicap-lichte-daling-2017>.

<sup>111</sup> <https://nl.metrotime.be/nieuws/slechts-vijf-federale-organisaties-hebben-voldoende-werknemers-met-een-handicap> (10 juli 2021).

<sup>112</sup> E. SAMOY, *Handicap en arbeid. Beleidsontwikkelingen*, 2014, 11, [www.researchgate.net/publication/269464279\\_HANDICAP\\_EN\\_ARBEID\\_Deel\\_II\\_Beleidsontwikkeling](http://www.researchgate.net/publication/269464279_HANDICAP_EN_ARBEID_Deel_II_Beleidsontwikkeling).

<sup>113</sup> C. BARNES en G. MERCER, “Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people”, *Work Employment and society*, 2005, 532-533.

<sup>114</sup> C. BARNES en G. MERCER, *o.c.* 537.

<sup>115</sup> J. RINGELHEIM, “La réception en droit belge de l’obligation d’aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés”, *JT* 2018, 310; M. FUCHS, “Quota Systems for Disabled Persons: Parameters, Aspects, Effectivity”, *Policy Brief March 2014*, Europe Centre for Social Welfare Policy and Research, 9p. <https://www.euro.centre.org/downloads/detail/1459>.

<sup>116</sup> Art. I 5 B.VI.Reg. houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid, *BS* 27 maart 2006 (Vlaams Personeelsstatuut). De Vlaamse overheid legt streefcijfers vast

Vlaams personeelsstatuut toe om aanwervingen te doen buiten een vacature en buiten een vergelijkend wervingsexamen waardoor men deze klip kan omzeilen. Maar deze uitzonderingsmogelijkheid blijft beperkt tot 1% van het personeelskader<sup>117</sup>. Is dit in strijd met de bovenvermelde principiële afwijzing van harde quota en maakt dit een vorm uit van ontoelaatbare “positieve discriminatie”? Niet noodzakelijk. Men kan immers stellen dat, vooral in diensten aan personen met een handicap, het een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan zijn dat de betrokkene “ervaringsdeskundige” is. Verder kan een werkgever bij profielvacatures ook in hoge mate anticiperen op mogelijke redelijke aanpassingen die sollicitanten met een beperking aanmoedigen. Dit illustreert hoeveel beleidsruimte er kan zijn bij het bepalen van een personeelsvacature<sup>118</sup>. Door het gericht definiëren van specifieke maar beroepsrelevante ervaringsvereisten wordt een specifieke selectie objectief verantwoord. Inzake aanwerving is er dus ruimte voor een werkelijk inclusief beleid bij de omschrijving van de profielvacatures en tijdens sollicitatiegesprekken. Maar dat impliceert een grotere transparantie en kritische reflectie over de aanwervingscriteria. Transparantie bij de aanwerving is alsnog geen algemeen rechtsbeginsel<sup>119</sup>, hoewel het discriminatierecht bij betwistingen de werkgevers toch tot steeds grotere transparantie inzake motivering dwingt<sup>120</sup>.

37. Sommige auteurs betwisten het nut van deze vorm van “positieve actie” omdat het te zeer gebonden is de specifieke context, m.a.w. het zou te individueel zijn<sup>121</sup>. Het klopt inderdaad dat men met deze vorm van positieve actie geen statistieken kan aanmaken en dat het effect niet echt zichtbaar of spectaculair is, maar precies deze individuele omschrijving van beroepsvereisten vergroot in hoge mate de beleidsmarge van de werkgever bij een voorkeursbehandeling. Gesteld dat er effectief een objectieve link kan gevonden worden met de functie in de praktijk, zal het voor iedere afgewezen kandidaat die niet voldoet aan de gestelde vereisten, bijzonder moeilijk zijn om aan te tonen dat men eigenlijk “beter gekwalificeerd” is. De methode komt er derhalve op neer effectief een voorkeursbehandeling door te voeren, maar dan steunend op objectieve criteria die verbonden zijn aan de functie. Ten slotte kan opgemerkt worden dat een diepgaande en kritische reflectie over de aanwervingscriteria in essentie bijdraagt tot een efficiënter werkgeversbeleid, zodat het niet enkel in het voordeel strekt van de beschermde doelgroepen.

---

voor vrouwen, personen met een handicap en personen van buitenlandse herkomst in navolging van art. 7 Decr. VI. 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, BS 26 juli 2002 (DEPA). Vlaamse overheden en intermediaire organisaties moeten actief meewerken aan de evenredige participatie en de gelijke behandeling en zijn verplicht om jaarlijks een voortgangsrapport en actieplan op te stellen die minstens streefcijfers en termijnen voor het behalen van die streefcijfers bevatten. De Vlaamse Overheid legt die streefcijfers vast in het vijfjaarlijks Strategisch Gelijkekansen- en diversiteitsplan 2016-2020 en het jaarlijks Gelijkekansen- en diversiteitsplan. (Voor handicap: 3%) Vlaams Diversiteitsambtenaar, dienst Diversiteitsbeleid, 7-10,

[https://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/media/documenten/personeel/diversiteit/Strategisch\\_meerjarenplan.pdf](https://overheid.vlaanderen.be/sites/default/files/media/documenten/personeel/diversiteit/Strategisch_meerjarenplan.pdf).

<sup>117</sup> Art. 15 § 3, 2° en § 4 lid B.VI.Reg. 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid, BS 27 maart 2006 dat stelt dat slechts bij *gelijkwaardigheid* van de kandidaten de voorrang wordt gegeven aan de kandidaat uit het doelgroepenbeleid. (Vlaamse Personeelsstatuut)

<sup>118</sup> Cf. aanbevelingen BCAPH, Begeleidingscommissie voor de aanwerving van personen met een handicap in het federaal openbaar ambt, *Evaluatieverslag 2021*, fedweb.belgium.be, p. 11-15.

<sup>119</sup> A. DE BECKER en L. NISSEN, “Transparantie in het overheidsoptreden- het transparantiebeginsel als autonoom rechtsbeginsel bij het overheidspersoneel”, in F. VANDENDRIESSCHE en C. CLEYNEN (eds.), *Transparantie in het overheidsoptreden*, Gandiaus-Kluwer, Mechelen, 2022, 45-59

<sup>120</sup> Cf. infra Hoofdstuk V, K (bewijs).

<sup>121</sup> O. DE SCHUTTER, “Positive Action” in D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford, Hart, 2007, 771.

### III. PARADIGMASHIFT

#### A. Van een medische naar een sociale definitie

38. In de wetgeving en rechtsleer kan men drie soorten definities terugvinden van handicap: de medische, de juridisch-administratieve en de sociaal politieke definities<sup>122</sup>. Medisch wordt een handicap beschouwd als een lichamelijke of verstandelijke afwijking van de “norm” of gewenste toestand, resultante van een ziekte, ongeval of aangeboren gebrek. De medische definitie focust op hulpverlening die de beperkingen geheel of gedeeltelijk wil remediëren en vertrekt vanuit intrinsieke lichamelijke, verstandelijke of psychologische afwijkingen of gebreken, d.w.z. wat van de fysische norm afwijkt<sup>123</sup>. Het socialezekerheidsrecht berust overwegend op het medische model<sup>124</sup>. Dit model is relevant om de financiële compensatie financieel te begroten en vergoedingen *in abstracto* te bepalen. Het is ook relevant om de beperkingen eventueel *ad personam* te verhelpen. Dit strookt met de traditionele doelstelling in het socialezekerheidsrecht (collectief) en in de geneeskunde (individueel)<sup>125</sup>. Het medische model beschouwt handicap als te genezen of te compenseren<sup>126</sup>.

39. In sociaal-politiek perspectief wordt de handicap beschouwd als een belemmering gerelateerd aan de fysieke en sociale omgeving<sup>127</sup>. Beleidsmatig komt dan de toegankelijkheid en de mobiliteit in de aandacht en verschuift de focus naar het arbeidsmarktbeleid. Ook volgens de World Health Organisation in de “*International Classification of Functioning, Disability and Health*” (ICF) moet handicap gezien worden als een participatieprobleem als resultante van medische of persoonlijke factoren<sup>128</sup>.

40. Het VRPH heeft de definitie van handicap verschoven van een medisch model naar een sociaal model<sup>129</sup>. Deze paradigmashift houdt in dat handicap niet meer te verklaren is vanuit het niet voldoen van het lichaam aan de maatschappelijke normen, maar vanuit de

---

<sup>122</sup> A. RAHME, *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 75.

<sup>123</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen*, Antwerpen, intersentia, 2003, 170-177.

<sup>124</sup> D. DUMONT, “Les allocations fédérales aux personnes handicapées: “dessine-moi une personnes handicapée””, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 459-492.

<sup>125</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 27.

<sup>126</sup> J.M. KAUFFMAN, “The social model of disability: dichotomy between impairment and disability”, *Journal of Medicine and Philosophy* 2013, 445.

<sup>127</sup> K. VAN DEN LANGENBERGH, *o.c.* 170-71.

<sup>128</sup> WORLD HEALTH ORGANISATION, *International classification of functioning, disability and health*, <http://www.who.int/classifications/icf/en/>, 1.

<sup>129</sup> UNITED NATIONS, *General Comment N°. 8 (2022) on the right of persons with disabilities to work and employment*, nrs. 1-8, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org); A.S. KANTER, *The Development of Disability Rights Under International Law. From Charity to Human Rights*, Londen, Routledge, 2015, 351p.; J. RINGELHEIM, “La reception en droit belge de l’obligation d’aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés”, *JT* 2018, 309-319; J. DAMMAME, “La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination”, *JEDH* 2013, 836-858; A. LEJEUNE en J. RINGELHEIM, “Workers with Disabilities Between Legal Changes and Persisting Exclusion: How Contradictory Rights Shape Legal Mobilization”, *Law & Society Review* 2019, 1-33; J. DAMMAME, “Projecteurs sur une notion énigmatique. Le ‘handicap’ en droit de l’égalité: spectre ou entonnoir ?” in I. HACHEZ et J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 132.

onaangepastheid van de sociale context tegenover de “beperkingen” (impairment) van een persoon<sup>130</sup>. Het sociale model legt meer de nadruk op structuren of omgevingsfactoren die maken dat een personen met een handicap worden uitgesloten van de samenleving<sup>131</sup>. Het legt de nadruk op sociale barrières en beschouwt het discriminatierecht als instrument om sociale exclusie te bestrijden<sup>132</sup>. Zoals voor andere discriminatiegronden zijn niet alleen financiële hinderpalen van belang, maar ook sociale vooroordelen en stereotypen die tot uitsluiting leiden<sup>133</sup>. Deze paradigmashift leidt onvermijdelijk tot de centrale onderzoeksvraag van dit artikel of de context die het arbeidsrecht aanreikt nog wel adequaat deze sociale inclusie via redelijke aanpassingen bevordert.

## B. Terminologische gevolgen

41. De verschuiving van het model blijft niet zonder gevolgen inzake de juridische terminologie<sup>134</sup>. De voortdurende drang naar nieuwe terminologie is ten dele ook te verklaren door de negatieve connotatie van handicap als tekortkoming in het traditionele medische model. Daarbij raakte ook de term “andersvaliden” uit de gratie<sup>135</sup>. Vanuit de organisaties van het middenveld wordt sterk aangedrongen om het woord “handicap” te vervangen door “beperking”. Terminologisch stelt er zich wel juridisch een probleem. Internationale en Belgische wetteksten en dus ook de rechtspraak spreken wel degelijk overwegend over “handicap”. Het negeren van deze terminologie in de Kaderrichtlijn en in de Grondwet<sup>136</sup> verdient geen aanbeveling. Bovendien houdt de sociale definitie van handicap wel degelijk in ruime mate rekening met “beperkingen” zodat het onderscheid relatief is. In een ruime definitie van handicap is de beperking al verdisconteerd als oorzaak van de handicap<sup>137</sup>. Wel dient men toe te geven dat in andere talen vaak de beperking al in de definitie is opgenomen: zo is “disability” is iets anders dan “handicap” in het Engels en ook het Duitse “Behinderung” verwijst naar een beperking.

## C. Kritiek op het sociale model

42. Kritische rechtsleer verwijt de rechtspraak dat het sociale model niet consequent wordt doorgetrokken, zodat het sociale model vaak veel lijkt op het oude medische model<sup>138</sup>. Andere

---

<sup>130</sup> X. DELGRANGE en V. GHESQUIERE, “Les aménagements raisonnables, des instruments obligatoires pour tendre vers l’égalité de traitement”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 322-343.

<sup>131</sup> S. VAN DAMME, “Recht op arbeid voor personen met een handicap. Het recht op redelijke aanpassingen als hoeksteen”, *NJW* 2015, 884.

<sup>132</sup> M. OLIVER, “Defining Impairment and Disability: issues at stake”, in E.F. EMENS en M.A. STEIN (eds.), *Disability and Equality Law*, Farnham, Ashgate, 2013, 3-18.

<sup>133</sup> A.S. KANTER, *The Development of Disability Rights Under International Law. From Charity to Human Rights*, Londen, Routledge, 2015, 50.

<sup>134</sup> I. HACHEZ, L. TRIAILLE en J. VRIELINK, “Dessine-moi des handicaps – Dessine-moi une société” I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 784; J. HUYS, “Begripsomschrijving van 'handicap' en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht”, *Soc.Kron.* 2009, 65-74.

<sup>135</sup> K. GOOSSENS, “De non-discriminatie van andersvaliden”, *Or.* 2005, 52.

<sup>136</sup> Grondwetsherziening 17 maart 2021, *BS* 30 maart 2021.

<sup>137</sup> Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 70-77.

<sup>138</sup> L. WADDINGTON, “Evolving Disability Policies: From Social Welfare To Human Rights”, *NQHR* 2001, vol. 19, (141-165) 142 en 162-163; N. BAMFORTH, M. MALIK en C. O’CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 975-976; G. MAUCEC, “Tackling disability-based discrimination in international and European law”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2013, 34-49; L. WADDINGTON, “Saying all the right things and still getting it wrong – The court of Justice’s Definition of Disability and non-discrimination law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2015, 587-590.

auteurs blijven sceptisch en wijzen erop dat het medisch model moet aangepast worden, maar niet kan worden afgeschreven<sup>139</sup>. Zo dringt Huys ook aan op de werkelijke erkenning van de “echte handicap” en die is onvermijdelijk in hoge mate medisch bepaald<sup>140</sup>. Lichamelijke beperkingen blijven relevant en de illusie dat verschillen tussen personen met een beperking en zonder beperking kunnen verdwijnen mag niet overheersen<sup>141</sup>.

43. Ook de belangenverenigingen van de personen met een handicap ontsnappen dus niet aan enige contradictie. Enerzijds wensen zij via “beperking” (sociale definitie) een ruimere toepassing van de antidiscriminatiewetgeving. Anderzijds wensen zij toch een focus op “echte handicap” (medische diagnose) en dat is toch nog iets anders dan “een gewone beperking”. Daarmee wordt een dubbele ambitie in het discriminatierecht duidelijk: enerzijds rekening houden met een ruime waaier van beperkingen en anderzijds toch ook vooral aandacht besteden aan personen met ernstige beperkingen. Deze dubbele focus is begrijpelijk, maar verdient ook wel een genuanceerde en gedifferentieerde aanpak.

44. Een te sterke uitbreiding van de categorie van beschermde werknemers met een handicap stelt nog andere problemen. Enerzijds dient men de realiteit van de ondernemingscontext voor ogen te houden. Het is immers niet mogelijk om steeds de werkvloer aan te passen zodat de werkgever iedere beperking kan opheffen<sup>142</sup>. Vooral bij de werknemers met zware beperkingen stellen zich de moeilijkste vragen inzake redelijke aanpassingen. Anderzijds zou een te ruime toepassing van het sociale model tot gevolg kunnen hebben dat bijna alle werknemers bescherming kunnen claimen. Indien men immers zoals AG Kokott stelt dat het afhangt van de vraag of er “.. *al dan niet sprake is van een belemmering voor de deelneming van het beroepsleven*”<sup>143</sup>, dan rijst de vraag of talrijke andere sociale factoren die niet altijd te maken hebben met de gezondheid eveneens als beperking kunnen ingeroepen worden. Iedere werknemer ervaart wel ergens een beperking. In extremis zouden zo ook werknemers met een bril of werknemers met beperkte digitale of taalkundige vaardigheden kunnen laten gelden dat ze “beperkt” zijn in de sociale omgang. Met dergelijke ruime interpretaties kunnen de werknemers die het meest nood hebben aan bescherming uit de focus verdwijnen en zou het debat banaliseren. Het is dus niet zonder risico dat men het medische aspect volledig laat vallen en zonder meer alle sociale of persoonlijke belemmeringen als beperkingen zou beschermen in het discriminatierecht.

45. Er dient evenwel benadrukt te worden dat in een genuanceerde visie het sociale model geenszins de toepassing van het medisch model uitsluit<sup>144</sup>. Integendeel: echte beperkingen vinden meestal een lichamelijke of psychische grondslag die men zonder twijfel als handicap

---

<sup>139</sup> J.S. BEAUDRY, “Beyond (Models of) Disability”, *Journal of Medicine and Philosophy* 2016, 212; A. D’ESPALLIER, *Redelijke aanpassingen, evenredigheid en rol van de rechter*, die Keure, Brugge, 2016, 71-77; T. SHAKESPEARE, “Critiquing the Social Model”, in E.F. EMENS en M.A. STEIN (eds.), *Disability and Equality Law*, Farnham, Ashgate, 2013, 67-91.

<sup>140</sup> J. HUYS, “Begripsomschrijving van “handicap” en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht”, *Soc.Kron.* 2009, 71; J. HUYS, “De weerslag van het tewerkstellingsbeleid ten aanzien van personen met een handicap in België op hun arbeidspositie in de open arbeidsmarkt: integratie of segregatie”, *BTSZ* 1991, 620.

<sup>141</sup> T. SHAKESPEARE, “Critiquing the Social Model”, in E.F. EMENS en M.A. STEIN (eds.), *Disability and Equality Law*, Farnham, Ashgate, 2013, 67-91.

<sup>142</sup> A. RAHME, *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 76.

<sup>143</sup> HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-338/11, ECLI:EU:C:2012:775, HK Danmark, concl. J. KOKOTT, punt 43.

<sup>144</sup> B. BYRNE, “Hidden contradictions and conditionality: conceptualisations of inclusive education in international human rights law”, *Disability & Society* 2013, 232-244; C. BARNES en G. MERCER, “Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people”, *Work Employment and society*, 2005, 527-545.

kan kwalificeren. Dit strookt met de realiteit waarbij het vaak makkelijker is een handicap *in concreto* te constateren dan wel abstract te definiëren, precies omdat de beperking ook variabel is met de functie en de context<sup>145</sup>.

46. Bij de sociale definitie van de notie “handicap” schuilt er ook bewijsrechtelijk een probleem. Dit probleem is juridisch zwaarwichtig, nu in de rechtspraak de werkgever vaak blijkt aan te voeren dat deze niet op de hoogte was van de beperking en dus ook geen redelijke aanpassingen hoefde te overwegen. Bewijsrechtelijk blijven medische attesten nuttig voor gerechtelijke procedures maar men dient toe te geven dat ze onvoldoende zekerheid bieden<sup>146</sup>. Medische definities en attesten uit de sociale zekerheid bieden geen zekerheid over de onaangepastheid aan het concrete werk<sup>147</sup> en zeker niet over redelijke aanpassingen<sup>148</sup>. Het doortrekken van het sociale model naar de juridische context is dus oorzaak van vele juridische kwalificatieproblemen. Het kan ook zijn dat de betrokken werknemer helemaal geen problemen vanwege de beperking ondervindt in zijn functie. De medische inschatting van het “verdienvermogen” van de persoon met een beperking uit het socialezekerheidsrecht berust trouwens op een vrij arbitraire inschatting die meer dan eens tot problemen leidt<sup>149</sup>. Ze steunen op een verouderd socialezekerheidsmodel uit de negentiende eeuw<sup>150</sup>. In die tijd was de fysieke geschiktheid van de werkmans wegens zware arbeid cruciaal. Thans leven we in heel andere (digitale) tijden, waar sommige werknemers met zware fysieke beperkingen toch bijzonder productief kunnen zijn (mits redelijke aanpassingen weliswaar).

47. Een tweede element inzake het onderscheid tussen ziekte en handicap betreft het aspect van “lange duur van de beperking”. Ook dit criterium van lange duur biedt geen zekerheid voor de rechtspraak. Immers: hoe definieert men “langdurig”? Zonder termijnen is dit voor de rechtspraak moeilijk af te bakenen. Niettemin is het onderscheid ook relevant, want indien de ongeschiktheid van relatief korte duur is, kan in vele gevallen niet van de werkgever verwacht worden dat deze veel tijd en kosten besteedt aan redelijke aanpassingen<sup>151</sup>. Deze transitieperiode dient dan ook beter opgevangen worden door loonwaarborg of sociale uitkeringen.

48. Het sociale model stelt dus juridische toepassingsproblemen. Het cumuleren van twee bijzonder vage en relatieve elementen in de definitie zoals “beperking” en “langdurig” waarbij geen strikte definitie mogelijk is, zet de deur open voor rechtsonzekerheid<sup>152</sup>. Daarmee is zeker niet gezegd dat het sociale model moet afgevoerd worden. Wat de balans

---

<sup>145</sup> In het socialezekerheidsrecht geldt als lang als klassiek voorbeeld de handicap van de pianist zonder pink. Misschien ongeschikt als pianist, maar wel geschikt voor de overgrote meerderheid aan andere functies.

<sup>146</sup> J. DAMAMME, “Des définitions du handicap”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 135-136.

<sup>147</sup> O.a. Arb. Brussel (Nl.) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235; Arbrb. Leuven 23 april 2015, AR 14/927.

<sup>148</sup> S. AERTS en R. JANVIER, “Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren”, *TSR* 2015, 101-180.

<sup>149</sup> J. VIANE, “Tekent mij een gehandicapt kind”, *BTSZ*, 1978, 154 e.v.; J. VAN LANGENDONCK, *Een andere kijk op sociale zekerheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 125 e.v.; F. FALEZ, “Une approche nouvelle des situations de handicap et leur implications en évaluation pour l’expert médicale”, *Soc.Kron.* 2019, 105-11; S. REMOUCHAMPS, “Les maladies professionnelles indemnisables: approches conceptuelle, théorique et pratique”, *Soc.Kron.* 2022, 509-548.

<sup>150</sup> W. VAN EECKHOUTTE, “The Unactivatability of the Long-Unemployed Worker”, *WikiSoc Blog*, 8 december 2022; V. VERVLIEET en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 653.

<sup>151</sup> Arb. Brussel (Fr.) 12 april 2021, *JTT* 2022, 26

<sup>152</sup> L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0, Gelijke monniken, gelijke kappen*, Intersentia, 2020, 130.

doet doorslaan in de richting van het sociale model is het onvermogen om via het medisch model adequaat sociale exclusie te diagnosticeren. Attesten constateren vooral beperkingen, maar bieden geen inclusie op de werkvloer (redelijke aanpassingen). Zij wijzen op niet meer kunnen, maar niet op wat nog wel zou kunnen. Concrete alternatieven afmeten aan een louter abstract medisch menselijk model staat dus ver af van de ondernemingsrealiteit die uitermate concreet en variabel is<sup>153</sup>, vooral in digitale en technisch hoogontwikkelde bedrijfsomgevingen. Dat verklaart allicht waarom de medische invalshoek van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer steeds meer te kort schiet, vooral wanneer die extern wordt aangetrokken waardoor deze de situatie op de werkvloer onvoldoende kan inschatten<sup>154</sup>. Het spreekt vanzelf dat een medicus vaak onvoldoende zicht heeft op de technische alternatieven op de werkvloer. Het arbeidsrecht kan zich voor meer rechtszekerheid niet wenden tot de medische wetenschap maar moet zelf de klus klaren. Ten gronde zal ook de arbeidsrechter dat nooit volledig kunnen inschatten, maar deze kan wel waken over een correcte uitvoering van een inspanningsverbintenis.

#### D. Nieuw sociaal paradigma: mensen aan het werk houden

49. De paradigmaverschuiving van medische naar sociale definitie van handicap valt ook samen met een ander paradigma in het arbeidsmarktbeleid. Steeds meer rijst de vraag of het arbeidsrecht niet meer moet bijdragen tot de actieve participatie op de arbeidsmarkt. De Europese Commissie wijst op een arbeidsparticipatiekloof van 36,3% tussen mensen met en zonder handicap te België. Het voormeld percentage is zorgwekkend, daar het ruim boven het EU-gemiddelde ligt van 24,3%<sup>155</sup>. In 2020 en 2021 is er vooralsnog een aanhoudend probleem van het gebrek aan participatie van personen met een handicap op de arbeidsmarkt<sup>156</sup>.

50. Deze maatschappelijke taak verschuiven naar ondernemingen die productiviteit en winst nastreven is niet zo evident als vele academici durven impliceren<sup>157</sup>, vooral niet in het licht van een internationale competitieve concurrentie en een beperkt aantal beschikbare jobs. Ook het VN-Comité bevoegd inzake de toepassing van het VRPH bevestigt dat een werkgever bij één vacature niet verplicht is andere potentiële vacante posten te onderzoeken<sup>158</sup>. Het impliceert immers een bijkomende kost en inspanning door private personen en ondernemingen ten bate van het algemeen welzijn. Dat maakt dat de overheid inzake sociale voorzieningen via soft law én hard law wel degelijk een belangrijke ondersteunende opdracht heeft<sup>159</sup>.

---

<sup>153</sup> Cf. over beroepsziekten: S. REMOUCHAMPS, “Les maladies professionnelles indemnifiables: approches conceptuelle, théorique et pratique”, *Soc.Kron.* 2022, 539-545

<sup>154</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (Fr.) 6 juli 2021, *Soc.Kron.* 2023, 90; K. NAERT en G. VAN LIMBERGHEN, “Externe diensten voor preventie en bescherming op het werk: werk aan de winkel”, *TSR* 2018, 573-597; V. VERVLIET en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 641-662

<sup>155</sup> Werkdocument van de diensten van de Commissie. Landrapport België 2022, Brussel, 23 mei 2022, SWD(2022) 602 final, 50.

<sup>156</sup> Statbel, *Personen met een handicap werken veel vaker deeltijds*, 2 december 2019, [www.statbel.fgov.be](http://www.statbel.fgov.be). Statbel, *Personen met een handicap of langdurig gezondheidsprobleem hebben minder autonomie in job*, 1 december 2020, [www.statbel.fgov.be](http://www.statbel.fgov.be); Statbel, *3 december, Internationale Dag van Personen met een handicap*, 2 december 2021, [www.statbel.fgov.be](http://www.statbel.fgov.be).

<sup>157</sup> F. PENNING, “The Responsibility of the Modern Enterprise in the Reduction of Sickness and the Promotion of Reintegration of Disabled Workers”, in F. PENNING, Y. KONIJN, A. VELDMAN (eds.), *Liber Amicorum Teun Jaspers, Social Responsibility in Labour Relations*, Wolters Kluwer, 2008, 223-238.

<sup>158</sup> CRPF/C/13/D/9/2012, Communication n° 9/2012, A.F. tegen Italië

<sup>159</sup> I. HACHEZ, “Le handicap à travers les sources du droit”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 23-43.



51. Hierbij dient men eveneens rekening te houden met de Belgische grondwettelijke bevoegdheidsverdeling zoals die meer bepaald door de zesde staatsvorming ingrijpend werd gewijzigd<sup>160</sup>. De Vlaamse Regering heeft in uitvoering van het Decreet betreffende het Vlaamse doelgroepenbeleid<sup>161</sup> daaraan uitvoering gegeven. Werkgevers verkrijgen recht op een ondersteuningspremie<sup>162</sup>. Blijkbaar werden in 2020 ongeveer 3600 personen begeleid in dergelijk traject<sup>163</sup>. Maar daarmee werd echter minder dan één procent van de doelgroep bereikt. Ook recent blijkt er niet veel vooruitgang en komt slechts tot 1,06%<sup>164</sup>, wat ook enige discussie opleverde in het parlement<sup>165</sup>. Verder dient verwezen te worden naar het Vlaamse Maatwerkdecreet, waarbij in principe de barrières tussen gewone en beschermde ondernemingen wordt opgeheven<sup>166</sup>. Dit sluit aan bij de geest van het VN-Verdrag aangezien personen met een beperking toegang moeten verwerven tot de reguliere arbeidsmarkt en niet mogen geïsoleerd worden binnen aparte ondernemingen (segregatie). Dat belet evenwel niet dat voor personen waarvoor de reguliere arbeidsmarkt nog steeds te hoog gegrepen is, inderdaad nog aparte ondernemingen actief mogen zijn indien dit noodzakelijk is om het recht op arbeid effectief te realiseren<sup>167</sup>. Kritische stemmen merken op dat het maatwerkdecreet alsnog op verschillende punten te kort schiet om de ambities waar te maken<sup>168</sup>.

52. Volledigheidshalve dient ook verwezen te worden naar de talrijke gewestelijke maatregelen om werklozen met een beperking naar werk toe te leiden<sup>169</sup>. In het bijzonder moet daarbij gewezen worden op de regeling van het Brussels Hoofdstedelijke Gewest (Phare)<sup>170</sup> en de bijzondere opdracht van de VDAB<sup>171</sup>. Al deze maatregelen kunnen tevens gedefinieerd worden als toegelaten zachte vormen van positieve acties in de ruime zin van het woord<sup>172</sup>. Aangezien het ook niet gaat om harde quota worden deze maatregelen meestal niet expliciet gedefinieerd als positieve actie, maar m.i. vallen ze wel degelijk onder de ruime definitie van positieve actie. Zachte positieve acties bedreigen geenszins andere bekwame kandidaten en dragen bijzonder bij tot de algemene welvaart door een grotere sociale inclusie. Dit beleid wordt niet verder besproken omdat de focus van het artikel ligt op het arbeidsrecht,

---

<sup>160</sup> J. RINGELHEIM, “La réception en droit belge de l’obligation d’aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés”, *JT* 2018, 310; J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie”, *TSR* 2003, 387-429; J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet”, in CGR (ed.) *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003 303-305.

<sup>161</sup> Decr. VI. 4 maart 2016 houdende het Vlaamse doelgroepenbeleid, *BS* 4 april 2016.

<sup>162</sup> B.VI.Reg. 10 juni 2016 tot uitvoering van het decreet van 4 maart 2016 houdende het Vlaamse doelgroepenbeleid, *BS* 28 juni 2016.

<sup>163</sup> VDAB, *Jaarverslag 2020*, Brussel, VDAB, p. 41; <https://www.vdab.be/Jaarverslag-2020.pdf>.

<sup>164</sup> BCAPH, Begeleidingscommissie voor de aanwerving van personen met een handicap in het federaal openbaar ambt, *Evaluatieverslag 2021*, [fedweb.belgium.be](http://fedweb.belgium.be).

<sup>165</sup> Cf. Voorstellen minister DE SUTTER en vraag E. SAMYN, *Vr. en Antw.*, Kamer, 5 juli 2023, nr 55-139. Voor concrete toepassing reeds: vacatures FOD Sociale Zekerheid: <https://werkenvoor.be/nl/jobs/cng23053-talenten-met-dat-tikkeltje-extra-master-niveau-mvx>.

<sup>166</sup> Cf. o.a. S. KEUNEN, “Hervorming van de sociale economie: een werk op (collectieve) maat”, *TSR* 2016, 45-85.

<sup>167</sup> G. DE BECO, “Het recht op arbeid voor personen met een handicap volgens artikel 27 van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap met een toepassing in Vlaanderen”, *BTSZ* 2013, 567-589, vooral 577-579.

<sup>168</sup> H. GHYS, “Maatwerkdecreet: te verwelkomen, maar onvolkomen”, *Juristenkrant* 5 april 2023, afl. 467, p. 6.

<sup>169</sup> J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie”, *TSR* 2003, 387-429.

<sup>170</sup> Phare: Service Personnes Handicapées Autonomie Recherche; B.Br.Reg. betreffende de activeringsmaatregelen van de werkzoekenden, 14 september 2017, *BS* 21 september 2017.

<sup>171</sup> B.VI.Reg. 7 februari 2017 tot uitvoering van het Maatwerkdecreet, *BS* 18 april 2017.

<sup>172</sup> Cf. supra hfdst. II.D.7 zachte positieve acties.

maar ook dit ontsnapt niet aan de vraag of de link tussen beleid en arbeidsrecht wel voldoende stevig is gelegd.

53. Het aantal langdurig arbeidsongeschikten in de Belgische sociale zekerheid blijft stijgen. Thans ligt het aantal boven de 500.000<sup>173</sup>. Waar deze personen lange tijd nog verborgen bleven in diverse sectoren van de sociale zekerheid zoals in de werkloosheidsverzekering en waar zij zachtjes uitgerangeerd werden via brugpensioenen komen zij nu steeds meer in de statistieken terecht. Dit hangt uiteraard samen met het versterkte activeringsbeleid in sectoren van de sociale zekerheid<sup>174</sup>. De bestaande mechanismen om de beperkt arbeidsongeschikten te ondersteunen vanuit de sociale zekerheid lijken evenwel minder succesvol<sup>175</sup>. Men kan zich afvragen of het “dweilen met een open kraan” is in de sociale zekerheid. De lekkende kraan situeert zich via ontslagen wel degelijk in het arbeidsrecht. Zoals de OESO opmerkt kan dit stoppen indien werkgevers hetzij strenger aangepakt worden, hetzij meer financiële incentives krijgen om werknemers na ziekte terug aan het werk te zetten<sup>176</sup>. Ook het collectief overleg mag wat geactiveerd worden<sup>177</sup>. Die paradigmaverschuiving van individuele ondersteuning van werknemers via het individueel arbeidsrecht is niet evident, maar onvermijdelijk in het licht van nieuwe tendensen in de sociale relaties<sup>178</sup>. Mensen aan het werk houden blijft dan ook de boodschap<sup>179</sup>. Uitzonderlijk vinden we ook een echo terug in de rechtspraak<sup>180</sup>. Het meest efficiënt blijkt te zijn om zoveel mogelijk de tewerkstelling maar niet de arbeidsovereenkomst te behouden voor personen met een beperking<sup>181</sup>. Dat is de opdracht van het arbeidsrecht en niet van het socialezekerheidsrecht<sup>182</sup>. Een toepassing vindt men in het arrest Bedi van het Hof van Justitie<sup>183</sup>: ook wanneer de gehandicapte werknemer recht heeft op vervroegd pensioen, laat dit nog niet toe om de betrokkene uit te sluiten van overbruggingsvergoedingen die toelaten om terug een plaats te vinden op de arbeidsmarkt. Een gehandicapte werknemer heeft immers evenveel recht als een modale werknemer om een plaats te zoeken op de arbeidsmarkt, te meer daar vervroegd pensioenen in de regel een inkomensval veroorzaken.

54. Ondertussen heeft de wetgever daarom ingegrepen en neemt de druk op werkgevers toe. Enerzijds werd de taak van de invaliditeitsverzekeraar om de langdurig zieke werknemer te begeleiden aangescherpt<sup>184</sup>. Anderzijds werden werkgevers inderdaad in beperkte mate

---

<sup>173</sup> RIZIV, *Verklarende factoren met betrekking tot de stijging van het aantal invaliden Werknemersregeling en regeling der zelfstandigen Periode 2007-2016*, Brussel, 2016, [https://www.riziv.fgov.be/SiteCollectionDocuments/studie\\_du\\_verklarende\\_factoren\\_invaliditeit\\_2007\\_2016.pdf](https://www.riziv.fgov.be/SiteCollectionDocuments/studie_du_verklarende_factoren_invaliditeit_2007_2016.pdf) (2 januari 2020)

<sup>174</sup> D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question. Une étude critique de la contractualisation des prestations sociales en droit belge de l'assurance chômage et de l'aide sociale*, Brugge, die Keure, 2012, 613 p.

<sup>175</sup> Cf. P. PALSTERMAN, “Observations”, noot onder Cass. 18 mei 2015, *Soc.Kron.* 2018, 411-412.

<sup>176</sup> OECD, *Fit Mind, Fit Job. Form Evidence to Practice in Mental Health and Work*, Parijs, OESO, 2015, 121.

<sup>177</sup> T. DE CANG “Back to work: het collectief overleg als hefboom naar een humaan re-integratiebeleid”, *Soc.Kron.* 2018, 128-134; J. WOUTERS, “Re-integratietraject 2.0: toepasbaar voor arbeidsongeschikte personeelsleden in het onderwijs”, *Brandpunt*, 2023, 18-19; M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 592-593.

<sup>178</sup> B. VALKENBURG, “Individualization and Solidarity: the Challenge of Modernization”, in P. LEISINK e.a. (eds.), *The Challenges to Trade Unions in Europa*, Cheltenham, Edward Elgar, 1996, 89-104.

<sup>179</sup> V. VERVLIEET en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 641-662.

<sup>180</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 6 juli 2021, *Soc.Kron.* 2023, 90.

<sup>181</sup> D. CACCAMISI, “Le trajet de réintégration des travailleurs en incapacité de travail: un aperçu de la réforme et de ses conséquences sur la force majeure médicale”, *Ors.* 2018, 2-3.

<sup>182</sup> D. CACCAMISI, *o.c.*, *Ors.* 2018, 2-3.

<sup>183</sup> HvJ 19 september 2018, C-312/17, Bedi, ECLI:EU:C:2018:734.

<sup>184</sup> W. 12 december 2021 tot invoering van het "Terug Naar Werk-traject" onder de coördinatie van de "Terug

geresponsabiliseerd door een specifieke trimestriële werkgeversbijdrage van 0,625 % op de bijdrageplichtige lonen van de onderneming. Deze plicht betreft evenwel alleen ondernemingen met gemiddeld minstens 50 werknemers waarvan het aantal werknemers dat in invaliditeit treedt substantieel hoger is dan het gemiddelde in de activiteitensector én in de private sector in het algemeen<sup>185</sup>. De werkgevers worden tussentijds proactief op de hoogte gehouden zodat zij via knipperlichtsignalen worden verwittigd indien hun ratio ongunstig evolueert<sup>186</sup>.

## E. Impact van het paradigma op het arbeidsrecht

55. Voor het discriminatierecht in het algemeen en voor discriminatie op grond van handicap in het bijzonder kan het belang van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie niet onderschat worden<sup>187</sup>. Het Hof van Justitie bevestigt herhaaldelijk dat artikelen 20 en 21 van dit Handvest rechtstreekse horizontale werking hebben<sup>188</sup>. Derhalve worden dus ook de private arbeidsrelaties in de lidstaten geraakt en de nationale rechtscolleges moeten interne wettelijke bepalingen eventueel terzijde stellen om het Unierecht correct toe te passen. Zelfs interne grondwettelijke beperkingen kunnen de toepassing van het Unierecht niet verhinderen<sup>189</sup>. Dit houdt dan ook in dat het discriminatieverbod een belangrijk effect inhoudt voor privaatrechtelijke relaties<sup>190</sup>. De toepassing van het Handvest gaat verder dan alleen het arbeidsrecht, zoals blijkt uit arresten van het Hof inzake rijbewijzen<sup>191</sup> en inzake steun voor handicap bij vervroegde pensionering<sup>192</sup>. Ook de publiekrechtelijke statuten ontsnappen niet aan de toepassing<sup>193</sup>. De kwalificatie van grondrecht in combinatie met de toepassing van artikel 288 derde lid VWEU dat lidstaten verplicht om effectieve uitvoering te geven aan het Unierecht, leidt ertoe dat het Hof zich kan uitspreken over het nationale recht, zelfs op punten waar het Unierecht in principe een ruime marge laat aan de lidstaten<sup>194</sup>. Via het discriminatierecht is het paradigma duidelijk doorgedrongen in het Belgische arbeidsrecht, wat de talrijke rechtspraak verklaart.

## F. Botsing van grondrechten

56. Het is misschien niet populair in het discriminatierecht eraan te herinneren dat niet alleen werknemers fundamentele rechten hebben. Men moet zich evenwel hoeden voor een eenzijdige benadering vanuit individuele fundamentele werknemersrechten die de economische realiteit miskent<sup>195</sup>. In onze sociaal gecorrigeerde markteconomie ontkomt men niet aan het

---

Naar Werk-coördinator" in de uitkeringsverzekering voor werknemers, *BS* 17 december 2021.

<sup>185</sup> Programmawet van 27 december 2021, *BS* 31 december 2021.

<sup>186</sup> M. VANHEGEN, *Nieuwsbrief Arbeidsrecht* Instituut voor Arbeidsrecht KULeuven, nr. 2022/1.

<sup>187</sup> B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, "L'influence du droit européen sur le droit de la fonction publique belge", *TSR* 2015, 211-263.

<sup>188</sup> HvJ 9 maart 2017, C-406/15, Milkova, ECLI:EU:C:2017:198, punt 64.

<sup>189</sup> Vooral voor Duitsland niet evident: HvJ 17 april 2018, C-414/16, Egenberger ECLI:EU:C:2018:257; ten gronde BAG 20 februari 2019, ECLI:DE:BAG:2019:200219.U.2AZR746.14.0.

<sup>190</sup> K. LENAERTS, "L'invocabilité du principe de non-discrimination entre particuliers", in *Le droit du travail au XXI<sup>e</sup> siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez*, Larquier, Brussel, 2015, 89-105.

<sup>191</sup> HvJ 22 mei 2014, C-356/12, Glatzel, ECLI:EU:C:2014:350.

<sup>192</sup> HvJ 19 september 2018, C-312/17, Bedi, ECLI:EU:C:2018:734

<sup>193</sup> HvJ 9 maart 2017, C-406/15, Milkova, ECLI:EU:C:2017:198; L. VENY, "De Wet Bestrijding Discriminatie in de ambtenarij", in M. DE VOS en E. BREMS (eds.) *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 107-149; S. AERTS en R. JANVIER, "Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren", *TSR* 2015, 101-180.

<sup>194</sup> Cf. o.a. HvJ 14 mei 2019, C-55/18, CCOO v. Deutsche Bank, ECLI:EU:C:2019:402

<sup>195</sup> A.V. MICHAUX, S. GERARD, S. SOTTIAUX, "Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (CCT n° 109)", *TSR* 2018, 396.

werkgeversgezag als fundamenteel beginsel van de arbeidsrelatie<sup>196</sup>, zij het dat die wel in hoge mate beperkt wordt in het dwingende arbeidsrecht<sup>197</sup>. Maar ondanks alle sociale verplichtingen dient een onderneming rendabel te blijven, niet alleen in het belang van de kapitaalverstrekkers maar ook in het belang van de werknemers die best hun job niet verliezen in een financieel debacle. Men kan daarom moeilijk werkgevers verplichten om werknemers in dienst te houden die veelvuldig en langdurig afwezig zijn indien de kwaliteit van hun werk of wanneer de productie zelf aangetast wordt. De discriminatiewetgeving strekt niet zover dat deze werknemers niet meer kunnen ontslagen worden<sup>198</sup>. Men ontkomt ook niet aan de vaststelling dat talrijke afwijzingen van de discriminatievorderingen in de rechtspraak wel degelijk steunen op het aanvaarden van dit werkgeversgezag om de productiviteit in stand te houden. Dit houdt inherent verband met het feit dat arbeidsrechtspraak steeds “marginaal” kan oordelen en zich nooit volledig in de plaats stellen van het beleid van de werkgever. De oorzaak van deze marginale toetsing ligt niet zozeer in rechtstheoretische grondslagen, maar in de feitelijke onmogelijkheid om alle technische aspecten en alternatieven in een concreet juridisch debat mee te nemen. Daarmee blijft de plicht tot redelijke aanpassingen dan ook steeds een inspanningsverbintenis en geenszins een resultaatverbintenis. Bij de hierna volgende analyse van de Belgische rechtspraak zal blijken dat dit vaak doorweegt in de rechtspraak, zij het niet altijd expliciet, wat uiteraard enige frustratie kan veroorzaken bij de uitgesproken voorstanders van sociale inclusie, die moeite hebben met de realiteit op de werkvloer. Daarmee wordt de doelstelling van sociale inclusie niet ondergraven. Integendeel maakt de kritische analyse van werkgeversbeleid mogelijk dat dit gezuiverd wordt van vooroordelen die geen economische grondslag vinden. “Discretionair” is het werkgeversgezag al lang niet meer en de tijd dat de werkgever op diens woord werd geloofd ligt al ver in het verleden.

57. In het Handvest van Grondrechten van de Unie wordt het werkgeversgezag erkend in artikel 16. Hoewel dat artikel niet altijd uitdrukkelijk wordt ingeroepen, roepen werkgevers frequent economische, technische, organisatorische of productieredenen in die in essentie op deze economische vrijheid teruggaan<sup>199</sup>. Niettemin behoort het tot de sociale functie van het arbeidsrecht om te zorgen voor een correcte balans tussen werkgevers- en werknemersrechten, zoals artikel 16 van het Handvest zelf bondig weergeeft.

58. Het recht van de werkgever is wel degelijk begrensd door de fundamentele rechten van de werknemer, zoals uitgedrukt in het discriminatieverbod in artikel 21 van het Handvest en meer specifiek ook artikel 26 dat het recht op integratie van personen met een handicap erkent. Artikelen 27 e.v. van het Handvest en meer bepaald artikel 30 beschermen de werknemers tegen kennelijk onredelijk ontslag. Er is wel degelijk een grondrecht om de ontslagreden te vernemen<sup>200</sup>. Opgemerkt dient te worden dat de Nederlandse tekst (kennelijk) wel heel restrictief is in vergelijking andere talen waar zonder veel problemen de redelijkheid van het ontslag wordt vooropgesteld<sup>201</sup>. De Franse tekst vermeldt “*tout licenciement injustifié*”<sup>202</sup>. Het is nog wachten op een gerechtelijke beslissing die deze “taalkwestie”

---

<sup>196</sup> Cf. o.a. Sociaal Pact 24 april 1944, [https://www.canonsociaalwerk.eu/1944\\_Achiel\\_van\\_Acker](https://www.canonsociaalwerk.eu/1944_Achiel_van_Acker).

<sup>197</sup> Ten overvloede wordt hierbij verwezen naar het proefschrift en de talrijke publicaties van P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 420 p.

<sup>198</sup> Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik 3 maart 2022, 20/475/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Brussel (Fr.) 17 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>199</sup> HvJ 14 mei 2019, C-55/18, CCOO v. Deutsche Bank, punt 35, ECLI:EU:C:2019:402.

<sup>200</sup> W. VAN EECKHOUTTE, “Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag”, *TSR* 2015, 661-665.

<sup>201</sup> L. BERGENEREZ, “Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?”, *Oriëntatie* 2010, 97.

<sup>202</sup> L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement et le licenciement abusif devaient être traités

inhoudelijk gevolgen geeft, nu ook Nederland de notie “kennelijk” heeft geschrapt en in 1997 vervangen door een algemene redelijkheidstoets<sup>203</sup>. Dit komt omdat men er in Nederland reeds langer van overtuigd is dat de redelijkheidstoets in het arbeidsrecht in essentie steeds een marginale toetsing impliceert, waar men dit in België graag benadrukt door de “kennelijkheid” te herhalen, wat niet altijd betekent dat de Belgische rechtspraak zich meer terughoudend zou opstellen<sup>204</sup>. Ten slotte dient opgemerkt te worden dat het nieuwe artikel 5.69 van het nieuwe Belgische Burgerlijk Wetboek Verbintenissen het “kennelijke” in het rechtsmisbruik heeft laten schrappen en het gewoon heeft over een redelijk en voorzichtig persoon<sup>205</sup>. Deze terminologie hoeft geen problemen op te leveren nu het referentiebegrip zelf een beleidsruimte inhoudt, wat men rechtstreeks kan steunen op het evenwicht der grondrechten en op de inhoudelijke beperkingen van ieder juridisch debat.

59. De directe horizontale werking van individuele mensenrechten binnen de arbeidsverhouding wijkt af van de traditionele visie op het arbeidsrecht, dat vooral gepercipieerd wordt als een dwingend recht dat de principiële vrijheid van de werkgever beperkt door wetgeving en sociaal overleg. De botsing tussen fundamentele werkgeversrechten en fundamentele werknemersrechten impliceert een delicate afweging van wederzijdse belangen, waarbij de vraag rijst wat doorweegt en in welke omstandigheden de werkgever alsnog ontslag mag geven en hoever de bescherming precies reikt. In het kader van het behoud van de concurrentiële capaciteit van de ondernemingen op Europees vlak is het trouwens van bijzonder belang dat het discriminatierecht ingebed blijft in een Unierechtelijke context. Maar de vraag naar de redelijkheid van de financiële offers die aan de sociale inclusie verbonden zijn en ten laste komen van de werkgevers kan wegen op de financiële situatie van werkgevers. Dit verklaart allicht waarom het Hof van Justitie veel ruimte laat voor nationale rechters en nationale wetgevers<sup>206</sup>. Sommige auteurs zijn daarover ontgoocheld omdat daarmee opnieuw het financiële aspect wordt binnengebracht in een juridisch debat<sup>207</sup>, maar toch kan men ook begrip opbrengen voor het feit dat Hof aarzelt om lidstaten en nationale solidariteit te veel te belasten nu talrijke vraagstukken nauw verbonden blijven met de financiering en die bevoegdheid ligt bij de wetgevers. Zoals eerder gesteld is het niet evident om een taak van algemeen belang volledig door te schuiven naar private werkgevers als deze niet ondersteund worden in een concurrentiële internationale omgeving. Er is ook niets mis met de arbeidsrechtspraak die in het discriminatierecht graag aansluit bij collectief overleg en de realiteit op de werkvloer voor zover die de discriminatietoets kan doorstaan<sup>208</sup>. Het begrip

---

dans le cadre de la loi introduisant un statut unique”, *JT* 2014, 378 e.v.

<sup>203</sup> Voor een beknopte geschiedenis over de vervangen van het oude artikel 1639s BW door het nieuwe art. 7.681 BW: W.H. BOUWENS, “Kennelijk onredelijk ontslag in historisch perspectief”, <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/961131/Kennelijk+onredelijk+ontslag>; A.R. HOUWELING (ed.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag, Boom, 2020, 21-158.

<sup>204</sup> S. REMOUCHAMPS, “Refus du plan de réintégration: conditions, contrôle judiciaire et discrimination fondée sur le handicap”, *Soc.Kron.* 2023, 70-74.

<sup>205</sup> Nieuw Art. 5.73. BW “Uitvoering te goeder trouw en verbod van rechtsmisbruik Een contract moet te goeder trouw uitgevoerd worden.

*Krachtens het eerste lid: 1° moet elk van de partijen zich bij de uitvoering van het contract gedragen zoals een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst; 2° mag niemand misbruik maken van de rechten die hij aan het contract ontleent. Elke afwijking van dit artikel wordt voor niet-geschreven gehouden.”*

<sup>206</sup> S. VAN RAEPENBUCH, “L’horizontalité des principes sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Union européenne: un miroir aux alouettes ou une avancée significative”, in *Le droit du travail au XXI<sup>e</sup> siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez*, Larcier, Brussel, 2015, 107-129.

<sup>207</sup> L. WADDINGTON, “Pas suffisamment handicapé: comment les cour européennes filtrent les actions en discrimination par une application étroite de la notion de handicap”, *JEDH* 2015, 11.

<sup>208</sup> Cf. o.a. Arbrb. Brussel (Fr.) 25 juni 2009, *JTT* 2009, 398: waarbij werknemers die meer dan twee jaar afwezig zijn worden uitgesloten van een productiviteitsbonus.

“autonomie van het sociaal recht” is geen inhoudsloos begrip. Tot de sociale taak van de vakorganisaties behoort om jobs zoveel mogelijk te redden tegen kwalitatieve voorwaarden, ook al impliceert dit dat zij soms toegevingen moeten doen, waarbij het de rechtspraak toekomt deze balans van grondrechten te bewaken.

## IV. HET UNIERECHT

### A. VRPH en het Unierecht

60. Zoals vermeld rees met de Europese Kaderrichtlijn meteen de vraag naar de definitie van handicap. In een eerste arrest stelde het Hof categorisch dat handicap niet gelijkgesteld kan worden aan ziekte. Het Hof kon niet anders dan de gestelde vraag beantwoorden, maar maakte uitdrukkelijk een voorbehoud voor een betere vraag<sup>209</sup>. In zoverre de Kaderrichtlijn ziekte niet vermeldt als discriminatiegrond zou een positief antwoord van het Hof een duidelijke bevoegdheidsoverschrijding uitmaken<sup>210</sup>. Dergelijk rechterlijk activisme zou het Hof kwalijk genomen worden<sup>211</sup>. Het VRPH zorgde daarentegen nadien voor een gewenste en grondige paradigmashift die ook grote impact heeft op het Belgische arbeidsrecht<sup>212</sup>. (cf. supra III. Paradigmashift).

61. In 2012 oordeelde het Hof dat het begrip “handicap” voor de toepassing van de Kaderrichtlijn gelezen in het licht van het VRPH moet worden opgevat als een beperking die het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Nadien heeft het Hof dit herhaaldelijk bevestigd<sup>213</sup>. Ook het Mensenrechtenhof sloot zich aan bij deze ruime interpretatie van de notie handicap. Het oordeelde dat het ontslag van een seropositieve werknemer op vraag van zijn collega’s een discriminatoir ontslag uitmaakt<sup>214</sup>. Nu de strikt medische definitie gerelativeerd werd, blijft er toch een fundamenteel verschil tussen ziekte en handicap in de rechtspraak van het Hof<sup>215</sup>. Men kan daaraan niet ontkomen, gelet op de duidelijke bewoordingen van de Kaderrichtlijn, maar zoals opgemerkt stelt de vraag zich anders in de Belgische arbeidsrechtelijke context, waar ook “gezondheidstoestand” als beschermd criterium werd binnengebracht. Daarom wordt de Belgische rechtspraak apart besproken. (cf. infra hoofdstuk V) Niettemin is een korte samenvatting van de rechtspraak van het Hof gepast, nu de Belgische rechtspraak in zeer hoge mate rekening houdt met de Unierechtspraak en er overvloedig naar verwijst.

---

<sup>209</sup> HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacon Navas, ECLI:EU:C:2006:456.

<sup>210</sup> Id. Punt 46.

<sup>211</sup> M. VANDERSTRAETEN, “Définir, c’est exclure: le cas du handicap”, *R.I.E.J.*, 2015/1, 91-108.

<sup>212</sup> A. D'ESPALLIER, *Redelijke aanpassingen, evenredigheid en rol van de rechter*, die Keure, Brugge, 2016, 59-79; D. CUYPERS en S. VAN DAMME, “Het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap: bron van inspiratie voor het Unierecht en het Belgisch sociaal recht?” *TSR* 2014, 53-89; I. HACHEZ, L. TRIAILLE en J. VRIELINK, “Dessine-moi des handicaps. Dessine moi une société”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 783-812.

<sup>213</sup> HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, Ring en Skouboe Werge, ECLI:EU:C:2013:222, punten 37-39; HvJ 4 juli 2013 C-312/11, Commissie/Italië, EU:C:2013:446, punt 56; HvJ 18 maart 2014, C-363/12, Z., ECLI:EU:C:2014:159, punt 76; HvJ 22 mei 2014, C-356/12, Glatzel, ECLI:EU:C:2014:350, punt 42; HvJ 9 maart 2017, C-406/15, Milkova ECLI:EU:C:2017:198, HvJ 21 oktober 2021, C- 824/19, TC en UB, ECLI:EU:C:2021:862, punt 39.

<sup>214</sup> EHRM 3 oktober 2013, nr. 552/10, I.B. t. Griekenland.

<sup>215</sup> S. REMOUCHAMPS, “Force majeure, handicap présumé et obligation de reclassement ? Commentaire C.trav. Liège 26 ovember 2018”, *Soc.Kron.* 2020, 3.

## B. Niet elke beperking is een handicap

62. In het arrest Kaltoft stelde het Hof dat morbide obesitas<sup>216</sup> in aanmerking komt voor een toepassing van het discriminatieverbod, maar liet het aan de nationale rechter om verder te onderzoeken of dit wel effectief het geval was<sup>217</sup>. Op te merken valt dat de rechter ten gronde de werkgever gelijk gaf omdat niet was aangetoond dat Kaltoft was ontslagen wegens zijn handicap<sup>218</sup>. Deze was immers regelmatig afwezig en minder functioneel, precies wegens een misgelopen maagverkleining en dat is, ook naar Belgisch recht, een ander probleem wegens de impact op de werking van de onderneming. Morbide obesitas kan wel als een chronische aandoening omschreven worden, maar is niet noodzakelijk een handicap<sup>219</sup>. Zelfs indien obesitas als handicap gekwalificeerd kan worden impliceert dit nog geen onbeperkt recht op redelijke aanpassingen. Zo oordeelde in Nederland een rechter dat er ook in het geval van morbide obesitas grenzen kunnen zijn aan de inspanningsverplichting van de werkgever<sup>220</sup>.

63. In het arrest Z. oordeelde het Hof dat ook onvruchtbaarheid (*in casu* het niet beschikken over een uterus) nog geen handicap uitmaakt<sup>221</sup>. In deze zaak had de moeder met een kind via draagmoederschap geen recht op moederschaps- of adoptieverlof, zodat zij zich gediscrimineerd voelde op grond van haar handicap. Ook hier oordeelde het Hof dat het geen discriminatie betrof aangezien haar situatie niet te vergelijken was met de door de wet geregelde verloven. De onvruchtbaarheid was niet van aard om de tewerkstelling te beletten of te beperken. Kritiek op eventuele gemiste kansen vanwege het Hof lijkt dan ook ongepast, nu het Hof niet vermag activistisch als wetgever op te treden inzake verlofstelsels<sup>222</sup>, al zou men mogen verwachten van het Hof dat het deze beperkte rol ook explicieter zou vermelden in de motivering en niet alleen via restrictieve interpretaties van bestaande rechtsregels.

64. Het hoeft geen verwondering dat het Hof moest terugkomen op het onderscheid tussen ziekte en handicap. In het arrest Daoudi<sup>223</sup> stelde het Hof dat het feit dat de betrokkene als gevolg van een arbeidsongeval voor onbepaalde tijd arbeidsongeschikt is, op zich niet betekent dat de functiebeperking van die persoon kan worden aangemerkt als „langdurig” in de zin van de definitie van „handicap” als bedoeld in die richtlijn, gelezen in het licht van het VRPH. Wel is er sprake van handicap wanneer er op de datum van de beweerdelijk discriminerende handeling geen duidelijk vooruitzicht bestaat op een beëindiging op korte termijn van de ongeschiktheid van de betrokkene. Bij de toetsing van dat langdurige karakter moet de verwijzende rechter zich baseren op alle objectieve gegevens waarover hij beschikt, in het bijzonder op documenten en attesten betreffende de toestand van die persoon die zijn opgesteld op basis van de medische en wetenschappelijke gegevens.

## C. Bijzonder voorrecht?

---

<sup>216</sup> BMI van 40 of meer, of een BMI vanaf 35 in combinatie met gezondheidsproblemen.

<sup>217</sup> HvJ 18 december 2014, C-354/13, Kaltoft, ECLI:EU:C:2014:2463 ECLI:EU:C:2014:2463

<sup>218</sup> S.N. PEDERSEN en M. BOESEN, “Denmark: Judgment in the Kaltoft case regarding whether obesity can be considered as a handicap”, <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/denmark/judgment-in-the-kaltoft-case>

<sup>219</sup> H.C.K. SENDEN, Noot onder het arrest Kaltoft HvJ 18 december 2014, *NJ* 2015, 162-163.

<sup>220</sup> Ktr. Tilburg 5 oktober 2010, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2011/289.

<sup>221</sup> HvJ 18 maart 2014, C-363/12, Z., ECLI:EU:C:2014:159 ECLI:EU:C:2014:159,

<sup>222</sup> In dezelfde zin: EHRM 5 januari 2016, nr. 34655/14, Radi en Ghergina t. Roemenië.

<sup>223</sup> HvJ 1 december 2016 C-395/15, Daoudi, ECLI:EU:C:2016:917.

65. In volgende arresten verschuift de aandacht naar indirecte discriminatie wegens ontslag op grond van herhaalde afwezigheid, zoals in het arrest Conejero<sup>224</sup>. Hierbij werd de vraag gesteld of de afwezigheid die het gevolg is van handicap toch als grond mag dienen tot ontslag. Het Hof beantwoordde de vraag bevestigend, maar stelde wel dat de economische omstandigheden voldoende zwaarwichtig moeten zijn en dat de ontslagbescherming slechts beperkt mag worden voor zover dat onvermijdelijk is. Daarmee werd zonder twijfel de notie van “legitieme ontslagredenen” geïntroduceerd.

66. In de zaak DW bevestigt het Hof deze rechtspraak<sup>225</sup>. Mevrouw DW leed aan epicondylitis<sup>226</sup>. Naar Spaans recht werd dit gekwalificeerd als een beroepsziekte, waarbij tevens rekening werd gehouden met verergering door angststoornis. De aandoening is trouwens ook in België erkend als beroepsziekte<sup>227</sup>. Dat heeft tot gevolg dat ze een nieuwe functie krijgt waarbij zij minder gezondheidsrisico's loopt en voortaan ingezet wordt voor de verwerking van kleine buizen, waarbij minder beweging noodzakelijk is. De Spaanse sociale inspectie merkt evenwel op dat deze aanpassing onvoldoende was en stelde zelfs een sanctie voor wegens het onaangepaste werk rekening houdende met de ergonomische risico's en de risico's voor het musculoskeletaal stelsel. De werkgever gaat echter over tot een herstructurering met ontslagen waarbij vier objectieve criteria worden vastgesteld, te meten over het jaar 2016: werkzaam zijn in de assemblage en vormgeving van buizen, een productiviteit van minder 95 %, een lage multi-inzetbaarheid en een hoog ziekteverzuim. Zowel inzake productiviteit als inzake ziekteverzuim scoort de werkneemster zeer slecht (ver onder de gestelde criteria). De meting wordt als zodanig niet betwist en zij wordt samen met negen andere werknemers die “slecht scoren” ontslagen.

67. In een antwoord op de eerste vraag bevestigt het Hof de vorige rechtspraak inzake de ruime interpretatie van het begrip “handicap” in aansluiting met het VRPH. Het gaat om een langdurige beperking wanneer er geen uitzicht is op een spoedig herstel van die persoon<sup>228</sup>. De loutere erkenning als werknemer die bijzonder gevoelig is voor beroepsrisico's is onvoldoende, maar het wijst wel “*op een beperking van de geschiktheid, met name ten gevolge van een langdurige fysieke, mentale of psychische aandoening, die de betrokken persoon in wisselwerking met diverse drempels kan beletten ten volle, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers te participeren in de samenleving*”<sup>229</sup>.

68. Wat betreft het ontslag ten gronde erkent het Hof dat de bescherming niet zover strekt elk ontslag te verhinderen van minder productieve werknemers op grond van objectieve redenen, *voor zover de werkgever tenminste redelijke aanpassingen heeft overwogen*. Dit laatste punt is vooral van belang. De vraag ten gronde of de werkgever wel voldoende redelijke aanpassingen heeft overwogen wordt echter aan de nationale rechter overgelaten *in concreto*.

#### **D. Omstreden punt in het Unierecht. Redelijke aanpassingen: een lagere vorm van bescherming?**

---

<sup>224</sup> HvJ 18 januari 2018, C-270/16, Conejero, ECLI:EU:C:2018:734.

<sup>225</sup> HvJ 11 september 2019, C-397/18, DW/Nobel Plastiques, ECLI:EU:C:2019:703.

<sup>226</sup> Bekend als “tenniselleboog” (epicondylitis medialis) of “golferselleboog” (epicondylitis lateralis).

<sup>227</sup> [http://www.fedris.be/sites/default/files/assets/NL/Medische\\_documentatie\\_BZ/Lijsten/belgische\\_lijst\\_van\\_de\\_beroepsziekten\\_1.pdf](http://www.fedris.be/sites/default/files/assets/NL/Medische_documentatie_BZ/Lijsten/belgische_lijst_van_de_beroepsziekten_1.pdf). Punt 1.606.22: “Aandoeningen van de pezen, peesscheden en spier-en peesaanhechtingen van de bovenste ledematen veroorzaakt door overbelasting van deze structuren ingevolge krachtige, repeterende bewegingen of ingevolge ongunstige houdingen.”

<sup>228</sup> HvJ 11 september 2019, C-397/18, punt 45.

<sup>229</sup> Id., punt 51.



69. Soms wordt geargumenteed dat de redelijke aanpassingen als rechtvaardigingsgrond een lagere vorm van bescherming garanderen dan indirecte discriminatie. In tegenstelling tot genderdiscriminatie waar financiële motieven geen rol spelen, zou door de beperking tot “redelijke aanpassingen” een lagere last worden opgelegd aan werkgevers en zou het financiële aspect te zeer doorwegen<sup>230</sup>. Andere rechtsleer daarentegen stelt dat redelijke aanpassingen inherent verbonden zijn aan het bestrijden van indirecte discriminatie. Somek stelt categorisch: “...*protection from discrimination without accommodation is empty.*”<sup>231</sup> In het laatste hoofdstuk zal nog verder worden ingegaan op de stelling

70. De analyse van de rechtspraak laat m.i. niet toe te stellen dat via de verplichting tot redelijke aanpassing de bescherming lager uitvalt<sup>232</sup>. Ook de talrijke toepassingen die Unia kan bewerkstelligen via overleg met de werkgever bevestigen dit<sup>233</sup>. Er is geen sprake van een dubbele optie, maar zowel het onderzoek naar redelijke aanpassingen als inhoudelijk de proportionaliteit van de alternatieven dienen gezamenlijk getoetst te worden. In die zin kan er moeilijk sprake zijn van een proportionaliteitstoets indien niet eens redelijke aanpassingen overwogen zijn. Een werkgever die nalaat om enig onderzoek naar redelijke aanpassingen te overwegen gaat manifest in de fout<sup>234</sup>. En omgekeerd dienen praktische of financiële bezwaren tegen aanpassingen de proportionaliteitstoets te doorstaan<sup>235</sup>. Dit lijkt volstrekt logisch: redelijkheid veronderstelt per definitie een proportionaliteitstoets, ook financieel en bedrijfsmatig. De toevoeging van de verplichting tot “redelijke” aanpassingen lijkt precies ingegeven te zijn om te verhinderen dat de rechter bij de toetsing van indirecte discriminatie te gemakkelijk meegaat in het verweer van de werkgever betreffende hogere kosten. Het mag dus wel degelijk “iets” kosten<sup>236</sup>. Makkelijk is deze financiële afweging zonder expliciete wettelijke criteria niet voor arbeidsgerechten, wat verklaart waarom ze marginaal de redelijkheidstoets moeten uitvoeren op grond van de verklaringen en processtukken van de partijen. Er is dus wel degelijk sprake van onderhandeling niettegenstaande het feit dat een subjectief recht in principe niet vatbaar zou moeten zijn voor onderhandeling. De inherente beperkingen aan de notie “redelijke aanpassingen” als inspanningsverbintenis verhinderen dat dit recht zonder verdere afweging rechtstreeks afdwingbaar zou zijn.

71. M.i. biedt het voorschrift van redelijke aanpassingen zelfs een efficiëntere bescherming voor de doelgroep. Indirecte discriminatie vergt een tamelijk abstracte afweging en vaak ook statistisch bewijs<sup>237</sup>. Bij genderdiscriminatie raakt dit het werkgeversbeleid en een grote groep

---

<sup>230</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; C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De ras- en kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, in D. CUYPERS (ed.) *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 16-18; P. FOUBERT, “Basisconcepten van de Wet Bestrijding Discriminatie en haar verhouding tot andere antidiscriminatieregels” in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de Praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 9.

<sup>231</sup> A. SOMEK, *Engineering Equality*, Oxford, University Press, 2012, 182; cf. ook de uitgebreide kritische analyse van C. JOLLS, “Antidiscrimination and accommodation”, *Harvard Law Review*, Vol. 115:642, 2001, 643-699.

<sup>232</sup> Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 510-513.

<sup>233</sup> UNIA, “Redelijke aanpassingen op het werk”, Brussel, 2017, 4, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>234</sup> HvJ 15 juli 2021, C-795/19, Tartu Vangla, ECLI:EU:C:2021:60, punt 64; Arbh. Brussel (NL) 28 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>235</sup> Cf. o.a. Arrb. Gent 25 oktober 2016, [www.unia.be](http://www.unia.be); M. SPINOY en J. VRIELINK, “Directe en indirecte discriminatie: een onderscheid van belang”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 214-220.

<sup>236</sup> K. GOOSSENS, “De non-discriminatie van andersvaliden”, *Or.* 2005, 62.

<sup>237</sup> Infra V.H. Bewijs; o.a. J.F. NEVEN, F. LAMBINET, S. GILSON, “Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination”, *TSR* 2013, 397-452; K. HENRARD, “De verhouding tussen de concepten

werknemers die hetzelfde beschermenswaardige criterium vertonen en om die reden ook volstrekt vergelijkbaar zijn als groep. Bij werknemers met een handicap waarvoor redelijke aanpassingen nodig zijn is de vraag helemaal niet statistisch of zuiver beleidsmatig. Het voorschrift van redelijke aanpassingen laat toe om *in concreto* te beoordelen of de werkgever voldoende inspanningen heeft geleverd om discriminatie te voorkomen. Aangezien het gaat om concrete argumenten is die bescherming voor de werknemer met een beperking efficiënter. Abstracte gelijkheidsafwegingen zijn niet erg efficiënt wegens de grote diversiteit van zowel beperkingen als van functies. Aangezien er zelden vergelijkbare handicaps, functies en redelijke alternatieven voorkomen, zijn statistieken in de praktijk nutteloos of onbestaande<sup>238</sup>. Zo kunnen ook moeilijk ondernemingen vergeleken worden, precies omdat de functies en de beschikbare alternatieven aanzienlijk kunnen verschillen. Wie zal immers alle technologische, ergonomische of digitale middelen kunnen beoordelen? Gender als discriminatiegrond laat zich wel vaak en gemakkelijk kwantitatief meten voor bruikbare statistieken. De stelling dat bij genderdiscriminatie financiële argumenten geen rol mogen spelen steunt precies op het feit dat men inzake functie-uitoefening in principe van volkomen vergelijkbaarheid van mannen en vrouwen mag uitgaan waarbij gender *in abstracto* geen rol zou mogen spelen. Bij handicap is er precies *a priori* sprake van een niet gelijke situatie met de normale werknemer<sup>239</sup>. Het verschil tussen het verbod inzake discriminatie op grond van gender of ras is dat men wenst dat men blind of neutral zou blijven voor deze eigenschap, maar bij handicap vraagt men precies dat men de ogen opent en het verschil erkent en wegwerkt<sup>240</sup>. De kosten kunnen hoog oplopen voor sommige vormen van handicap. Werkgevers zijn wel degelijk verplicht ernstige inspanningen te leveren, maar deze inspanning moet proportioneel blijven, wat uiteraard een open norm is die afhangt van de concrete aard van de tewerkstelling, de opleiding, de werkervaring, de omvang van de onderneming, mogelijke technische alternatieven, de competenties van de werknemer enz.<sup>241</sup>

72. Redelijke aanpassingen mogen dus wel degelijk geld en inspanning kosten. Eén van de punten waarop de kost voor de werkgever duidelijk blijkt is het feit dat de werkgever niet zomaar een andere post mag weigeren omdat dan niet noodzakelijk de meest geschikte kandidaat voor deze vacante post kan gezocht worden. Het Hof van Justitie en AG Rantos wijzen er terecht op dat dergelijk argument precies het hele nut van de plicht tot redelijke aanpassingen zou ondermijnen<sup>242</sup>. Het rendementsdenken van de werkgever heeft dus ook grenzen bij de zoektocht naar redelijke aanpassingen. Maar men dient toe te geven dat dergelijke afwegingen inzake de financiële mogelijkheden en beperkingen van de werkgever soms delicaat liggen in de rechtspraak. Niettemin verplicht het nieuwe maatschappelijke en juridische paradigma daartoe.

---

redelijke aanpassingen, indirecte discriminatie en proportionaliteit” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 285-286.

<sup>238</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (Nl.) 3 mei 2022, AR 2021/1B/150, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc.Kron.* 2023, 122; *NJW* 2023, 318 met noot P. PECINOVSKY; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS.

<sup>239</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (Nl.) 3 mei 2022, AR 2021/1B/150, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc.Kron.* 2023, 122; *NJW* 2023, 318 met noot P. PECINOVSKY; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS; A. RAHMÉ, “Discriminatie op basis van handicap in de arbeidsverhoudingen”, in F. HENDRIKX e.a. (eds.) *Liber Amicorum Otmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 542-544.

<sup>240</sup> S. FREDMAN, “Disability and Equality Law”, in E.F. EMENS en M.A. STEIN (eds.), *Disability and Equality Law*, Farnham, Ashgate, 2013, 135.

<sup>241</sup> M. SPINOY en J. VRIELINK, “Directe en indirecte discriminatie: een onderscheid van belang”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 222.

<sup>242</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85; Concl. AG Rantos, C-485/20, punten 81-85; ECLI:EU:C:2021:916.

73. Positief is alleszins dat zowel directe als indirecte discriminatie als het niet aanbieden van redelijke aanpassingen met dezelfde sanctie worden gesanctioneerd, wat het praktisch onderscheid minder relevant maakt<sup>243</sup>. In de regel is de rechtspraak ook niet gediend met dergelijke beschouwingen over het onderscheid tussen indirecte discriminatie en redelijke aanpassingen aangezien de discussie zich toespitst op de handicap en de redelijke aanpassingen *in concreto* en de zorgvuldigheidsplicht van de werkgever, en daartoe dienen de pleiters wel degelijk in het concrete debat mee te gaan. Zoals uit de analyse van de Belgische rechtspraak zal blijken, kan een werkgever zich geenszins nog *in abstracto* verweren met het onredelijkheid van de aanpassingen en dient deze mee te gaan in feitelijk debat.

## E. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

74. Bij genderdiscriminatie dienen wezenlijke en bepalende beroepsvereisten die maken dat jobs alleen voor mannen of voor vrouwen voorbehouden zouden zijn, uiterst strikt te worden beoordeeld<sup>244</sup>. Dan rijst de vraag in hoeverre dit ook geldt voor werknemers met een handicap. Het Hof van Justitie heeft er op gewezen dat de beroepsvereisten restrictief moeten worden beoordeeld<sup>245</sup>. Zo veroordeelde het Hof Bulgarije dat bij een blinde kandidaat-rechter niet eens onderzocht had of er alternatieven mogelijk waren. Men kan er niet zonder meer van uitgaan dat een blinde rechter niet kan bijdragen tot de rechtspraak, temeer daar uit sommige aanstellingen blijkt dat dit werkbaar is<sup>246</sup>. Ook inzake de gehoorgestoorde penitentiaire ambtenaar in Estland oordeelde het Hof dat geenszins bewezen werd dat het verder zetten van de betrekking onmogelijk zou zijn. Derhalve werd niet aangetoond dat het perfect horen zonder apparaat een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste zou uitmaken<sup>247</sup>. Bovendien dient het nagestreefde doel legitiem te zijn en moet de functievereiste evenredig blijven aan dat doel<sup>248</sup>. Het is aan de rechter om geval per geval de toepassing van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten vast te stellen<sup>249</sup>. Als legitiem doel werden erkend: de bescherming van het privéleven, het respect voor de gevoelens van een patiënt, de openbare veiligheid en de verzekering van de gevechtskracht van de natie<sup>250</sup>.

## V. BELGISCHE RECHTSPRAAK

### A. Definitie van handicap

#### A.1. Ruime toepassing in de rechtspraak

---

<sup>243</sup> M. SPINOY en J. VRIELINK, “Directe en indirecte discriminatie: een onderscheid van belang”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 222.

<sup>244</sup> Art. 13 Genderdiscriminatiewet; o.a. HvJ 15 mei 1986, C-222/84, Johnston, ECLI:EU:C:1986:206.

<sup>245</sup> HvJ 15 november 2016, C-285/15, Salaberria Sorondo (leeftijdscriminatie), EU:C:2016:873, punt 33 en aangehaalde rechtspraak; HvJ 15 juli 2021, C-795/19, Tartu Vangla, ECLI:EU:C:2021:60; HvJ 21 oktober 2021, C-824/19, TC en UB, ECLI:EU:C:2021:862, punten 45 e.v.

<sup>246</sup> HvJ 21 oktober 2021, C-824/19, TC en UB, ECLI:EU:C:2021:862.

<sup>247</sup> HvJ 15 juli 2021, C-795/19, Tartu Vangla, ECLI:EU:C:2021:60.

<sup>248</sup> Art. 4 Kaderrichtlijn; K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 176.

<sup>249</sup> *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2722/001, 49; Cf. o.a. Arbh. Brussel (Nl.) 15 juni 2021, *Soc.Kron.* 2021, 349; F. HENDRICKX, “Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (II)”, *Or.* 2000, 73-76.

<sup>250</sup> *Parl. St. Kamer*, 2006-07, nr. 2722/001, 49.

75. Het opzet van deze studie is zoals gesteld in de inleiding te analyseren in welke mate de Belgische rechtspraak ingaat op de vraag van de werknemer naar redelijke aanpassingen in geval van handicap. Alleszins vond de ruime interpretatie van de notie handicap op grond van het VN-Verdrag en ook in het Unierecht weerklank in de Belgische rechtspraak<sup>251</sup>.

Zo werden als handicap in de zin van de discriminatiewetgeving aanvaard:

- Aganesie<sup>252</sup>
- Arthrose<sup>253</sup>
- Autisme<sup>254</sup>
- Blindheid<sup>255</sup>
- Diabetes<sup>256</sup>
- Doofheid<sup>257</sup>
- Dyslexie (voor zover bewezen)<sup>258</sup>
- Dysfonie<sup>259</sup>
- Ellebooghandicap 12%<sup>260</sup>
- Epilepsie<sup>261</sup>
- Epilepsie met clusterhoofdpijn, migraine en rugproblemen<sup>262</sup>
- Femoroacetabulair impingement<sup>263</sup> (Afwijking beenderige anatomie van de heup)
- Hartritestoornissen met pacemaker<sup>264</sup>
- Hemiplegie<sup>265</sup>
- Incontinentie<sup>266</sup>
- Kanker<sup>267</sup>
- Knieprothese met complicaties (algoneurodystrophie)<sup>268</sup>

---

<sup>251</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (Nl.) 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200.

<sup>252</sup> Erfelijke handicap waardoor vingers beperkt bewegen: Arbh. Luik, afd. Luik, 26 september 2022, AR 2020/AL/496 -2021/AL/475, [www.unia.be](http://www.unia.be) en *JTT* 2023, 17.

<sup>253</sup> Wat belet om langdurig te staan: Arbh. Antwerpen 12 mei 2009, ECLI:BE:AHANT:2009:ARR.20090512.18.

<sup>254</sup> RvS 9 september 2014, nr. 228.312.

<sup>255</sup> HvJ 21 oktober 2021, C- 824/19, TC en UB, ECLI:EU:C:2021:862.

<sup>256</sup> EHRM 30 april 2009, nr. 13444/04; Glor t. Zwitserland; Arbh. Antwerpen 21 november 2011, AR 2010/AA/334, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Antwerpen 16 oktober 2017, *Soc.Kron.* 2018, 226; Arbh.Brussel 7 mei 2018, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>257</sup> Arbh. Luik 13 mei 2019, VD t. MD, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Antwerpen 29 september 2020, *NJW* 2021, 221 met noot D. DE MEYST en A. HENDRICKX, wat dit punt betreft bevestigd door Arbh. Antwerpen 28 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114; Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>258</sup> Arbrb. Antwerpen 8 mei 2014, AR nr. 13/469/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>259</sup> Moeilijkheden met de stem die lesgeven onmogelijk maken: Arbh. Brussel (Fr.) 18 januari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 319.

<sup>260</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 6 mei 2015, RG 13/6128/A; ECLI:BE:TTBRL:2015:JUG.20150506.1.

<sup>261</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 2 augustus 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>262</sup> Arbrb. Antwerpen, afd. Antwerpen, 15 februari 2022, AR 21/474/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>263</sup> Arbh. Gent, afd. Gent, 13 juni 2022, 2020/AG/182, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>264</sup> Die maakt dat men afstand moet bewaren tegenover bepaalde machines: Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 18 november 2019, AR 2019/AH/65, [www.unia.be](http://www.unia.be), bevestigd in beroep vonnis Arbrb. Antwerpen, afd. Tongeren, 8 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>265</sup> Eenzijdige verlamming ten gevolge van hersenbeschadiging: Arbrb. Gent, afd. Gent, 31 mei 2017, AR 15/2977/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>266</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 26 februari 2020, K.M.R. t. asbl G.F., [www.unia.be](http://www.unia.be): al werd hier geen sanctie opgelegd wegens schending van de ADW, maar wegens schending van antipestwetgeving.

<sup>267</sup> Arbrb. Gent 25 oktober 2016, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>268</sup> Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L'A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

- Langdurige arbeidsongeschiktheid tengevolge van arbeidsongeval<sup>269</sup>
- Longkanker<sup>270</sup>
- Lymfeklierkanker<sup>271</sup>
- Lumbago<sup>272</sup>
- Mentale handicap met tijdelijke opname in de psychiatrie<sup>273</sup>
- Multiple-sclerose<sup>274</sup>
- Neuromusculaire aandoening met chronische pijnen<sup>275</sup>
- Obesitas<sup>276</sup>
- Oogproblemen gecombineerd met een erfelijke aandoening<sup>277</sup>
- Rugletsels<sup>278</sup>
- Problemen aan de rechterhand<sup>279</sup>
- Psychische of mentale aandoening die gevoelig maakt voor stress<sup>280</sup>
- Psychiatrische problematiek met blijvend cognitief en emotioneel functieverlies<sup>281</sup>
- Radiculopathie (geklemd zenuw in de nek)<sup>282</sup>
- Rolstoelafhankelijkheid<sup>283</sup>
- Syndactylie (aaneengegroeide vingers)<sup>284</sup>
- Verlies van één oog<sup>285</sup>
- Reumatisch lijden waardoor schouder belastend werk onmogelijk is<sup>286</sup>.

## A.2. Geen handicap

### 76. Werden niet aanvaard als handicap:

- Beenbreuk<sup>287</sup>
- Tijdelijke arbeidsongeschiktheid wegens burn out<sup>288</sup>

<sup>269</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be); waarbij de werkgever de kwalificatie handicap niet betwist heeft; Arbh. Brussel (NL.) 28 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be), waarbij medici wel een lange lijst met beperkingen attesteren.

<sup>270</sup> Arbh. Antwerpen, afd.Hasselt, 23 juli 2021 en 19 januari 2022, *Soc.Kron.* 2023, 101.

<sup>271</sup> Arbh. Brussel (NL.) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235.

<sup>272</sup> Rb. Henegouwen 10 december 2018, RG 17/2195/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>273</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 8 oktober 2019, ADK (qq) t. asbl B.R., [www.unia.be](http://www.unia.be); bevestigd op dit punt maar gedeeltelijk hervormd inzake de opzegvergoeding door Arbh. Brussel (Fr.) 23 mei 2022, AR 2020/AB/178, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>274</sup> Arbrb. Leuven 22 januari 2015, AR 14/642/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Bergen en Charleroi 9 maart 2015, RG 14/436/1, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Charleroi 10 januari 2020, Unia en ML t. Stad C., [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>275</sup> Voorz. Arbrb. Luik 9 maart 2018, RG 17/22/C, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>276</sup> Arbh. Luik 12 oktober 2017, *Soc.Kron.* 2018, 222.

<sup>277</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 12 maart 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>278</sup> Arbh. Brussel (NL.) 18 december 2012, AR. 2011/AB/1089, ECLI:BE:CTBRL:2012:ARR.20121218.7; Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105; Arbh. Brussel (Fr.) 6 juli 2021, *Soc.Kron.* 2023, 90; Arbh. Bergen 23 september 2022, *JTT* 2023, 166.

<sup>279</sup> Arbh. Brussel (NL.) 28 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>280</sup> Arbrb. Henegouwen 28 september 2018, XX t. F, [www.unia.be](http://www.unia.be) waarbij de rechter dan vervolgens wel vaststelt dat een reclassering in een relevante functie daardoor onmogelijk is.

<sup>281</sup> Arbh. Brussel (NL.) 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200.

<sup>282</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 12 april 2021, *JTT* 2022, 26.

<sup>283</sup> Arbrb. Brussel (NL.) 3 september 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Brussel (NL.) 4 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>284</sup> Arbrb. Brugge 10 december 2013, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>285</sup> Arbrb. Henegouwen 19 juni 2017, RG 15/5574/1, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>286</sup> Arbh. Gent 20 april 2019, 18 oktober 2019 en 19 juni 2020, *Soc.Kron.* 2021, 340.

<sup>287</sup> Arbh. Luik 18 juli 2017, *Soc.Kron.* 2018, 213.

<sup>288</sup> Arbh. Brussel (NL.) 17 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 198; Arbh. Antwerpen 19 februari 2018, 2017/AA/363; Arbrb. Luik 13 januari 2020, C.D. t. Gem.X, [www.unia.be](http://www.unia.be).

- Gezondheidsproblemen van tijdelijk aard<sup>289</sup>
- Ongeschiktheid van 4 %, waarbij de werknemer zelf toegeeft geen beperking te ondervinden<sup>290</sup>,
- Langdurige arbeidsongeschiktheid (eventueel wel discriminatie op basis van gezondheid)<sup>291</sup>,
- Navelbreuk met postoperatieve complicaties<sup>292</sup>.

Kortom: er wordt in de rechtspraak in de meeste gevallen wel een handicap aanvaard. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de vordering succesvol eindigt, maar dat ligt dan aan de afweging van de redelijke aanpassingen<sup>293</sup> die verder geanalyseerd wordt.

### A.3. Burn-out

77. De uitspraken inzake burn out zijn problematisch in het licht van de ruime sociale interpretatie van de notie handicap in het licht van het VRPH<sup>294</sup>. Zo werd recent ook geoordeeld dat een tijdelijke burn out toch als handicap kan gekwalificeerd worden<sup>295</sup>. Evenwel steunen de negatieve uitspraken eerder op de feitelijke omstandigheden, waarin de verderzetting van de arbeidsovereenkomst niet aan de werkgever kon toegerekend worden en de werknemer ook niet inzetbaar bleek voor andere functies. Ook het feit dat burn out moeilijk te definiëren en remediëren valt speelt een belangrijke rol in de aarzelende rechtspraak<sup>296</sup>.

78. Het hoeft geen verwondering dat de psychische en/of relationele vormen van arbeidsongeschiktheid soms moeilijk medisch te diagnosticeren en te verhelpen zijn. Vooral inzake mentale stoornissen schiet het medische schattingsmodel te kort.<sup>297</sup> De mentale stoornissen vormen geenszins een minderheid. Volgens een studie van de OESO zou zowat één derde tot de helft van de langdurige arbeidsongeschiktheid (eventueel gedeeltelijk) te wijten zijn aan mentale of relationele problemen<sup>298</sup>. Zo kan de “burn-out” wegens diverse gradaties moeilijk afgebakend worden, wat ook maakt dat men deze diagnose meestal veel te laat stelt, mede omdat men de neiging heeft dit verborgen te houden. Maar ook hier rijst het gevaar van een te brede definitie die onwerkbaar is<sup>299</sup>. Want indien iedere werknemer met stress reeds preventief gekwalificeerd wordt als potentieel slachtoffer van burn-out zit men

<sup>289</sup> Arbh. Brussel (NL.) 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200, gecasseerd door Cass. 1 april 2019, ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190401.5; *Soc.Kron.* 2020, 322 maar dan op grond van toepassing inzake leeftijdsdiscriminatie; Arbrb. Brussel (Fr.) 30 juni 2017, RG 15/453, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>290</sup> Arbh. Luik 26 november 2018, *Soc.Kron.* 2020, 37.

<sup>291</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 3 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Brussel (Fr.) 16 december 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>292</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 17 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>293</sup> Cf. o.a. Arbh. Gent 13 juni 2022, 2020/AG/182, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>294</sup> J. COULIER, “Rechter verwacht ook van publiekrechtelijke werkgevers medewerking aan de re-integratie van langdurig zieke personeelsleden”, *Soc.Kron.* 2021, 327-329; A. MAES, “Mentaal ‘allergisch’ voor het overeengekomen werk? Een analyse van de benadering van psychische situatieve arbeidsongeschiktheden in het Belgische arbeidsrecht”, *TSR* 2023, 344345.

<sup>295</sup> Arbh. Brussel (NL.) 3 mei 2022, AR 2021/1B/150, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc.Kron.* 2023, 122; NJW 2023, 318 met noot P. PECINOVSKY; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS; Arbrb. Brussel (Fr.) 24 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>296</sup> Cf. o.a. Advies OM, H. FUNCK, bij Arbh. Brussel 22 februari 2022, *Soc.Kron.* 2022, 564-568; cf. S. REMOUCHAMPS, “Les maladies professionnelles indemnifiables: approche conceptuelle, théorique et pratique”, *Soc.Kron.* 2022, 539-545.

<sup>297</sup> J. VAN DROOGHENBROECK, “À propos des décisions et des avis du médecin du travail: conditions, nature, validité et effets juridiques”, in *Le droit du travail au XXI<sup>e</sup> siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez*, Larcier, Brussel, 2015, 514-518.

<sup>298</sup> OECD, *Fit Mind, Fit Job. Form Evidence to Practice in Mental Health and Work*, Parijs, OESO, 2015, 13.

<sup>299</sup> Cf. Advies OM, H. FUNCK, bij Arbh. Brussel 22 februari 2022, *Soc.Kron.* 2022, 564-568.

met een groot potentieel aan beschermde werknemers. Maar dit belet niet dat de burn-out ten gevolge van stress inderdaad steeds meer erkend wordt als professioneel risico van de toekomst<sup>300</sup>.

79. Vaak lijkt het dat de rechter eerder op grond van de praktische onmogelijkheid tot redelijke aanpassingen de vordering had moeten afwijzen dan wel via een strikte definitie van handicap. Het is best mogelijk dat de werknemer immers wegens totale burn out helemaal niet inzetbaar is, ook niet in andere functies. In dat geval zijn ook geen redelijke aanpassingen mogelijk. Vooral indien de werknemer zelf geen enkele moeite doet om mogelijke alternatieve tewerkstelling aan te duiden, wordt aangetoond dat de tewerkstelling tijdelijk en vermoedelijk definitief onhoudbaar is. Verder dient men ook rekening te houden met het feit dat de burn out vaak ook “relationeel” is waardoor de arbeidsverhouding tussen de procespartijen moeilijk voortgezet kan worden, een punt waarover beide partijen soms begrijpelijkerwijze vaag kunnen blijven<sup>301</sup>, omdat ze willen verhinderen de schuld te krijgen voor de beëindiging van de overeenkomst of over de oorzaak van de burn out. Verandering van werkomgeving is ook niet voor alle werkgevers even makkelijk te realiseren en is voor de werknemer vaak ook niet aantrekkelijk, vooral niet indien die relationeel onuitgesproken niet meer verder wil werken voor dezelfde werkgever. Voor grote werkgevers, zoals publieke diensten zou dat in principe wel makkelijker moeten zijn<sup>302</sup>, maar ook dat blijkt statutair niet altijd zo evident te zijn wegens rigiditeit in toewijzing van functies<sup>303</sup>.

80. Zoals opgemerkt zal worden bij de conclusies speelt in diverse gevallen ook het probleem van het loon bij een functiewijziging een rol die zo delicaat lijkt dat Belgische procespartijen en derhalve de arbeidsrechter daarover liever zwijgen. Het is nog wel even wachten op rechtspraak waarin de werknemer het voorstel een lager loon aanbiedt of een werkgever een promotie aanbiedt als redelijke aanpassing, terwijl vooral dit lagere loon ter discussie staat. Dit heikele punt zal zeker moeten meegenomen worden in de eindconclusies van deze analyse. (Cf. infra V.E) Het is immers niet omdat de procespartijen en ook de rechtsleer hierover discussie vermijden dat het probleem niet besproken moet worden, vooral niet in het licht van de taak van de rechter om een balans te maken inzake redelijke aanpassingen. De problematiek gaat dieper dan men denkt, want het speelt ook een belangrijke rol tegen het principe dat redelijke aanpassingen een lagere vorm van bescherming biedt, ook in andere domeinen van het discriminatierecht. Men kan immers niet heen om de problematiek van de “demotie” of “degradatie” en dat ligt heel delicaat omdat dit terecht als een gedeeltelijke mislukte bescherming van het discriminatierecht wordt aanzien. (cf. infra nr. 111 e.v.)

#### A.4. Medewerking aan de remediëring

81. De vraag naar de eventuele plicht van de werknemer inzake eventuele remediëring van chronische ziekten werd gesteld. Deze vraag rijst o.a. naar aanleiding van een werknemer die

---

<sup>300</sup> Reeds: B.J. FICK, “Worker well-being in the 21<sup>st</sup> Century: Addressing the psychosocial context of work”, in F. HENDRIKX e.a. (eds.) *Liber Amicorum Otmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 199-213.

<sup>301</sup> Bvb. Arbh. Brussel (Fr.) 1 maart 2022, *Soc.Kron.* 2023, 110.

<sup>302</sup> J. COULIER, “Rechter verwacht ook van publiekrechtelijke werkgevers medewerking aan de re-integratie van langdurig zieke personeelsleden”, *Soc.Kron.* 2021, 327-329; S. AERTS en R. JANVIER, “Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren”, *TSR* 2015, 101-180.

<sup>303</sup> R. JANVIER en I. DE WILDE, “Re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden in overheidsdienst. Een hindernissenparcours van formaat”, *TSR* 2018, 664-689; A. MAES, “Mentaal ‘allergisch’ voor het overeengekomen werk? Een analyse van de benadering van psychische situatieve arbeidsongeschiktheden in het Belgische arbeidsrecht”, *TSR* 2023, 323-350.

lijdt aan een alcohol-, drugs-en nicotineverslaving, maar ook bij obesitas<sup>304</sup>. Het Hof van Justitie heeft evenwel geoordeeld dat de oorzaak van de handicap irrelevant is<sup>305</sup>. Ook de Belgische rechtspraak volgt dit standpunt<sup>306</sup>. Dit probleem stelt zich ook in andere rechtstakken<sup>307</sup>.

82. In de rechtspraktijk lijkt er geen ernstig probleem, want veel rechtspraak is hierover niet te vinden, terwijl obesitas en alcoholverslaving toch frequent voorkomen in de maatschappij. De werkgever kan inderdaad bij problematisch alcoholisme van de werknemer vergen dat deze een ontwenningbehandeling volgt<sup>308</sup>. Ontslag blijft mogelijk als de verslaving niet te verzoenen valt met de functie en negatieve gevolgen heeft voor de kwaliteit van het werk<sup>309</sup>. Problematisch alcoholisme heeft eventueel tot gevolg dat andere tewerkstelling niet mogelijk is wegens ernstig verstoorde sociale contacten met collega's en/of cliënteel. Eventueel leidt het tot arbeidsongeschiktheid, hoewel de werkgever niet officieel bij medisch attest wordt ingelicht over de achtergrond wegens privacy-redenen, hoewel het in de realiteit op de werkvloer wel een publiek geheim is. Het niet functioneren is evenwel een andere kwestie dan handicap. Aangezien alcoholisme in de praktijk vaak moeilijk te bewijzen valt en over obesitas als beperking ook wel te discussiëren valt, zal een werkgever wijselijk in de praktijk opteren voor professionele ontslaggronden wegens het niet behoorlijk functioneren.

83. Met de beperkte medewerkingsplicht van de werknemer wordt de redelijkheidstoetsing wederkerig. In die zin heeft ook de werknemer een "aanpassingsplicht" of een liever een plicht mee te werken aan redelijke aanpassingen. Zo oordeelde het arbeidshof van Antwerpen zelfs dat het vermag een deskundige aan te stellen als de werknemer weigert mee te werken aan re-integratie<sup>310</sup>. Soms wordt informeel opgemerkt dat een dergelijke gedeelde inspanningsverbintenis het subjectieve recht ondergraaft, maar dit is ten onrechte. Subjectieve rechten, zoals het recht op redelijke aanpassingen zijn nooit vanzelfsprekend, vooral niet indien er geen resultaatsverbintenis aan gekoppeld kan worden.

84. Maar de medewerkingsplicht van de werknemer dient strikt proportioneel te geschieden, vooral met respect voor het medische zelfbeschikkingsrecht en de persoonlijke vrijheid. De werknemer engageert in de arbeidsovereenkomst op loyale wijze immers alleen zijn arbeidskracht, niet zijn lichaam of zijn levenswijze hoewel er ook sprake kan zijn van overlap wanneer de gevolgen zich uitstrekken tot het functioneren<sup>311</sup>. Niet medewerking kan in principe niet op zich kwalijk genomen worden, maar de gevolgen ervan op de arbeidsovereenkomst blijven een feit dat in rekening mag worden genomen.

85. Kortom: de wederzijdse loyauteitsplicht van werkgever en werknemer bij het onderzoek van de redelijke aanpassingen is in de praktijk verenigbaar met een wederzijdse

---

<sup>304</sup> Concl. AG Jääskinen 17 juli 2014, C-354/13, Kalftoft, punt 34; A. MAES, "Lichtzinning omspringen met zwaarwichtige problematiek: discriminatie van de sollicitant met morbide obesitas", *Soc.Kron.* 2017, 169-173.

<sup>305</sup> HvJ 13 mei 2013, C-335/11-337/11, Ring en Skouboe Werge; Concl. A-G Jääskinen bij HvJ 11 december 2014, C-354/13, Kalftoft.

<sup>306</sup> Arbh. Brussel (NL) 18 december 2012, nr. 2001/AB/1089, ECLI:BE:CTBRL:2012:ARR.20121218.7.

<sup>307</sup> Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 653.

<sup>308</sup> D'ESPALLIER, *Redelijke aanpassingen, evenredigheid en rol van de rechter*, die Keure, Brugge, 2016, 136; A. MAES, "Lichtzinning omspringen met zwaarwichtige problematiek: discriminatie van de sollicitant met morbide obesitas", *Soc.Kron.* 2017, 169-173.

<sup>309</sup> Arbrb. Antwerpen 13 december 2019, B.B. t. De Lijn, [www.unia.be](http://www.unia.be): functie van buschauffeur en veiligheid.

<sup>310</sup> Arbh. Antwerpen 20 oktober 2021, *Soc.Kron.* 2023, 97.

<sup>311</sup> D. CUYPERS, "Lichaam en zelfbeschikking in het sociaal recht", in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken ? in Het recht in de samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1996, 417-442.



inspanningsverbintenis in het heden met het oog op alternatieven in de toekomst. Wanneer men, zoals in dit artikel, pleit voor een strengere controle op de plicht van de werkgever inzake redelijke aanpassingen ontsnapt men niet aan de vaststelling dat deze plicht redelijk moet beoordeeld worden in functie van de wederzijdse relatie.

## B. Ongeschiktheid en overmacht

### B.1. Harde oude rechtspraak

86. De vraag of een werknemer al dan niet ontslagen kon worden op grond van handicap is lange tijd in het Belgische arbeidsrecht een discussiepunt geweest. Algemeen werd aanvaard dat arbeidsongeschiktheid voor de overeengekomen arbeid een geldige ontslagreden uitmaakt ongeacht de oorzaak<sup>312</sup>. Het Hof van Cassatie oordeelde herhaaldelijk dat de blijvende arbeidsongeschiktheid, waardoor het voor de werknemer definitief onmogelijk wordt om de bedongen arbeid te presteren, een geval van beëindigende overmacht uitmaakt<sup>313</sup>. Later verduidelijkte het Hof dat deze arbeidsongeschiktheid moet beoordeeld worden op basis van de overeengekomen arbeid en niet op basis van de mogelijkheid voor de werkgever om aangepast werk te vinden<sup>314</sup>. Deze arresten lokten veel kritiek uit<sup>315</sup>. Evenwel gaan we niet verder meer in op deze problematiek die afgesloten is omdat nieuwe regels gelden die evenwel voor enige overlap zorgen.

### B.2. Nieuwe wetgeving

87. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Belgisch recht wegens definitieve arbeidsongeschiktheid was duidelijk niet conform het Unierecht voor zover er sprake was van handicap. De wet van 20 december 2016 voerde een nieuw artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet in. Deze bepaling ligt volledig in de lijn van het nieuwe paradigma: mensen aan het werk houden. De nieuwe bepaling verplicht een re-

---

<sup>312</sup> D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Gent, Larcier, 2002, 135 e.v.; D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 164.

<sup>313</sup> Cass. 5 januari 1981, *JTT* 1981, 184, concl. AG DECLERCQ en noot T. CLAEYS en P. SMEDTS, *RW* 1980-81, 2401.

<sup>314</sup> Cass. 15 februari 1982, *RW* 1982-83, 2209, later bevestigd door Cass. 8 oktober 1984, ECLI:BE:CASS:1984:ARR.19841008.16; Cass. 21 april 1986, *JTT* 1986, 501; Cass. 1 juni 1987, *JTT* 1987, 427; Cass. 13 februari 1989, ECLI:BE:CASS:1989:ARR.19890213.12; Cass. 23 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 361; Cass. 2 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1464.

<sup>315</sup> Zie o.a. N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL, “Definitieve arbeidsongeschiktheid bekeken vanuit het anti-discriminatierecht. Wordt het recht op redelijke aanpassingen voor werknemers met een ‘beperking’ niet al te zeer ‘beperkt’?”, *Soc.Kron.* 2012, 3; P. BLONDIAU, en S. GILSON, “Pour un droit social plus performant pour les personnes victimes d’une incapacité de travail” in *Passende arbeid en behoorlijk ontslag*, in *Reeks Behoorlijk sociaal recht nr. 1*, Brugge, die Keure, 2007, 3-25; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 736-782; A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht VIII*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 367-419; K. VAN DEN LANGENBERGH en A. VAN REGENMORTEL, “De definitieve arbeidsongeschiktheid als een vorm van beëindigende overmacht: juridisch aanvechtbaar en een sociale staat onwaardig”, in P. HUMBLET en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Markante standpunten, Liber Amicorum M. Rigaux*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 263-288; V. DE SAEDELEER en A. VAN REGENMORTEL, “De gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en haar (gespannen) relatie tot het recht op arbeid en het non-discriminatiebeginsel”, *Actuele Problemen van het arbeidsrecht*, 7, Antwerpen, Intersentia 2005, 45 e.v.; A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid”, *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht*, 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 367 e.v.; J.F. NEVEN, “Le droit européen de la non-discrimination: un impact décisif en faveur d’une obligation généralisée de reclassement professionnel ?” in *Le maintien au travail des travailleurs devenus partiellement inaptes*, Limal, Anthémis, 2013, 46.

integratietraject zoals thans bepaald in huidige Codex Welzijn op het werk<sup>316</sup>. Dat de nieuwe wetgeving geenszins een adequaat antwoord bood, blijkt uit de hernieuwde kritiek<sup>317</sup>. Zo zou de nieuwe wetgeving vooral een vertraging inhouden, maar niet beletten dat in toenemende mate arbeidsongeschikte werknemers in de invaliditeitsverzekering terechtkomen<sup>318</sup>. In de praktijk leiden ook talrijke beslissingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer tot vaststelling dat er geen aanpassingen kunnen plaatsvinden.

88. Recent werd de regelgeving opnieuw gewijzigd en gelden nieuwe regels volgens het zogenaamde re-integratietraject 2.0<sup>319</sup>. Artikel I.4-71/1 van de Codex Welzijn op het werk voert een nieuwe informatieplicht in, die inhoudt dat de preventieadviseur-arbeidsarts (of de verpleegkundigen die hem bijstaan) de arbeidsongeschikte werknemer zo snel mogelijk moet(en) informeren over de verschillende mogelijkheden die bestaan bij werkhervatting, nl. een bezoek voorafgaand aan de werkhervatting of een re-integratietraject. Dit vroege contact heeft als doel om de werkhervatting te stimuleren door de werknemers in een vroeg stadium te informeren over de mogelijkheden om (tijdelijk) ander of aangepast werk en/of aanpassingen van de werkpost te vragen en zo de werkhervatting in optimale omstandigheden te laten verlopen.

89. Het aantal beslissingen van de preventieadviseur-arbeidsarts in het kader van de re-integratiebeoordeling wordt beperkt, waarbij er ook meer wordt ingezet op het belang van werkpostaanpassingen en op aangepast of ander werk dat rekening houdt met de mogelijkheden en de gezondheidstoestand van de werknemer<sup>320</sup>. De preventieadviseur-arbeidsarts, in het kader van zijn re-integratiebeoordeling, en de werkgever, zal in het kader van het opmaken van een re-integratieplan, overleg kunnen plegen met de Terug-naar-werk-coördinator van de mutualiteit alsook met deskundigen van de gewestelijke instellingen zoals VDAB, Forem en Actiris. Het KB versterkt ook de informatieplicht aan de werknemer en versterkt ook de collectieve verantwoordelijkheid binnen de onderneming<sup>321</sup>. Omdat het nieuwe KB pas in werking is getreden op 1 oktober 2022 is het nog te vroeg voor rechtspraak en voor evaluaties.

90. De procedure is ook niet van toepassing wanneer de arbeidsovereenkomst in onderling overleg werd beëindigd. Het gebeurt soms dat de werknemer zich vergist over de gevolgen hiervan omdat hij in dat geval geen aanspraak kan maken op werkloosheidsvergoedingen. Deze dwaling over de rechtsgevolgen is nog geen reden om deze afstand, dading of beëindigingsovereenkomst nietig te verklaren<sup>322</sup>. Omdat de beëindiging wegens overmacht in

---

<sup>316</sup> Art. I.4-53 e.v. Codex Welzijn op het werk die later de bepalingen overnam van de vermelde wet van 1996; S. REMOUCHAMPS, “Quels droits pour le travailleur ayant perdu une partie de sa capacité de travail? Réflexions critiques autour du trajet de réintégration”, *Soc.Kron.* 2018, 134-156; V. VERVLLET en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 641-662.

<sup>317</sup> H. FONCK, “Re-integratie van langdurig zieken: een overzicht”, *Soc.Kron.* 2018, 117-128.

<sup>318</sup> D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 165; H. FONCK, “Re-integratie van langdurig zieken: een overzicht”, *Soc.Kron.* 2018, 117-128.

<sup>319</sup> KB 11 september 2022 tot wijziging van de codex over het welzijn op het werk wat het re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers betreft, *BS* 20 september 2022. Het treedt in werking op 1 oktober 2022. M. VANHEGEN, “De nieuwe re-integratieprocedure voor langdurig zieken: what’s new?”, *Arbeidsrecht Journaal*, 2017, 9-17.

<sup>320</sup> FOD WASO, *Re-integratietraject 2.0: wijzigingen aan de procedure van het re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers* <https://werk.belgie.be/nl/nieuws/re-integratietraject-20-wijzigingen-aan-de-procedure-van-het-re-integratietraject-voor>

<sup>321</sup> Nieuw Art. I.4-79.- § 1 Codex Welzijn op het werk.

<sup>322</sup> Arbh. Bergen 20 oktober 2017, *Soc.Kron.* 2018, 312; D. CUYPERS, “Afstand van recht en dading in het

vele gevallen berust op een verlangen van de werknemer zelf om de overeenkomst te beëindigen omdat deze ook alle hoop op verdere tewerkstelling verloren heeft, werd in het parlement gesproken werd van “collusie” tussen belangen van werkgever en werknemer, waarbij de sociale zekerheid de gevolgen draagt<sup>323</sup>. Wegens de nadelige gevolgen in het socialezekerheidsrecht voor de werknemer die de arbeidsovereenkomst beëindigt met wederzijdse toestemming komt deze vorm van beëindiging weinig voor. In de regel stuurt in dat geval de werknemer immers liever aan op ontslag door de werkgever. Indien het arbeidsrecht dit ontslag zoveel mogelijk opschort, heeft dit uiteraard het gevolg dat steeds meer situaties op een blijvende impasse uitlopen, wat verklaart waarom het aantal langdurig afwezige arbeidsongeschikten steeds meer stijgt. In het licht van toekomstige aanpassingen is het allicht ook wenselijk enige (zij het zeer ruim geformuleerde) termijnen hieraan te verbinden. De plicht tot redelijke aanpassingen hoeft ook niet onredelijk lang opgerekte te worden, temeer omdat duidelijk is dat te lange inactiviteit niet bevorderlijk is voor het behoud van professionele competenties. De vraag rijst tevens of men wel zoveel inspanning moet leveren in het socialezekerheidsrecht om werknemers te sanctioneren die liever van job zouden wisselen<sup>324</sup>.

### B.3. Overlap met discriminatierecht

91. De regeling inzake beëindiging wegens overmacht staat in principe los van de discriminatiewetgeving, hoewel er uiteraard overlap is in concrete geschillen<sup>325</sup>. Het fundamenteel verschil is dat bij verwerping door de rechter van overmacht als beëindigingsgrond de werknemer alleen recht heeft op een opzegvergoeding<sup>326</sup>, terwijl discriminatie kan leiden tot zes maanden loon als bijkomende schadevergoeding<sup>327</sup>.

92. Het komt ook regelmatig voor dat enerzijds wel een opzegvergoeding voor onterechte beëindiging wegens overmacht, maar anderzijds toch geen vergoeding voor discriminatie wordt toegekend<sup>328</sup>. Het niet correct volgen van de procedure kan eventueel wel een fout genoemd worden die kan bijdragen aan de veroordeling wegens discriminatie omdat de werkgever ook geen redelijke aanpassingen overwogen heeft<sup>329</sup>, maar zeker is dat niet<sup>330</sup>.

---

arbeidsrecht”, *TSR* 2019, 267-352.

<sup>323</sup> D. CUYPERS, “Overmacht in het arbeidsrecht”, in J. ROZIE, S. RUTTEN, A. VAN OEVELEN (eds.), *Overmacht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 95-119,

<sup>324</sup> D. CUYPERS en D. TORFS, “De werkbereidheidsvereiste in het de werkloosheidsreglementering, de RMI-Wet en de OCMW-Wet”, in A. VAN REGENMORTEL, V. VERVLIET, L. DE MEYER (eds.) *Actuele Problemen Socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 471-533.

<sup>325</sup> Cf. o.a. Arbh. Antwerpen, afd.Hasselt, 23 juli 2021 en 19 januari 2022, *Soc.Kron.* 2023, 101; Arbh. Luik 26 november 2018, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Gent 20 april 2019, 18 oktober 2019 en 19 juni 2020, *Soc.Kron.* 2021, 340; Arbh. Brussel (Fr.) 6 juli 2021, *Soc.Kron.* 2023, 90; Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be); D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 156-166; H. FONCK, “Re-integratie van langdurig zieken: een overzicht”, *Soc.Kron.* 2018, 117-128; S. REMOUCHAMPS, “Quels droits pour le travailleur ayant perdu une partie de sa capacité de travail? Réflexions critiques autour du trajet de réintégration”, *Soc.Kron.* 2018, 134-156.

<sup>326</sup> D. CACCAMISI, “Le trajet de réintégration des travailleurs en incapacité de travail: un aperçu de la réforme et de ses conséquences sur la force majeure médicale”, *Orientations* 2018, 26.

<sup>327</sup> Cf. bv. Arbrb. Brussel (Fr.) 6 mei 2015, RG 13/6/128/A, ECLI:BE:TTBRL:2015:JUG.20150506.1.

<sup>328</sup> Arbh. Antwerpen (afd.Hasselt), 23 juli 2021 en 19 januari 2022, *Soc.Kron.* 2023, 101; Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2011, 79; Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>329</sup> Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105; Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 18 november 2019, AR 2019/AH/65, [www.unia.be](http://www.unia.be) bevestigt in beroep: Arbrb. Antwerpen, afd. Tongeren, 8 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>330</sup> Cf. Arbh. Antwerpen (afd.Hasselt), 23 juli 2021 en 19 januari 2022, *Soc.Kron.* 2023, 101; Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be).

Niets belet de werkgever om laattijdig een andere geldige ontslagreden of de onmogelijkheid tot redelijke aanpassingen in te roepen en te bewijzen<sup>331</sup>. Het nieuwe KB houdende wijziging van de Welzijnscode heeft wegens de strikte termijnen en de gedetailleerde procedure wel tot gevolg dat er meer overlap kan zijn met de discriminatiewetgeving dan tot heden<sup>332</sup>.

## C. Aanwerving en discriminatie

### C.1. Niet evident om discriminatie aan te tonen

93. Sociologen stellen hoge cijfers vast van discriminatie op grond van handicap bij de aanwerving, hoewel de variabiliteit tussen werkgevers vrij hoog is<sup>333</sup>. Dit is begrijpelijk want er is nogal wat variatie in handicap, werkgevers en functies.

94. Er is evenwel weinig rechtspraak over discriminatie bij de aanwerving in private ondernemingen. Veruit de meeste betwistingen hebben betrekking op werknemers die al in dienst zijn. Dit is uiteraard het gevolg van het feit dat de aanwervingsprocedure in België vaak niet transparant is en vaak verloopt via informele kanalen<sup>334</sup> zodat een afgewezen werknemer, in de veronderstelling dat deze op de hoogte was van de vacature, het meestal moet hebben van een duidelijke impulsieve en directe discriminatoire communicatie. De afgewezen sollicitant is vaak ook minder geïnformeerd over mogelijke aanpassingen dan een werknemer die ervaring heeft op de werkvloer<sup>335</sup>. De informatie van medewerkers is dan ook vaak cruciaal.

95. Er kan slechts sprake zijn van discriminatie bij de aanwerving indien er een causaal verband is tussen de handicap en de niet- aanwerving. Het arbeidshof in Antwerpen oordeelde dat de kandidaat voor de functie van buschauffeur bij een private onderaannemer van de Vlaamse vervoersmaatschappij De Lijn niet geweigerd werd omwille van zijn handicap, maar omwille van een ernstige verstoring van de verstandhouding wegens andere redenen<sup>336</sup>.

97. Zo oordeelde het Comité des Droits des Personnes Handicapés van de VN dat een universiteit in Italië wel degelijk een vergelijkend examen kan organiseren voor slechts één vacature van technicus en daarbij de minder gunstig gerangschikte kandidaat met een handicap niet aanwerven, ook al zou deze kandidaat op grond van een quotaregeling een voorrang moeten genieten. Dat later een soortgelijke vacature wordt georganiseerd voor dezelfde functie maar ten aanzien van een andere doelgroep opent ook geen recht op aanstelling via deze quotaregeling<sup>337</sup>.

---

<sup>331</sup> Zoals het verlies van een veiligheidscertificaat ingevolge negatief veiligheidsadvies op de luchthaven: Arbh. Brussel 20 januari 2020, AR 2018/AB/804, ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200120.1.

<sup>332</sup> KB 11 september 2022 tot wijziging van de code over het welzijn op het werk wat het re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers betreft, BS 20 september 2022. Het treedt in werking op 1 oktober 2022.

<sup>333</sup> A. DE BECKER en L. NISSEN, "Transparantie in het overheidsoptreden- het transparantiebeginsel als autonoom rechtsbeginsel bij het overheidsperoneel", in F. VANDENDRIESSCHE en C. CLEYNEN (eds.), *Transparantie in het overheidsoptreden*, Gandaius-Kluwer, Mechelen, 2022, 45-59; L. LIPPENS, S. VERMEIREN en S. BAERT, "The state of hiring discrimination: A meta-analysis of (almost) all recent correspondence experiments", *European Economic Review* 2023, 25 p., [www.elsevier.com/locate/eer](http://www.elsevier.com/locate/eer).

<sup>334</sup> Randstad Research, *Werk zoeken en vinden op de arbeidsmarkt*, 02/2019, tabel 3, p.24 <https://www.randstad.be/nl/workforce360>.

<sup>335</sup> S. VAN DAMME, "Recht op arbeid voor personen met een handicap: Het recht op redelijke aanpassingen als hoeksteen", *NjW* 2015, 890.

<sup>336</sup> Arbh. Antwerpen 20 maart 2018, AR 2007/11/71, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>337</sup> CRPF/C/13/D/9/2012, Communication n° 9/2012, A.F. tegen Italië

98. Indien de aanwerving steunt op een voorafgaandelijk examen dient de sollicitant tijdig redelijke aanpassingen te vragen voor dit examen. De arbeidsrechtbank van Antwerpen oordeelde dat het niet volstond om op het examen voor een ingangsexamen mee te delen dat men dyslexie heeft, maar dat dit moet bewezen worden met een attest en tijdig moet gecommuniceerd worden zodat de potentiële werkgever zich kan aanpassen<sup>338</sup>.

## C.2. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

99. In de eerste jaren van de ADW wierp de werkgever frequent op dat de werknemer wegens de handicap niet voldoet aan de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Zo stelde het Antwerpse havenbedrijf dat diabetes veiligheidsrisico's inhield. Dit verplicht de rechter evenwel na te gaan of de werkgever eventueel dit risico kan opvangen door redelijke aanpassingen aan de arbeidstaak<sup>339</sup>. De bescherming mag immers niet disproportioneel zijn en mag zeker niet steunen op uitsluitend perceptie<sup>340</sup>. Unia vermeldt ook het probleem van een slechthorende werknemer die daardoor heftrucks niet zou horen aankomen, terwijl hij met een cochleair hoorapparaat wel kon horen<sup>341</sup>.

100. In navolging van het arrest Kaltoft van het Hof van Justitie werd geoordeeld dat obesitas een handicap kan uitmaken en dat de werkgever redelijke aanpassingen moet overwegen voor een kandidaat in een autorijschool<sup>342</sup>. Ook sluiten rugproblemen nog niet uit dat men geschikt blijft voor de functie van magazijnier<sup>343</sup>.

101. Ook werd geoordeeld dat er geen discriminatie aanwezig is wanneer een kandidate-treinbegeleidster geen job aangeboden kreeg omwille van haar medische conditie waardoor het onmogelijk was enige fysieke activiteit uit te oefenen. Het essentieel mobiel beroep van een treinbegeleider bij het uit- en instappen van de treinen is een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste waardoor de werkgever de redelijke aanpassing niet moet onderzoeken in functie van elke andere taak die de persoon zou kunnen uitoefenen gelet op de specifieke vacature voor deze vacature<sup>344</sup>. Opgemerkt dient te worden dat het hier een kandidate betrof en geen werkneemster die reeds in dienst was, weze het tijdens de proefperiode. Dat maakt wel een substantieel verschil uit voor zover de werkgever een gepaste alternatieve tewerkstelling kan vinden<sup>345</sup>. Deze stelling creëert evenwel een scherp onderscheid tussen sollicitanten en werknemers in dienst. Dit onderscheid is evenwel te verantwoorden in het licht van het feit dat van werkgevers niet kan geëist worden dat deze bij iedere sollicitatie voor één specifieke functie zelf maar moeten uitzoeken voor welke andere functies de sollicitant met een beperking wel potentieel geschikt zou kunnen zijn<sup>346</sup>. Dit zou in de praktijk neerkomen op een verre gaande arbeidsmarktbegeleiding en die in redelijkheid bij openbare

---

<sup>338</sup> Arbrb. Antwerpen 8 mei 2014, AR nr. 13/469/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>339</sup> EHRM 30 april 2009, nr. 13444/04, Glor t. Zwitserland; Arbh. Antwerpen 21 november 2011, AR 2010/AA/334, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Antwerpen 16 oktober 2017, *Soc.Kron.* 2018, 226.

<sup>340</sup> M. SPINOY en J. VRIELINK, "Directe en indirecte discriminatie: een onderscheid van belang", in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 205-208.

<sup>341</sup> UNIA, *Onderhandelde oplossingen - Hoe een slechthorende kandidaat niet aangeworven werd wegens vermeende veiligheidsrisico's*, [www.unia.be/nl/artikels/hoeeen-slechthorende-kandidaat-niet-aangeworven-verdvanwege-vermeende-veiligheidsrisicos](http://www.unia.be/nl/artikels/hoeeen-slechthorende-kandidaat-niet-aangeworven-verdvanwege-vermeende-veiligheidsrisicos). 29 juni 2016

<sup>342</sup> Arbh. Luik 12 oktober 2017 *Soc.Kron.* 2018, 222.

<sup>343</sup> Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105.

<sup>344</sup> Rb. Henegouwen 10 december 2018, RG 17/2195/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>345</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85.

<sup>346</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

instellingen moet rusten en zeker niet naar kleine en middelgrote ondernemingen kan doorgeschoven worden. Van huidige werknemers kan de werkgever zich best een competentieprofiel voorstellen, wat minder opgaat voor kandidaten die hij nog geenszins kent en vaak ook weinig werkervaring hebben. Maar deze nuancering doet geenszins afbreuk aan de plicht van de werkgever om voor de vacante functie waarvoor de kandidaat solliciteert redelijke aanpassingen te overwegen indien deze de kandidaat wel geschikt kunnen maken voor de functie. Indien het gaat om een algemene wervingsreserve en niet op specifieke functies kan de plicht veel verder opgerekt worden.

102. Daarmee is niet uitgesloten dat de gezondheidstoestand toch een substantiële beroepsvereiste kan vormen. Ook Hendrickx stelt dat de fysieke toestand en handicap eventueel tot problemen bij de aanwerving kunnen leiden maar dat het relevantiebeginsel strikt moet toegepast worden<sup>347</sup>. Zo oordeelde het arbeidshof te Brussel dat een goede gezondheid een substantiële beroepsvereiste is voor een professionele basketbalspeler. Verzwijging van een handicap kan in dat geval leiden tot nietigheid van de sportieve arbeidsovereenkomst<sup>348</sup>. Een kritische noot van Funck bij dit arrest betwist evenwel de nietigheid met de stelling dat het discriminatierecht primeert op de “culpa in contrahendo”<sup>349</sup>. Dat zou dan impliceren dat de werkgever eerst moet afwachten wat het effect van de handicap is op de prestaties en verder redelijke aanpassingen moet overwegen vooraleer ongeschiktheid te kunnen invoeren. Toch lijkt deze discussie wat overtrokken nu precies de vraag is of bij dergelijke fysieke sportactiviteiten al dan niet redelijke aanpassingen wel überhaupt mogelijk zijn, zodat de mogelijkheid tot redelijke aanpassingen samenvalt met de vraag naar wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

103. Maar het kan slechts gaan om wezenlijke en bepalende beroepsvereisten voor zover geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn<sup>350</sup>. Slechts wanneer deze aangetoond worden kan men ook culpa in contrahendo aanvaarden. Het louter verzwijgen van een handicap volstaat dus niet om tot nietigheid te besluiten, wel indien het verzwijgen wezenlijke en bepalende beroepsvereisten betreft. Zoals opgemerkt in vorige paragraaf maakt het discriminatierecht wel degelijk een belangrijk onderscheid tussen de sollicitant en de werknemer in dienst<sup>351</sup>. Ten slotte kan verwezen worden naar artikel 5.16. van het nieuwe Belgische Burgerlijk Wetboek inzake het verbintenissenrecht dat de informatieplicht van de partijen versterkt inzake de redelijke verwachtingen van beide partijen en het voorwerp van de overeenkomst. Art. 5.17 derde lid vermeldt expliciet dat onduidelijkheid over het voorwerp een wilsgebrek kan uitmaken dat leidt tot nietigheid van de overeenkomst. Indien de werknemer wegens het ontbreken van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste de functie niet kan uitoefenen lijkt elke overeenkomst nietig omdat een essentieel element ontbreekt: namelijk de mogelijkheid om de functie uit te oefenen. De mogelijkheid van de werkgever om onder strikte omstandigheden de geschiktheid van sollicitanten te controleren wordt trouwens duidelijk geregeld in een bijzondere wet<sup>352</sup> en vindt in ruime mate toepassing in de sportwereld. Uiteraard kan men pas tot deze conclusie komen na een grondige analyse van de redelijke aanpassingen zoals vereist door de Kaderrichtlijn en de ADW. Er dient verder op

---

<sup>347</sup> F. HENDRICKX, “Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (II)”, *Or.* 2000, 73-76.

<sup>348</sup> Arbh. Brussel (Nl.) 15 juni 2021, *Soc.Kron.* 2021, 349.

<sup>349</sup> H. FUNCK, “Discriminatie primeert op burgerlijk recht, ook op de culpa in contrahendo”, *Soc.Kron.* 2021, 351-352.

<sup>350</sup> Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 515-516.

<sup>351</sup> Cf. supra Hfdst. II.D.5.

<sup>352</sup> W. 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, *BS* 9 april 2003.

gewezen te worden dat de controle op de fysieke kwaliteit eventueel een verplichting kan uitmaken in het kader van de Welzijnswetgeving, ditmaal ter bescherming van de werknemer tegen professionele risico's<sup>353</sup>.

104. In een zaak werd zo geoordeeld dat het verzwijgen van een psychiatrische aandoening niet kan beschouwd worden als een precontractuele fout die tot nietigheid van de overeenkomst leidt. Evenwel werd geoordeeld dat er toch geen opzegvergoeding verschuldigd was aangezien er geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen omwille van het feit dat de partijen nog geen akkoord hadden over alle essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst om het overeengekomen werk uit te voeren zoals in casu over de aanvang<sup>354</sup>. Men kan inderdaad niet van de werkgever eisen dat deze onredelijk lang in het ongewisse zou blijven over het effectief in dienst treden van de aangeworven werknemer. De werkgever wordt aldus gedwongen een vervanger aan te werven zodat de vacante job ingevuld wordt door iemand anders en niet onbepaald lang vacant blijft.

#### D. Redelijke aanpassingen in de arbeidsrechtspraak

105. De Kaderrichtlijn is vrij duidelijk in considerans nr. 20: “*Er moeten passende, dat wil zeggen doeltreffende en praktische maatregelen worden getroffen die gericht zijn op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, bijvoorbeeld aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, en taakverdeling, of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen.*” Deze plicht werd omgezet in de ADW, maar voor andere werknemers is er geen algemene plicht voor de werkgever naar Belgisch recht om redelijke aanpassingen te overwegen<sup>355</sup>.

106. In dat licht is het begrijpelijk dat het soms voor werkgevers als een verrassing overkwam dat discriminatie bewezen is als redelijke aanpassingen niet eens overwogen werden<sup>356</sup>. Daarbij voert de werkgever vaak aan dat hij geenszins het opzet had om werknemers met een handicap te discrimineren, maar dit verweer is buiten de kwestie, want inzake discriminatie is geen opzet vereist<sup>357</sup>. Aangezien geen voorafgaandelijke en bindende motivering wordt opgelegd door de wetgeving kan de werkgever evenwel nog steeds andere gegronde redenen invoeren, zoals bijvoorbeeld het gebrekkig functioneren of de noodzaak tot reorganisatie. Dat verklaart waarom behoorlijk wat rechtspraak had vermeden kunnen worden met duidelijke en tijdige motivering. Zelfs een preventieadviseur-arbeidsgeneesheer durft al eens in de fout te gaan. Een werkgever die het advies vertrouwt loopt een risico bij foutief advies<sup>358</sup>. Maar een werkgever die het advies negeert kan dan weer last hebben om aan te tonen dat hij wel voldoende gezocht heeft naar redelijke aanpassingen<sup>359</sup>.

---

<sup>353</sup> Cf. A. VAN REGENMORTEL e.a., *Handboek Welzijn op het Werk*, die Keure, 2023, passim, randnrs: 50, 166, 270, 451.

<sup>354</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 23 mei 2022, AR 2020/AB/178, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>355</sup> Arbb. Bergen en Charleroi 9 maart 2015, RG 14/436/1, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Luik 24 september 2019, N.H. t. L'A, [www.unia.be](http://www.unia.be); UNIA, *Onderhandelde oplossingen – Halftijdse job, combineerbaar met kinesessie*, [www.unia.be/nl/rechtspraak-alternatieven/onderhandelde-oplossingen/halftijdse-job-combineerbaar-metkinesessies](http://www.unia.be/nl/rechtspraak-alternatieven/onderhandelde-oplossingen/halftijdse-job-combineerbaar-metkinesessies).

<sup>356</sup> Arbh. Brussel (NL) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235; Arbrb. Gent 25 oktober 2016, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>357</sup> Cf. *Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, 51-2722/009, 45-47; Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/04, B.55; HvJ 8 november 1990, C-177/88, Dekker, I-3976, punt 24; Cass. 9 oktober 2017, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20171009.1.

<sup>358</sup> Arbh. Luik 16 december 2010, *JIT* 2011, 294; Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2011, 79; Arbrb. Brussel (Fr.) 6 mei 2015, RG 13/6128/A, ECLI:BE:TTBRL:2015:JUG.20150506.1.

<sup>359</sup> Voorz. Arbrb. Luik 9 maart 2018, RG 17/22/C, [www.unia.be](http://www.unia.be).

105. Werden in de rechtspraak als redelijke aanpassingen vermeld:

- niet werken boven schouderhoogte<sup>360</sup>
- licht werk zonder laden/lossen<sup>361</sup>
- thuiswerken<sup>362</sup>
- bureauwerk zonder nachtdienst of weekenddienst<sup>363</sup>
- deeltijdse arbeid<sup>364</sup>
- arbeidsduurvermindering<sup>365</sup>
- administratieve secretariaatsfunctie<sup>366</sup>
- heromscholing tot kraanman<sup>367</sup>
- progressieve werkhervatting en een aangepaste praktische opleiding<sup>368</sup>
- tijdskrediet<sup>369</sup>
- afstand houden van bepaalde machines als deze taken ook door anderen kunnen uitgevoerd worden<sup>370</sup>
- makkelijke toegang tot en bewaring van medicatie op de arbeidsplaats<sup>371</sup>
- telewerk<sup>372</sup>,
- aangepaste beroepsvorming voor veiligheidsfunctie<sup>373</sup>.

106. Hoewel het de werkgever toekomt om redelijke aanpassingen *in concreto* te overwegen, lijkt de rechtspraak er ook van uit te gaan dat de eventuele vragen en opmerkingen van de werknemer inzake redelijke aanpassingen ook voldoende inhoudelijk gestoffeerd moeten zijn en niet te vaag mogen blijven<sup>374</sup>. Zo werd geoordeeld dat de zuiver abstracte vraag naar aanpassingen geen substantiële vraag uitmaakt, vooral niet indien blijkt dat de betrokkene ongeschikt is voor de overeengekomen functie, geen concrete voorstellen formuleert en duidelijk op een financiële afscheidsregeling aanstuurt<sup>375</sup>. Het zelf aansturen op het ontslag als bewijs dat men redelijke aanpassingen afwijst komt nog wel meer voor in de rechtspraak<sup>376</sup>.

107. Maar zeer specifieke eisen van de werknemer voldoen ook lang niet altijd. Het principe van redelijke aanpassingen gaat niet zover dat een werkgever gedwongen kan worden om de organisatie van de onderneming zo aan te passen dat alleen zittend werk mogelijk is voor betrokkene als dat binnen de aard van de tewerkstelling niet past<sup>377</sup>. Indien de werkneemster eisen formuleert inzake deeltijdse arbeid, maar dan uitsluitend beperkt tot de voormiddagen,

<sup>360</sup> Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2011, 79.

<sup>361</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 6 mei 2015, RG 13/6128/A, ECLI:BE:TTBRL:2015:JUG.20150506.1.

<sup>362</sup> Arbh. Brussel (NL.) 18 december 2012, AR. 2011/AB/1089, ECLI:BE:CTBRL:2012:ARR.20121218.7.

<sup>363</sup> Arbrb. Bergen en Charleroi 9 maart 2015, RG 14/436/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>364</sup> HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, Ring en Skouboe Werge, ECLI:EU:C:2013:222; Arbrb. Brussel (Fr.) 12 maart 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>365</sup> Arbrb. Leuven 22 januari 2015, AR 14/642/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>366</sup> Arbh. Brussel 18 januari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 319.

<sup>367</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 6 mei 2015, RG 13/6128/A, ECLI:BE:TTBRL:2015:JUG.20150506.1.

<sup>368</sup> Arbh. Brussel (NL.) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235.

<sup>369</sup> Arbrb. Leuven 22 januari 2015, AR 14/642/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>370</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 18 november 2019, AR 2019/AH/65, [www.unia.be](http://www.unia.be), bevestigd in beroep het vonnis van Arbrb. Antwerpen, afd. Tongeren, 8 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>371</sup> Arbh.Brussel 7 mei 2018, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>372</sup> Arbh. Brussel (NL.) 18 december 2012, ECLI:BE:CTBRL:2012:ARR.20121218.7; Voorz. Arbrb. Luik 9 maart 2018, RG 17/22/C, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>373</sup> Arbh. Luik, afd. Luik, 26 september 2022, AR 2020/AL/496 -2021/AL/475, [www.unia.be](http://www.unia.be) en *JIT* 2023, 17.

<sup>374</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (NL.) 3 mei 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc.Kron.* 2023, 122; *NJW* 2023, 318 met noot P. PECINOVSKY; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS.

<sup>375</sup> Arbh. Brussel (NL.) 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200.

<sup>376</sup> Arbh. Brussel (NL.) 4 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Brussel (Fr.) 1 maart 2022, *Soc.Kron.* 2023, 110.

<sup>377</sup> Arbh. Antwerpen 12 mei 2009, ECLI:BE:AHANT:2009:ARR.20090512.18.



wat niet in de passen valt in de werkplanning van de werkgever, betreft het geen redelijke aanpassingen<sup>378</sup>. Ook de vraag om niet blootgesteld te worden aan uitlaatgassen kan niet gerealiseerd worden in een autocontrolecentrum waar voortdurend auto's binnen- en buitenrijden<sup>379</sup>.

108. In principe zou bij de afweging van redelijke inspanningen ook rekening moeten gehouden worden met eventuele overheidssubsidies<sup>380</sup>. Het is evenwel opvallend hoe weinig dit aspect uitgediept wordt in de rechtspraak, mede omdat het blijkbaar ook niet erg overwogen wordt door werkgevers<sup>381</sup>. In één geval werd er wel effectief rekening mee gehouden. In deze zaak had de werknemer zelf reeds de aanvraagprocedure gestart bij het Vlaams Agentschap voor Personen met een handicap maar had het overheidsbestuur hieraan geen gevolg gegeven<sup>382</sup>. In een ander geval had de werknemer geen aanvraag tot ondersteuning ingediend, maar oordeelde men dat dit geen invloed had op de plicht van de werkgever om zelf na te gaan wat mogelijk was<sup>383</sup>.

109. Ook publiekrechtelijke werkgevers gaan er soms snel van uit dat geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn<sup>384</sup>. Zo oordeelde de Raad van State dat noch de school, noch de Franstalige Gemeenschap behoorlijk had onderzocht of de niet toegankelijkheid van de school voor een rolstoel-leerkracht scheikunde niet kon verholpen worden door passende maatregelen<sup>385</sup>.

110. Er moet ook effectief een “vacante betrekking” bestaan waar de werknemer kan werken<sup>386</sup>. De werkgever moet dus geen nieuwe arbeidsplaats creëren na reorganisatie, wat vooral in kleinere ondernemingen moeilijk ligt. Er werd eveneens geoordeeld dat een wijziging van een taak naar een administratieve functie niet aan de orde is indien de sollicitante ongeschikt is voor de vacante administratieve functies<sup>387</sup>. De handicap kan van aard zijn dat de werknemer ongeschikt blijkt voor andere voorgestelde taken<sup>388</sup>. Er is dus geen absoluut recht op een andere betrekking ter vervanging. Maar als de betrokkene toch een tijdje gewerkt heeft in een andere functie toont dit ook aan dat deze tewerkstelling effectief mogelijk is<sup>389</sup>. Een werkgever kan inderdaad moeilijk stellen dat de betrokken werknemer niet geschikt is voor deze functie als deze gedurende de opzegtermijn deze functie wel heeft uitgeoefend zonder dat dit aanleiding gaf tot klachten<sup>390</sup>. Als de werknemer evenwel niet voldoet in de nieuwe functie komt de bewijslast daarvan bij de werkgever te liggen. Anders oordelen zou het recht op redelijke aanpassingen uithollen door formele aanpassingen die neerkomen op uitstel van ontslag en het omzeilen van de motiveringsplicht. Een louter beroep

---

<sup>378</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 12 maart 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>379</sup> Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt), 23 juli 2021 en 19 januari 2022, *Soc.Kron.* 2023, 101.

<sup>380</sup> Art. 4, 12° ADW: “*Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd*”.

<sup>381</sup> Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105;

<sup>382</sup> Arbrb. Gent, afd. Gent, 31 mei 2017, AR 15/2977/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>383</sup> Arbh. Brussel (NL) 20 januari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235.

<sup>384</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85.

<sup>385</sup> RvS 8 november 2013, nr. 225.413, Laureys t. Franstalige Gemeenschap.

<sup>386</sup> HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85, punt 48.

<sup>387</sup> Rb. Henegouwen 10 december 2018, RG 17/2195/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>388</sup> Arbrb. Henegouwen 28 september 2018, XX t. F, [www.unia.be](http://www.unia.be)

<sup>389</sup> HvJ 10 februari 2022, punt 47.

<sup>390</sup> Arbrb. Antwerpen, afd. Antwerpen, 15 februari 2022, AR 21/474/A, [www.unia.be](http://www.unia.be)

van de werkgever op de noodzaak tot reorganisatie volstaat geenszins als excuus om geen redelijke aanpassingen te overwegen<sup>391</sup>. Het verweer moet concreet blijven<sup>392</sup>.

## E. Wijziging van de arbeidsovereenkomst

111. Zoals eerder reeds gemeld blijft het heikele punt van de redelijke aanpassingen dat vaak omzeild wordt in kritische analyses van rechtsleer. Dat betreft de kwestie dat in vele gevallen de oude arbeidsovereenkomst niet meer behouden kan worden. Wat zijn dan de gevolgen? Sedert het arrest Ring en Skouboe Werge van het Hof van Justitie komt de werkgever de plicht toe om aanpassingen te onderzoeken, eventueel zelfs door het aanbod van een deeltijdse betrekking<sup>393</sup>. Dit impliceert een ingrijpende wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De terughoudendheid van het Hof van Justitie om diep in te gaan op het punt van de concrete gevolgen van de redelijke aanpassingen is begrijpelijk, aangezien de gevolgen van deze wijziging afhangen van het nationale arbeidsrecht én van de concrete omstandigheden. De werknemer heeft wel recht op redelijke aanpassingen, maar dat betekent geenszins dat altijd loons- en arbeidsvoorwaarden integraal behouden blijven. De voorgestelde aanpassingen kunnen impliceren dat de nieuwe overeenkomst minder gunstig is dan de vorige<sup>394</sup>. De heikele vraag is ook of dergelijke vorm van “degradatie” als “passend” kan omschreven worden. Precies om die reden worden redelijke aanpassingen vaak ervaren als een inadequate reactie op discriminatie en als een lagere vorm van bescherming.

112. De heikele vraag zal men dus effectief moeten stellen en ook durven beantwoorden<sup>395</sup>. Eigenlijk is het logisch dat bij een wijziging van de arbeidsovereenkomst ook de loons- en arbeidsvoorwaarden wijzigen, niettegenstaande het diepe stilzwijgen in de rechtsleer. Zo is immers duidelijk dat bij de overgang van een voltijdse naar een deeltijdse overeenkomst de werknemer moeilijk een loon voor voltijdse prestaties kan blijven opeisen, na een wettelijke opzegtermijn. De Wilde en Janvier merken terecht op dat, hoe legitiem de redenen tot weigering van de alternatieve werkaanbiedingen door de werknemer ook kunnen zijn, men door de weigering in een patstelling terechtkomt omdat de werkgever alsnog dan toch overmacht kan invoeren bij blijvende arbeidsongeschiktheid in de huidige functie<sup>396</sup>. Deze patstelling kan er zelfs toe leiden dat de werknemer, staande de arbeidsovereenkomst de gerechtelijke ontbinding vraagt wegens zware fout van de werkgever<sup>397</sup>. Ook in de publieke sector is de wijziging van inhoudelijke taken geenszins een evidentie, maar men kan moeilijk toelaten dat de publiekrechtelijke werkgever zou ontsnappen aan de plicht om redelijke aanpassingen aan te bieden door een strikte toepassing van de statuten die strijdig zijn met het

---

<sup>391</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 6 juli 2021, *Soc.Kron.* 2023, 90.

<sup>392</sup> Arbrb. Luik 13 januari 2020, C.D. t. Gem.X, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>393</sup> HvJ 11 april 2013 C-335/11 en C-337/11, Ring en Skouboe Werge, ECLI:EU:C:2013:222.

<sup>394</sup> In dezelfde zin: V. VERVLiet en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 655; enigszins contra N. BETSCH, “Gezondheid, arbeidsongeschiktheid en onderneming, in F. HENDRICKX en D. SIMOENS (eds.) *Arbeids- en socialezekerheidsrecht, Themis 2010-2011*, Brugge, die Keure, 2010, 64.

<sup>395</sup> D. CUYPERS, “Leeftijdscriminatie en redelijke aanpassingen: naar een nieuwe benadering van de work-life balance voor oudere werknemers”, in *De Taal is gans het recht, Liber Amicorum Willy Van Eeckhoutte*, Kluwer, 2018, 325-340.

<sup>396</sup> I. DE WILDE en R. JANVIER, “Nieuwe regelgeving voor de re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden. Toelichting en kanttkening bij de toepassing op het (lokaal) overheidspersoneel”, *T. Gem.* 2017/2, 99.

<sup>397</sup> Arbh. Bergen 28 oktober 2020, *Soc.Kron.* 2023, 86, met verwijzing naar art. I.4-74 § 4 Codex Welzijn op het werk en Cass. 25 februari 1991, *JTT* 1991. Verder ook Cass. 11 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 133.

Unierecht en de ADW<sup>398</sup>. Redelijke aanpassingen moeten worden aangeboden, ook al impliceert dat een overtreding van de statuten die een nieuwe vacature zouden voorschrijven.

113. Van Langendonck waarschuwde reeds lang geleden voor de “pijnlijke” gevolgen van de paradigmashift voor de betrokkene die niet langer meer automatisch aanspraak kan maken op financiële compensatie zonder zelf mee te werken aan zijn re-integratie<sup>399</sup>. Dat maakt in essentie dat ook de werknemer een plicht heeft om redelijke aanpassingen te aanvaarden, ook al zijn die minder gunstig dan de vroegere arbeidsvoorwaarden. Men ontkomt ook niet aan die vaststelling in het licht van het recente KB inzake de re-integratie van langdurig arbeidsongeschikten, waarbij de sociale zekerheid ook niet langer alle kosten wenst te dragen als de werknemer ook geen inspanning levert<sup>400</sup>. Men kan evenwel ook opmerken, dat nu gesteld is dat de werknemer eventueel ook minder gunstige arbeidsvoorwaarden moet accepteren als deze passend zijn, er ook veel meer ruimte ontstaat voor dialoog tussen werkgever en werknemer over de vraag hoe de competenties maximaal benut kunnen worden. Het lijkt er vaak op dat precies dit heikele punt te weinig ter sprake komt in deze dialoog, wat uiteraard het spectrum van redelijke aanpassingen aanzienlijk inperkt. Parallel kan men dan in de toekomst ook de plicht van de werkgever om actief mee te zoeken nog versterken. Wel zal deze dialoog beter moeten ingepast worden in de bestaande wetgeving wat momenteel geenszins evident is<sup>401</sup>. Verder is duidelijk dat de werknemer ook beschermd moet worden tegen ongefundeerde demoties die niet stroken met de eigen competenties.

114. Het effect is trouwens nu reeds te merken in de rechtspraak. De weigering van een aangeboden overeenkomst door de werknemer kan tot gevolg hebben dat deze niet slaagt in het bewijs van discriminatie<sup>402</sup>. Zo oordeelde het arbeidshof van Brussel dat een lerares die niet meer kan lesgeven wegens haar dysfonie (stemproblemen) niet langer het statuut van lerares kan behouden. Indien de Franse Gemeenschap en de gemeente waaraan ze verbonden was haar alternatieve contracten aanbieden, hebben deze hun plicht tot redelijke aanpassingen vervuld<sup>403</sup>. En dat heeft niet alleen repercussies inzake wedde, maar ook inzake de omstreden vakantieregeling die de lerares graag had behouden. Het arbeidshof gaat er evenwel terecht van uit dat deze vakantieregeling essentieel aan de onderwijsfunctie zelf verbonden is en geen deel uitmaakt van “verworven rechten” die de gewezen lerares kan blijven opeisen na wijziging van de functie.

115. Ook in Nederland kan de werkgever zowel boven als onder het functieniveau van de werknemer zoeken naar passende functies<sup>404</sup>. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de werknemer die herplaatst wordt in een functie met een lager loon niet alleen geen recht op behoud van het loon heeft, maar ook geen “transitievergoeding” (bijkomende gedeeltelijke ontslagvergoeding) kan bekomen wegens beëindiging van de vorige functie<sup>405</sup>.

---

<sup>398</sup> R. JANVIER en I. DE WILDE, “Re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden in overheidsdienst. Een hindernissenparcours van formaat”, *TSR* 2018, 664-689.

<sup>399</sup> J. VAN LANGENDONCK, *Een andere kijk op sociale zekerheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 149.

<sup>400</sup> KB 11 september 2022 tot wijziging van de codex over het welzijn op het werk wat het re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers betreft, *BS* 20 september 2022. Het treedt in werking op 1 oktober 2022.

<sup>401</sup> Infra hoofdstuk VII.

<sup>402</sup> Arbh. Brussel (Nl.) 28 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Henegouwen 28 september 2018, XX t. F, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>403</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 18 januari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 319.

<sup>404</sup> J. VAN DRONGELEN, W.J.P.M. FASE en S.F.H. JELLINGHAUS, *Individueel arbeidsrecht. Deel 3 Ontslagrecht*, Zupthen, Uitgeverij Paris, 2018, 114; P. KRUIT en J. SAP, “De herplaatsingsplicht in de praktijk”, *TvO* 2018, afl.2, 34.

<sup>405</sup> Hoge Raad 17 april 2020, 19/04725, ECLI:HR:2020:749.

116. Werknemers kunnen inderdaad in principe geen vroegere voordelen behouden die niet overeenkomen met de nieuwe passende betrekking in vergelijking met werknemers die in dezelfde omstandigheden werken<sup>406</sup>. Uiteraard kunnen de partijen steeds anders overeenkomen maar een afdwingbaar recht is het niet. Dit verklaart ten dele de patstellingen in vele concrete situaties. De werkgever wil wel een nieuwe overeenkomst aanbieden, maar de werknemer weigert de daaraan verbonden loonsverlaging en de werkgever kan moeilijk een hoger loon toekennen aan deze werknemer in vergelijking met andere werknemers die een perfect vergelijkbare taak vervullen. Hier botsen dus meerdere gelijkheidsprincipes op elkaar. Een hoger loon toekennen aan een werknemer met een handicap om de enkele reden van zijn handicap zou neerkomen op “omgekeerde discriminatie”. Uiteraard heeft de werkgever wel eventueel nog de nodige beleidsruimte om bij de loonbegroting objectieve elementen te laten doorspelen, zoals een grotere ervaring, anciënniteit en/of meer competenties, die eventueel gelinkt kunnen worden aan de vorige arbeidsovereenkomst. Ook al percipieert de werknemer de nieuwe functie als een demotie: dat belet niet dat de werkgever zijn plicht tot redelijke aanpassingen is nagekomen<sup>407</sup>. Meer nog: er werd zelfs geoordeeld dat de weigering om nog te werken nadat een procedure voor aangepast werk werd opgestart ertoe kan leiden dat de betrokken werknemer zelf onrechtmatig ontslag heeft genomen. Deze werknemer is dan zelfs een opzegvergoeding verschuldigd<sup>408</sup>. Uit een louter voorstel om aangepast werk met andere arbeidsvoorwaarden te verrichten kan de werknemer nog geen impliciet ontslag afleiden. Daarvoor is vereist dat de werkgever eenzijdig de wijziging zou doorvoeren<sup>409</sup>.

117. Dit impliceert geenszins dat de werknemer dan elk aanbod vanwege de werkgever moet aanvaarden. Zoals Vervliet en Van Puyvelde terecht stellen impliceert het aanbod van een alternatieve betrekking wel degelijk ook een toetsing van de goede trouw van het aanbod door de werkgever<sup>410</sup>. Als het geboden alternatief niet te goeder trouw is kan het bezwaarlijk bestempeld worden als “passend”. Natuurlijk geldt dit argument enkel indien de werkgever eerst effectief redelijke aanpassingen heeft overwogen voor de oorspronkelijk functie<sup>411</sup>. Een eenzijdige reductie naar een halftijdse overeenkomst wegens besparingen in combinatie met handicap is niet te goeder trouw<sup>412</sup>. Inderdaad vermengt men best niet de zoektocht naar concrete redelijke aanpassingen met de financiële reorganisatie van de onderneming. Wanneer de werknemer zelf een andere taak voorstelt die deze evenwaardig vindt, dient de werkgever uiteraard hierop gemotiveerd te antwoorden. Wanneer de werkgever nalaat gedetailleerde voorstellen van de werknemer te onderzoeken en te beantwoorden heeft dit negatieve gevolgen inzake het bewijs van het onderzoek naar de redelijke aanpassingen<sup>413</sup>. Het is evenwel duidelijk dat deze verregaande rechterlijke bevoegdheid om de dialoog en de daaraan verbonden contractsvoorstellen te beoordelen in hoge mate ongebruikelijk is in het Belgische arbeidsrecht dat geen algemene principes kent van goed werknemerschap en goed

---

<sup>406</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 18 januari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 319.

<sup>407</sup> Arbh. Brussel (NL.) 17 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 198

<sup>408</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 15 juli 2020, V.U. t. S.A. HM, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>409</sup> Cass. 23 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 691; Cass. 13 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 962; Cass. 1 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 361; Cass. 18 december 2000, *RW* 2001-02, 842; *Soc.Kron.* 2011, 260.

<sup>410</sup> V. VERVLIET en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 655; Cf. ook T. DOUILLET, “Vers un licenciement économique en droit belge? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique”, *TSR* 2015, 591-652.

<sup>411</sup> Cf. o.a. Arbrb. Charleroi 10 januari 2020, Unia en ML t. Stad C., [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>412</sup> Arbrb. Gent, afd. Gent, 31 mei 2017, AR 15/2977/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>413</sup> Arbh. Bergen 28 oktober 2020, *Soc.Kron.* 2023, 86; Arbrb. Charleroi 10 januari 2020, Unia en ML t. Stad C., [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Luik 24 september 2019, N.H. t. L'A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Brussel (NL.) 28 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

werkgeverschap. Wel laat het toegenomen mailverkeer tussen partijen in de praktijk ertoe dat de rechtspraak wel kan inkijken in de dialoog, wat eigenlijk neerkomt om de toepassing van deze algemene principes inzake goed werkgeverschap.

## F. Ziekte en handicap: een heikel onderscheid

### F.1. Handicap is geen ziekte in het Unierecht

118. Zoals eerder beschreven heeft de Europese wetgever met het begrip "handicap" bewust gekozen voor een term die verschilt van het begrip "ziekte", waardoor een eenvoudige gelijkstelling van de twee begrippen uitgesloten is. Daarover laat het Hof van Justitie geen twijfel bestaan, hoewel handicap nochtans ruim moet geïnterpreteerd worden<sup>414</sup>. Dit neemt niet weg dat een ziekte een handicap kan uitmaken, wanneer die voortvloeit uit een gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte en wanneer deze ziekte leidt tot een beperking die het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkenen beletten daadwerkelijk en gelijkwaardig aan het beroepsleven deel te nemen<sup>415</sup>. Zoals uit de zaken Chacon Navas<sup>416</sup>, Daoudi<sup>417</sup> en Conejero<sup>418</sup> blijkt is er een probleem met het ontslag wegens ziekte, waarop het Hof geen sluitend antwoord kan bieden omdat dit niet expliciet besloten ligt in het Unierecht.

### F.2. Actuele en toekomstige gezondheidstoestand versus ziekteverleden

119. Zoals eerder beschreven heeft de ADW van 2007 de discussie verscherpt door het ziekteverleden uit te sluiten van de ontslagbescherming, maar wel de toekomstige en huidige gezondheidstoestand als beschermde grond in te voeren<sup>419</sup>. Dat heeft uiteraard te maken met het feit dat afwezigheden in de Belgische rechtspraak frequent aanleiding geven tot ontslag. Vooral bij collectief ontslag heeft de arbeidsrechter niet bepaald de neiging om de afwezigheidscriteria discriminatoir te bevinden<sup>420</sup>. Niettemin is kritische rechtsleer geenszins overtuigd van het onderscheid tussen gezondheid in het verleden en in de toekomst. De reden waarom men ontslag geeft wegens ziekte in het verleden is precies omdat men vreest dat dit in de toekomst zich nog zal herhalen met nadelige gevolgen voor de arbeidsorganisatie<sup>421</sup>. Het onderscheid in de wetgeving is dus kunstmatig<sup>422</sup>. Een deel van de rechtspraak sluit zich

<sup>414</sup> Cf. rechtspraak HvJ, Hfdst. IV.

<sup>415</sup> Arbh. Brussel (Nl.) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235.

<sup>416</sup> HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacon Navas, ECLI:EU:C:2006:456.

<sup>417</sup> 1 december 2016 C-395/15, Daoudi ECLI:EU:C:2016:917.

<sup>418</sup> HvJ 18 januari 2018, C-270/16, Conejero, ECLI:EU:C:2018:734

<sup>419</sup> Supra Hoofdstuk II, D.4.

<sup>420</sup> Arbh. Antwerpen (afd.Hasselt) 3 september 2008, *RABG* 2009, afl. 14, 970, noot J. HERMAN, "Gezondheid is de grootste schat. Collectief ontslag en selectie van werknemers op grond van hun gezondheidstoestand", *RABG* 2009, 980.

<sup>421</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, 55; A. MORTIER en M. SIMON, "Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?", *JTT* 2018, 84; M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 422.

<sup>422</sup> D. DE MEYST, "Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen", *Soc.Kron.* 2018, 156-166; A. MAES en L. FASTREZ, "De afwezigen hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absentisme. Een analyse in het licht van de antidiscriminatiewetgeving, het kennelijk onredelijk ontslag en het rechtsmisbruik", *TSR* 2020, 291-343; A. MORTIER en M. SIMON, "Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?", *JTT* 2018, 81-90; A. RAHMÉ, F. HENDRICKX, O. VANACHTER en A. VAN BEVER, *Discriminatie op basis van handicap en gezondheidstoestand in de arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 69; A. MAES, "What's in a name: discriminatie op basis van huidige of toekomstige gezondheidstoestand of legitiem

expliciet aan bij deze kritische rechtsleer<sup>423</sup>. Er wordt gewezen op het feit dat de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever met het onderscheid tussen gezondheid in het verleden en in de toekomst vooral ingegeven werd om voorspellende en genetische testen te voorkomen<sup>424</sup>. Dat is wel merkwaardig, want de ADW vermeldt duidelijk dat gezondheidstoestand in het algemeen in de toekomst een beschermd criterium is zonder dat de ADW dit beperkt tot voorspellende en genetische testen.

120. Andere rechtsleer blijft sterk vasthouden aan het wettelijke onderscheid omwille van de uitdrukkelijke wetteksten en een duidelijke parlementaire voorbereiding<sup>425</sup>. Een deel van de rechtsleer is kritisch omwille van praktische redenen. Men merkt terecht op dat het ontslag van minder productieve werknemers onvermijdelijk is en dat de wetgever precies dat heeft willen toelaten<sup>426</sup>, mede in het belang van het collectief overleg waarbij criteria moeten vastgelegd worden mede om het voortbestaan van de onderneming en de verdere tewerkstelling van andere werknemers te verzekeren<sup>427</sup>. Sommige rechtspraak merkt wel op dat de discriminatiewetgeving verzachting aanbrengt bij deze harde traditie gelet op de noodzaak om redelijke aanpassingen te overwegen en gelet op de proportionaliteitstoets bij ontslag<sup>428</sup>. Maes en Fastrez stellen terecht samenvattend dat de gezondheidstoestand wel degelijk beschermd wordt in het discriminatierecht, maar toch ontslag geenszins uitsluit<sup>429</sup>.

121. Op het eerste gezicht lijkt CAO nr. 95 de leemte te sluiten, maar ook dat is niet evident<sup>430</sup>. Het discriminatieverbod van CAO nr. 95 wordt niet overtreden als de ongelijke behandeling “*verband houdt met de functie of de aard van de onderneming*” (art. 3, 2de lid). “*Te veel ziekteverlof*” lijkt in aanmerking te komen als de werking van de onderneming wordt verstoord. Dat er geen sprake is van discriminatie bij veelvuldige of langdurige afwezigheden

---

ontslag op basis van de negatieve gevolgen van de afwezigheid op de onderneming”, noot onder Arbrb. Brussel 13 juni 2016, *JTT* 2018, 14; R. BLANPAIN, “Werknemers worden gediscrimineerd wegens gezondheidstoestand”, *Juristenkrant* 2008, afl. 174, 13; J. COULIER, “Rechter verwacht ook van publiekrechtelijke werkgevers medewerking aan de re-integratie van langdurig zieke personeelsleden”, *Soc.Kron.* 2021, 327-329; Reeds op basis van de wet van 2003: J. HOFKENS EN S. DEMEESTERE, *Discriminatie in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 104; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX EN D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet- Een artikelsgewijze analyse (Deel 1)”, *NjW* 2003, 264; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 2004, 391; N. GYSEMANS EN P. MAERTEN, “Het ontslag van een arbeidsongeschikte werknemer”, *Oriëntatie* 2016, 245-246.

<sup>423</sup> Arbh. Bergen 21 oktober 2022, AR 2022/AM/91, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>424</sup> Arbh. Brussel (NL.) 17 januari 2017 en 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 198 en 200; Arbh. Brussel (Fr.) 9 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Brussel (NL.) 18 februari 2020, AR 2018/AB/533, *JTT* 2021, 49, ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200218.11.

<sup>425</sup> H. FUNCK, “Licenciement en cas d’absence au travail pour incapacité résultant d’une maladie ou d’un accident: une discrimination en raison de l’état de santé actuel ou futur?” *Soc.Kron.* 2022, 3-10.

<sup>426</sup> F. SINE EN I. VERHELST, “Tien jaar antidiscriminatiewetgeving voor de Belgische arbeidsgerechten: wat maakt het verschil?”, *Or.* 2017, 35; A. WITTERS, I. VERHELST EN D. DEJONGHE, “De” absurde gevolgen van de Antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *Or.* 2004, 178.

<sup>427</sup> J. HERMAN, “Gezondheid is de grootste schat. Collectief ontslag en selectie van werknemers op grond van hun gezondheidstoestand” (noot onder Arbh. Antwerpen 3 september 2008), *RABG* 2009, 987-990.

<sup>428</sup> A. MAES, “What’s in a name: discriminatie op basis van huidige of toekomstige gezondheidstoestand of legitiem ontslag op basis van de negatieve gevolgen van de afwezigheid op de onderneming”, noot onder Arbrb. Brussel 13 juni 2016, *JTT* 2018, 15-16; A. MORTIER EN M. SIMON, “Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?”, *JTT* 2018, 89; V. DE GREEF, “Reprise progressive du travail et handicap: seul le juge jette des ponts entre le droit de la non-discrimination et le droit du travail”, *Soc.Kron.* 2021, 321-327.

<sup>429</sup> A. MAES EN L. FASTREZ, “De afwezigen hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absentisme. Een analyse in het licht van de antidiscriminatiewetgeving, het kennelijk onredelijk ontslag en het rechtsmisbruik”, *TSR* 2020, 291-343, nr. 38 en nrs. 46-82.

<sup>430</sup> Cf. Arbrb. Henegouwen 4 mei 2017, AR 15/5574/A, [www.unia.be](http://www.unia.be): waarbij de rechter de opening van de debatten beveelt om de partijen toe te laten hierover te concluderen.

wegens ziekte die de goede gang van zaken in de onderneming in het gedrang brengen, blijft dan ook de gangbare rechtspraak bij toepassing van de ADW<sup>431</sup>.

122. Een deel van de rechtspraak steunt op CAO nr. 95 om te stellen dat noch het ziekteverleden noch de prognose op zichzelf volstaat om het ontslag te rechtvaardigen en kent bij deze overtreding dezelfde schadevergoeding toe als op grond van de ADW van 2017, hoewel CAO nr. 95 deze sanctie niet bepaalt<sup>432</sup>.

123. Andere rechtspraak kent de vergoeding van de ADW toe wegens overhaast ontslag na een ziekteperiode van slechts twee weken<sup>433</sup>. De arbeidsrechtbank van Brussel stelt zonder meer dat het betwiste ontslag niet steunt op de afwezigheden in het verleden, maar op de huidige en toekomstige gezondheidstoestand, zodat het ontslag discriminatoir is. Wanneer de werknemer kan aantonen dat hij omwille van zijn gezondheidstoestand is ontslagen, moet de werkgever het tegenbewijs leveren. Indien de werkgever niet kan aantonen dat de afwezigheid een effect had op de werking van de onderneming, faalt die in de bewijslast<sup>434</sup>. Zo volstaat het niet dat de werkgever een verstoorde planning van activiteiten inroept maar deze niet voorlegt aan de rechtbank en verder geen enkel stuk ter bewijs neerlegt<sup>435</sup>. Ook het arbeidshof van Antwerpen oordeelde dat het ontslag na een weigering om het werk te hervatten tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid ingegeven was door “huidige” en mogelijks “toekomstige” gezondheid en derhalve discriminatoir<sup>436</sup>.

### F.3. Rechtspraak inzake discriminatie wegens gezondheidstoestand

124. Zoals beschreven is de nuance in de parlementaire voorbereiding tussen gezondheidstoestand in het verleden en in de toekomst flinterdun<sup>437</sup>. Door gezondheidstoestand als beschermd criterium op te nemen worden de ontslagmogelijkheden wel degelijk beperkt. Er is toenemende rechtspraak waarin ontslag steunende op de actuele of toekomstige gezondheidstoestand gesanctioneerd wordt op grond ADW, zelfs indien de toestand niet direct als handicap kan gekwalificeerd worden<sup>438</sup>. Zo werd geoordeeld inzake een werkneemster die ontslagen werd, kort na mededeling van een operatie aan de schildklier, dat het ontslag steunde op een discriminatoire grond wegens de verwachte toekomstige arbeidsongeschiktheid<sup>439</sup>. Op grond van het Waalse Decreet kan de rechtbank eveneens oordelen dat het ontslag wegens afwezigheid wel een discriminatie uitmaakt op grond van de gezondheidstoestand<sup>440</sup>.

---

<sup>431</sup> Arbh. Bergen 10 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 194 en *JLMB* 2017, 1716; Arbh. Brussel (NL) 17 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 198.

<sup>432</sup> Arbh. Antwerpen 6 juni 2017, AR 2015/AA/557, [www.unia.be](http://www.unia.be) en *Soc.Kron.* 2018, 204 met kritische noot H. FUNCK; L. VERMEULEN, “Ontslag na ziekteperiodes – discriminatie- noot onder Arbh. Antwerpen 6 juni 2017”, *JTT* 2018, 458-462.

<sup>433</sup> Arbh. Antwerpen 19 februari 2018, 2017/AA/363.

<sup>434</sup> Arbrb. Brussel (Fr) 16 december 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>435</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 9 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>436</sup> Arbh. Antwerpen 8 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 83.

<sup>437</sup> Cf. o.a. Arbh. Bergen 23 september 2022, *JTT* 2023, 166.

<sup>438</sup> Arbrb. Gent 25 oktober 2016, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Luik 13 januari 2020, C.D. t. Gem.X, [www.unia.be](http://www.unia.be); V. DE GREEF, “Reprise progressive du travail et handicap: seul le juge jette des ponts entre le droit de la non-discrimination et le droit du travail”, *Soc.Kron.* 2021, 321-327; J. COULIER, “Rechter verwacht ook van publiekrechtelijke werkgevers medewerking aan de re-integratie van langdurig zieke personeelsleden”, *Soc.Kron.* 2021, 327-329.

<sup>439</sup> Arbrb. Brussel (Fr) 22 april 2020, J.S.C. t. sprl K.C., [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>440</sup> Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

125. In een zaak voor de arbeidsgerechten te Brussel werd geoordeeld dat de werkweigerings na een eerdere aanwerving van een sollicitant met een mentale handicap wegens tijdelijke opname in een psychiatrisch ziekenhuis discriminatie uitmaakt op grond van handicap. Daarbij wordt de grens tussen tijdelijke psychologische aandoening en handicap vrij dun. Hoewel de rechtbank aanvaardt dat de werknemer een psychische handicap heeft (wat ook blijkt door de aanstelling van een bewindvoerder), is de intrekking van het aanbod tot aanwerving vooral ingegeven door de niet beschikbaarheid van de werknemer. De werkgever had dit werkaanbod wel geformuleerd met kennis van de handicap, maar steunde de intrekking van het aanbod op de onbepaalbare afwezigheid. Niettemin veroordelen de rechtbank en het hof de werkgever tot schadevergoeding wegens discriminatie<sup>441</sup>. Uit de feiten blijkt evenwel dat de regelrechte aanleiding de tijdelijke onbeschikbaarheid was en niet de handicap als zodanig die immers gekend was en niet belet had dat de arbeidsovereenkomst ondertekend werd, hoewel nadien uitvoering van de overeenkomst geweigerd werd. Daarmee worden evenwel vermengd: een ontslagverbod wegens handicap en de problematiek van een onderneming die reeds bij de sollicitatie geconfronteerd wordt met eventuele langdurige afwezigheid. Relevant daarbij kan het reële onderscheid zijn dat gemaakt dient te worden tussen een sollicitant enerzijds en een werknemer in dienst<sup>442</sup>. Verder kan opgemerkt worden dat de werkgever te weinig had laten gelden dat de tewerkstelling wegens mogelijke langdurige afwezigheid tot een ernstige verstoring aanleiding zou geven. En ten slotte heeft het feit dat het sociale tewerkstelling betrof allicht ertoe geleid dat de werkgever een ruimere plicht ter zake had (ten dele wegens overheidssubsidies?). Het is dan ook de vraag of deze uitspraak zonder meer per analogie kan toegepast worden voor andere ondernemingen.

126. Het arbeidshof van Brussel stelt zo dat het ontslag omwille van gezondheidstoestand niet hetzelfde is als op grond van handicap maar wel onder toepassing van de ADW valt. Aangezien de gemeente evenwel kan aantonen dat de aanstelling nodig is van andere personeelsleden om de continuïteit inzake belangrijke dossiers te garanderen en de werkneemster geen redelijke aanpassingen gevraagd had, is er geen sprake van discriminatie, noch op grond van handicap, noch op grond van gezondheidstoestand<sup>443</sup>.

127. Het gevolg van de overlap van gezondheidstoestand en discriminatierecht impliceert dat wanneer de werknemer kan aantonen dat hij omwille van de gezondheidstoestand is ontslagen, de werkgever omwille van de wettelijke omkering van de bewijslast het tegenbewijs moet leveren of minstens aantonen dat de afwezigheid een negatief effect had op de werking van de onderneming. Zoniet faalt de werkgever in de bewijslast<sup>444</sup>.

128. Langs Nederlandstalige kant is de oogst aan gerechtelijke uitspraken inzake gezondheid soms vrij bondig en categorisch<sup>445</sup>. Overwegend blijft de rechtspraak mild in het aanvaarden van de negatieve effecten op de werking van de onderneming ingevolge herhaalde afwezigheden<sup>446</sup>. Men kan inderdaad moeilijk werkgevers verplichten om werknemers in

---

<sup>441</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 8 oktober 2019, ADK qq. t. asbl B.R., [www.unia.be](http://www.unia.be); bevestigd op dit punt maar hervormd inzake de opzegvergoeding door Arbh. Brussel (Fr.) 23 mei 2022, AR 2020/AB/178, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>442</sup> Cf. supra: Hoofdstuk II.D.5.

<sup>443</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 3 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>444</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 9 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbh. Brussel (NL.) 18 februari 2020, *JTT* 2021, 49, ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200218.11; Arbrb. Brussel (Fr.) 16 december 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>445</sup> Arbh. Brussel (NL.) 21 september 2020, AR 2018/AB/718, [www.Juportal.be](http://www.Juportal.be).

<sup>446</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 17 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Antwerpen, 13 januari 2016, *Limb.Rechtsl.* 2016, 215 met noot V. VANDEURZEN; Arbh. Antwerpen 17 maart 2016, AR 14/1139/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Hasselt 28 mei 2009, AR 2051589, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Leuven 8 oktober 2015, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Henegouwen 4 mei 2017, AR 15/5574/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Reeds: Arbh. Bergen 24 juni 2011, *Soc.Kron.* 2012, 365 en recente



dienst te houden die veelvuldig en langdurig afwezig zijn indien tevens vastgesteld wordt dat er problemen zijn met de kwaliteit van hun werk<sup>447</sup>. Dit sluit aan bij oudere cassatierechtspraak waarbij gesteld werd dat de werkgever bij ontslag wegens frequente afwezigheden niet verregaand moet aantonen dat de werking van de onderneming verstoord is<sup>448</sup>. Soms worden de debatten heropend omdat de partijen zich hierover onvoldoende uitgesproken hebben<sup>449</sup>, maar met vage argumenten kan de werkgever zich niet meer redden.

#### F.4. Helemaal problematisch: de Bradford-formule

129. Dat ziekte wel degelijk een belangrijke factor is bij de ontslagcriteria blijkt uit de discussie over de zogenaamde Bradford-formule. Dit is een formule die een indicatie geeft van de schade aan de onderneming veroorzaakt door onvoorzienbare afwezigheden van een individuele werknemer in een bepaalde periode. Daarbij wordt frequent verzuim, ook indien het telkens van korte duur is, zwaarder aangerekend dan sporadisch verzuim dat langdurig is<sup>450</sup>. De Bradfordfactor houdt *geen* rekening met de oorzaak van de afwezigheid, eventuele tendensen (of de ziektefrequentie eerder toe- of afneemt) of de impact van de functie voor de organisatie (een werknemer met een hoge specialisatiegraad is moeilijker te vervangen). De formule houdt ook geen rekening met het verschil tussen een afwezigheid waarvan de duur in het begin vaststaat en een afwezigheid die telkens wordt verlengd.

130. Bepaalde rechtspraak stelt expliciet dat ontslagen die gebaseerd zijn op de zogenaamde Bradford-formule toegelaten zijn<sup>451</sup>. Volgens het arbeidshof van Antwerpen<sup>452</sup> kan de afwezigheidscoëfficiënt wegens arbeidsongeschiktheid als selectie criterium gebruikt worden, zelfs indien de afwezigheden niet de grondslag vormen voor de beslissing om personeelsafvloeiingen door te voeren. De werkgever beschikt immers over een ruime beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van de professionele bekwaamheid van de werknemer of van de noodwendigheden van de onderneming<sup>453</sup> met als gevolg dat de rechter niet moet onderzoeken of de genomen maatregelen wel opportuun waren om te beantwoorden aan de ingeroepen noodwendigheden van de onderneming<sup>454</sup>. Ook het arbeidshof van Antwerpen oordeelde dat collectief ontslag rekening kan houden met de afwezigheden wegens ziekte<sup>455</sup>.

131. Toch is de Bradford-formule problematisch precies omdat er geen rekening gehouden wordt met de oorzaak van de afwezigheid. Dit is immers strijdig met de Europese rechtspraak

---

rechtspraak geciteerd door A. MORTIER en M. SIMON, “Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?”, *JIT* 2018, 85; I. VERHELST en S. RAETS, “Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewongen- Een overzicht van de rechtspraak van de arbeidsgerechten betreffende de antidiscriminatie wetten van 10 mei 2007,” *Or.* 2011, 113.

<sup>447</sup> Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik 3 maart 2022, 20/475/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>448</sup> Cass. 18 februari 2008, *Arr.Cass.* 2008, 477, concl. GENICOT; *JIT* 2008, 117 met noot P. JOASSART; Cass. 3 februari 2014, *Arr.Cass.* 2014, 337; Cass. 14 december 2015, *Arr.Cass.* 2015, 2960; P. JOASSART, “L’ouvrier et l’abus du droit de licencier”, *JIT* 2018, 118-119; N. GYSEMANS en P. MAERTEN, “Het ontslag van een arbeidsongeschikte werknemer”, *Or.* 2016, 234-246.

<sup>449</sup> Arbrb. Henegouwen 19 juni 2017, RG 15/5574/1, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>450</sup> A. MAES en L. FASTREZ, “De afwezigen hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absentisme”, *TSR* 2020, 291-343.

<sup>451</sup> Arbh. Bergen 10 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 194, *JLMB* 2017, 1716.

<sup>452</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 7 oktober 2015, 2014/AH/283

<sup>453</sup> D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Larcier, Brussel, 2002, 66.

<sup>454</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 7 oktober 2015, 2014/AH/283

<sup>455</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 3 september 2008, *RABG* 2009, afl. 14, 970, noot J. HERMAN, “Gezondheid is de grootste schat. Collectief ontslag en selectie van werknemers op grond van hun gezondheidstoestand”, *RABG* 2009, afl. 14, 980.

en met het Unierecht dat bepaalde werknemers beschermt ongeacht hun afwezigheden<sup>456</sup>. Beknopt kan verwezen worden naar de grondige analyse van Maes en Fastrez die erop wijzen dat de discriminatiewetgeving de werkgever wel degelijk verplicht aan te tonen dat het ontslag steunt op een legitiem doel en tevens dat het noodzakelijk en passend is. Een ongenueanceerde toepassing van de Bradford-formule doorstaat de discriminatietoets niet<sup>457</sup>. Herhaaldelijk heeft het Hof verklaard dat de werkgever bij de afwezigheden rekening moet houden met de mogelijkheid van indirecte discriminatie, zowel op grond van geslacht<sup>458</sup> als op andere gronden vermeld in Kaderrichtlijn<sup>459</sup>. Het gebruik van algoritmen in het arbeidsrecht is trouwens in de regel discriminatiegevoelig<sup>460</sup>. Tevens dient gewezen te worden op art. 22 Algemene Verordening Gegevensbescherming dat stelt dat een persoon het recht heeft om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde individuele besluitvorming<sup>461</sup>. De in dit artikel vermelde uitzonderingsvoorwaarden lijken niet van toepassing op ontslagformules. Het arbeidsrecht dient zich sterker te focussen op diverse aspecten van verborgen discriminatie in de toenemende digitalisering<sup>462</sup>.

132. Het Hof van Justitie, zowel als de advocaat-generaal hebben herhaaldelijk gewezen op het feit dat precies personen met een handicap een groter risico lopen op afwezigheid wegens ziekte<sup>463</sup>. Zuiver kwantitatief in rekening brengen van de afwezigheidsdagen vormt dus vaak een vorm van indirecte discriminatie<sup>464</sup>. Wat knelt is dat de oorzaak van de afwezigheidsdagen naar Belgisch recht precies om privacy-redenen door de behandelende arts niet bekend gemaakt wordt aan de werkgever<sup>465</sup>. Er staat in België een muur tussen controlegeneeskunde en

---

<sup>456</sup> HvJ 11 april 2013 C-335/11 en C-337/11, Ring-Skouboe Werge ECLI:EU:C:2013:222 ; H. FUNCK, “Le taux d’absentéisme comme critère de licenciement: décompter les jours ou les périodes liées à un handicap”, *Soc.Kron.* 2021, 366-367; D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 163.

<sup>457</sup> A. MAES en L. FASTREZ, “De afwezigen hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absentisme”, *TSR* 2020, 291-343.

<sup>458</sup> HvJ 2 oktober 1997, Gerster, C-1/95, *Jurispr.* I-5253, punt 30; HvJ Kording, C-100/95, *Jurispr.* I-5289, punt 16; HvJ 14 december 1995, Megner en Scheffel, C-444/93, *Jurispr.* I-4741, punt 24); HvJ 24 februari 1994, Roks e.a. C-343/92, *Jurispr.* I-571, punt 33; HvJ 27 oktober 1998, Boyle e.a. ECLI:EU:C:1998:506, punt 76.

<sup>459</sup> HvJ 11 april 2013, Skouboe Werge, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punt 76; HvJ 18 januari 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, EU:C:2018:17, punt 39; HvJ 11 september 2019, C-397/18, DW/Nobel Plastiques Ibérica SA ECLI:EU:C:2019:703, punt 59.

<sup>460</sup> Council of Europe, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, Decl(13/02/2019)1; M. KULLMAN, “Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2018, afl. 34, 4; B. BEDNAROWICZ, *Platform-mediated work in the gig economy through the lens of the EU social acquis*, Phd. Thesis, Antwerpen, 2020, 163-256; C. ZIMBELE, “Les algorithmes et la discrimination dans les relation de travail”, *TSR* 2023, 121-150.

<sup>461</sup> Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

<sup>462</sup> C. LANGLOIS en S. VANDROOGHENBROECK, “Digitalisation et discrimination: Enjeux d’une rencontre, agenda d’une réforme. Digitalisering en discriminatie: Inzet van een kruisbestuiving, stappenplan voor een hervorming”, in J. VAN DROOGHENBROECK e.a., *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Brussel, Larcier-Intersentia, 2023, 35-73.

<sup>463</sup> Zie verwijzingen in HvJ 10 februari 2022, C-485/20, HR Rail, ECLI:EU:C:2022:85.

<sup>464</sup> HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, Ring en Skouboe Werge, punt 76; concl. AG KOKOTT, punten 64-68; HvJ 18 juli 2018, C-270/16, Conejero, punten 38-39; M. SPINOY en J. VRIELINK, “Directe en indirecte discriminatie: een onderscheid van belang”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 208-220.

<sup>465</sup> Anders in Nederland: A. MAES, “Mentaal ‘allergisch’ voor het overeengekomen werk? Een analyse van de benadering van psychische situatieve arbeidsongeschiktheden in het Belgische arbeidsrecht”, *TSR* 2023, 324-330.

arbeidsgeneeskunde<sup>466</sup>. De reden van de arbeidsongeschiktheid is immers irrelevant voor de betaling van het gewaarborgd loon tenzij het zou gaan om een vaststelling van een wettelijke uitzondering op het gewaarborgd loon<sup>467</sup>. Het hoeft dan ook geen verwondering dat de werkgever zich vaak op dit gebrek aan informatie zal beroepen om te stellen dat hij geen redelijke aanpassingen heeft kunnen overwegen omdat hij ook niet wist dat de betrokken werknemer bescherming genoot en welke aanpassingen nu precies moesten onderzocht worden. Afwezigheidsattesten leveren per definitie ontoereikende informatie daarvoor<sup>468</sup> omdat per definitie de oorzaak niet vermeld mag worden.

133. Hieruit volgt dat het Belgische arbeidswetgeving thans problematisch omgaat met afwezigheden wegens ziekte, vooral indien deze het gevolg zijn van handicap. Geen wonder dat de rechtspraak worstelt met het discriminatierechtelijke antwoord op de vraag hoe de werkgever de redelijke aanpassingen moet beoordelen bij afwezigheden. Indien men onbeperkt rekening zou houden met afwezigheidsperiodes worden de beschermde groepen werknemers immers op indirecte wijze veel zwaarder getroffen. Men kan ook niet als oplossing zonder meer voorstellen om de reden van de afwezigheid in rekening te brengen. Daaraan kleeft immers een belangrijk aspect van privacy. Enerzijds mag de werkgever (en dus ook de sociale partners die onderhandelen over een collectief ontslag) wegens privacy-redenen de oorzaak van de afwezigheid niet kennen. Maar anderzijds kunnen afwezigheden aanleiding geven tot ontslag, waarbij onzeker blijft of de werknemer onder enige ontslagbescherming valt en kan claimen dat de werkgever eerst redelijke aanpassingen had moeten overwegen<sup>469</sup>.

134. Kortom: men kan in diverse gevallen het de werkgever niet kwalijk nemen dat hij niet ernstig redelijke aanpassingen heeft overwogen, aangezien deze op grond van privacyregels onvoldoende op de hoogte was van de omvang van de beperkingen en niemand hem tijdig daarvan in kennis heeft gesteld<sup>470</sup>. Dat houdt natuurlijk verband met het feit dat het Belgische ontslagrecht in principe geen procedureregels voorschrijft waarbij de werknemer alsnog zijn handicap kan laten gelden, maar men kan pleiten voor een herziening van de bescherming van privacy in het raam van een medewerkingsplicht van beide partijen aan de bewijsvoering<sup>471</sup>, vooral in deze zaken die uiteraard delicate lichamelijke aspecten kunnen vertonen. Men ontkomt dus niet aan de vaststelling dat deze dialoog beter procedureel moet ingebouwd worden. Al lijkt er toch stilaan een doorbraak mogelijk nu de Gegevensbeschermingsautoriteit in België oordeelde dat het opvragen van gegevens bij de huisarts door de werkgever na langdurige arbeidsongeschiktheid zoals vastgesteld door de controlearts alsnog geen schending vond van het verbod op de verwerking van persoonsgegevens<sup>472</sup>. Men kan immers aannemen dat een werkgever graag ook op de hoogte wordt gehouden in het kader van zijn plicht tot redelijke aanpassingen. De dialoog omtrent redelijke aanpassingen impliceert onvermijdelijk dat de werknemer ten dele vertrouwelijke medische informatie communiceert die de werkgever toelaten hierop gepast te reageren bij de zoektocht naar alternatieve mogelijkheden.

---

<sup>466</sup> A. MAES, “Mentaal ‘allergisch’ voor het overeengekomen werk? Een analyse van de benadering van psychische situatieve arbeidsongeschiktheden in het Belgische arbeidsrecht”, *TSR* 2023, 330-341.

<sup>467</sup> Cass. 12 maart 1984, *RW* 1983-84, 2539 en *Arr. Cass.* 1984, 884 met concl. AG LENAERTS.

<sup>468</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (NI.) 3 mei 2022, AR 2021/1B/150, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc. Kron.* 2023, 122 met noot P.P.; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS.

<sup>469</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (NI.) 3 mei 2022, geciteerd.

<sup>470</sup> Cf. o.a. Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik, 3 maart 2022, 20/475/A, [www.unia.be](http://www.unia.be) waar bijzonder in rekening wordt gebracht dat ook tijdens het gesprek over het functioneren de werknemer zijn handicap niet heeft vermeld.

<sup>471</sup> S. DE REY, I. SAMOY en P. FOUBERT, “Afdwingen van de antidiscriminatie wetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?”, *RW* 2021-22, 1225-29.

<sup>472</sup> Gegevensbeschermingsautoriteit, Beslissing 70/2023 van 7 juni 2023, [www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/zonder-gevolg-nr.-70-2023.pdf](http://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/zonder-gevolg-nr.-70-2023.pdf)

135. Men kan wel de rechtspraak die nogal vlot afwezigheidscriteria aanvaardt bij collectieve ontslagen ten dele begrijpen voor zover deze er van uitgaat dat wegens het collectief ontslag vaak redelijke aanpassingen niet mogelijk zijn, omdat jobs moeten verdwijnen en dan vaak op korte tijd. Als er immers vele arbeidsplaatsen in een onderneming wegvallen is het niet evident om minder productieve werknemers de resterende schaarse plaatsen te geven, waarvoor werknemers onderling in competitie komen. Als vakorganisaties instemmen met deze op het eerste zicht discriminatoire criteria is het vaak omdat deze vakorganisaties net zoals de werkgevers toegeven dat geen redelijke aanpassingen via interne mutaties meer mogelijk zijn. Bij een interne competitie tussen productieve werknemers kunnen vakorganisaties moeilijk expliciete selectie maken. Dergelijke begrijpelijke houding botst evenwel met het discriminatierecht dat deze oefening wel expliciet voorschrijft via redelijke aanpassingen. Dit kan soms overkomen als overdreven formalisme, mede gelet op het feit dat deze onderhandelingen vaak plaatsvinden onder zware organisatorische tijdsdruk, zeker bij ondernemingen in zware moeilijkheden. Ondanks de kritiek van rechtsleer op deze rechtspraak die discriminatoire collectieve akkoorden respecteert schuilt er allicht in de praktijk meer consensus over het uiteindelijke resultaat dan men vermoedt, precies omdat in vele gevallen dergelijke oefening vrij snel tot een conclusie komt dat redelijke aanpassingen niet kunnen gevonden worden binnen de onderneming, omdat er domweg geen arbeidsplaatsen overschieten. Wanneer de vakorganisaties het stilzwijgen bewaren is dat vaak een bevestiging van de onbestaande financiële mogelijkheden van de werkgever. Nu de bijzitters van de arbeidsrechtbanken uit de praktijk komen zullen zij dit vaak begrijpen. Niets belet echter de rechter ook expliciet deze pijnlijke situatie van de onderneming in de motivering op te nemen, gesteld dat de werkgever zich effectief in deze positie zou bevinden waarin geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn. Niettemin botst dit pragmatisme en de discretie met het discriminatierecht. Ten opzichte van individuele werknemers met een handicap zou het ook discriminatierechtelijk beter uitkomen dat men eerlijk en transparant de oefening maakt inzake redelijke aanpassingen, dan wel zich bij collectief ontslag te verschuilen achter algemene beschouwingen. Wel dient men toe te geven dat het discriminatierecht ook de collectieve dimensie beter zou moeten verdisconteren. Als de rechter meent dat de collectieve afweging zorgvuldig is gemaakt, kan hij dat best motiveren met de argumenten die door de partijen worden aangereikt. Hij wordt derhalve bewaker van de niet-discriminatoire oefening die door de sociale partners is gemaakt, ook al wordt schijnbaar een andere indruk verwekt. Enigszins cynisch kan opgemerkt worden dat de veelvuldige kritiek op de arbeidsgerechten in Limburg inzake Ford Genk<sup>473</sup> inzake de ontslagcriteria die duidelijk discriminatoir waren, niet belet hebben dat *alle* werknemers hun job verloren hebben door een uiteindelijke gehele sluiting. Kan men het de vakorganisaties kwalijk nemen dat zij zoveel mogelijk arbeidsplaatsen vergeefs hebben proberen te redden in een concurrentiële Europese context? Zoals reeds vermeld botsen sommige individuele en fundamentele werknemersrechten op de harde sociaal-economische realiteit en de pijnlijke sociale selectie in het collectief overleg. In tegenstelling tot sommige opinies<sup>474</sup> meen ik dan ook dat de wetgever ter zake beter geen criteria uitwerkt, maar dat de arbeidsrechter telkens ad hoc de discriminatietoets maakt, maar dan ook explicieter de economische context in

---

<sup>473</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 3 september 2008, *RABG* 2009, afl. 14, 970, noot J. HERMAN, "Gezondheid is de grootste schat. Collectief ontslag en selectie van werknemers op grond van hun gezondheidstoestand", *RABG* 2009, afl. 14, 980.

<sup>474</sup> Cf. genuanceerd: W. VANDEPUTTE, "Een wereld van verschil. Knelpunten in de verhouding tussen antidiscriminatie recht en ontslagrecht" in F. HENDRIKX e.a. (eds.) *Liber Amicorum Otmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 560-563.

rekening zou brengen en de collectieve criteria explicieter bewaakt. Als de arbeidsrechter oordeelt dat zijn beslissing inzake redelijke aanpassingen geen zoden aan de dijk zou zetten omdat dit domweg niet meer steun vindt in de economische realiteit, kan deze dat ook in bedekte termen motiveren. Enig begrip voor vakorganisaties die trachten alsnog het beste ervan te maken met intellectueel weinig fraaie compromissen of met diep stilzwijgen is niet ongepast.

136. Dat brengt ons reeds tot een eerste aanzet tot herdenking van de Arbeidsovereenkomstenwet. Voor zover er geen ernstige moeilijkheden zijn voor de onderneming en er ook geen bijzondere tijdsdruk aanwezig zou zijn, is er ook een oplossing voor deze impasse zonder het recht op privacy te zwaar aan te tasten. Indien men immers de plicht tot redelijke aanpassingen uitbreidt tot alle werknemers die niet alleen wegens afwezigheden maar ook wegens andere redenen professioneel niet geschikt blijken voor hun taak, stelt zich geen vraag naar voorafgaande en eventueel irrelevante medische informatie en de oorzaak van de afwezigheid. Men kan deze informatie uitstellen tot de bespreking ten gronde van de aanpassing van de arbeidsovereenkomst wanneer de huidige overeenkomst op de helling komt te staan. Niet-functioneren kan immers eventueel louter het gevolg zijn van tijdelijke en remedieerbare factoren. Bij het bespreken van het niet functioneren van de werknemer kan deze dan te gepasten tijde alsnog de nodige informatie verstrekken en kunnen beide partijen een constructieve dialoog starten over redelijke aanpassingen<sup>475</sup>. Op deze wijze wordt vermeden dat zowel de werkgever als de werknemer voor procedurele verrassingen komen te staan<sup>476</sup>. Ook in andere landen stellen zich praktische vragen over het correcte verloop van deze dialoog tussen werknemers en werkgevers over redelijke aanpassingen<sup>477</sup>. Uiteraard hoeft de wetgever dit niet noodzakelijk formalistisch te regelen, maar het heeft wel ingrijpende gevolgen voor de bewijslast. In de rechtspraktijk blijft ten behoeve van een latere rechterlijke toets wel degelijk enige individuele dialoog wenselijk. De vraag rijst dan ook om het “recht om gehoord te worden” terug een plaats te geven in het Belgische arbeidsrecht. Dit is wel degelijk een ernstige omwenteling, waar men dit thans zelfs niet voor ontslag om dringende redenen verplicht<sup>478</sup>, hoewel hierover discussie kan blijven bestaan, aangezien de werkgever ook voldoende diligent moet blijven bij deze vorm van ontslag<sup>479</sup>. Het debat is alleszins niet geluwd vooral niet nu het Grondwettelijk Hof de vergelijking niet schuwde met de publieke sector<sup>480</sup>. Ook het nieuw Burgerlijk Wetboek blijft onduidelijk inzake de

---

<sup>475</sup> Cf. nu reeds: Arbh. Bergen 28 oktober 2020, *Soc.Kron.* 2023, 86.

<sup>476</sup> Cf. infra Hfst. VI en VII.

<sup>477</sup> A. BRODERICK, *The long and winding road to disability equality: The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge, Intersentia, 2015, 107-115; J. GOLDSCHMIDT, “Shifting the Burden of Proof: How the CRPD is Transforming our Understanding of Discrimination, Intersectionality and Priorities?” in J. ANDERSON en J. PHILIPS (eds.), *Disability and Human Rights: Legal, Ethical and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Netherlands Institute of Human Rights, 2012, 57.

<sup>478</sup> GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, *Soc.Kron.* 2016, 370 ; GwH 22 februari 2018, nr. 22/2018; H. DECKERS, “Motif grave, organe collegial et respect du délai de 3 jours: la simple “possibilité” d’être informé des faits suffit-elle à faire courir le délai?”, *Soc.Kron.* 2016, 185; Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N, *JLMB* 2016, 528, *JTT* 2016, 27, *RAGB* 2016, 943, noot V. DOOMS; I. DE WILDE, *Flexibiliteit of paradoxale rigiditeit? De wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractant*, Brugge, die Keure, 2017, 239-242.

<sup>479</sup> O. DEPRINCE, “Licenciement pour motif grave: faut-il revenir encore sur la question de l’audition préalable?”, in S. GILSON (ed.), *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011, 83-113; E. CARLIER, “Le délai de trois jours, la faute et le motif grave: réflexions critiques”, in S. GILSON (ed.), *Quelsques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 42; M. DE VOS, “De diligentie- en gematigheidsplicht van de werkgever bij de kennisverwerving van de dringende reden. Deel I”, *Or.* 1995, 72.

<sup>480</sup> GwH 22 februari 2018, nr. 22/2018; I. DE WILDE, “Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode”, *T.Gem.* 2019, 2-21; I. DE WILDE,

“heronderhandelingsplicht” bij gewijzigde omstandigheden bij overeenkomsten wat door sommige auteurs wordt betreurd die graag zouden zien dat de wetgever klare wijn schenkt<sup>481</sup>.

137. Kan deze “heronderhandelingsplicht” beschouwd worden als een extra last voor de werkgever? Nu vele werkgevers allicht graag productieve werknemers behouden in een krappe arbeidsmarkt is deze interne reclassering waarschijnlijk reeds volop praktijk in ondernemingen, zij het meestal op bijzonder informele basis. Voorrang geven bij vacatures aan personeelsleden die reeds in dienst zijn is schering en inslag. Dit ook principe juridisch normerend vastleggen, hoeft daarom voor de meeste ondernemingen geenszins een bijkomende last te zijn. De werkgever behoudt trouwens bij de evaluatie van de competenties bij de interne invulling van vacatures nog altijd een ruime beleidsmarge. En verder zou zo ook de band kunnen versterkt worden met enige time-out om ruimte te maken voor bijscholing met overheidssubsidies en/of inkomensvervangende tegemoetkomingen in betere dialoog met de daartoe bevoegde overheidsinstanties.

### F.5. Enige rechtsvergelijking

138. Het Nederlandse ontslagrecht is een stuk strenger bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid<sup>482</sup>. Er wordt in Nederland geen onderscheid gemaakt tussen handicap en ziekte. Beide situaties worden naadloos en zonder voorbehoud samen beschouwd vanuit het perspectief van de kaderrichtlijn<sup>483</sup>. In Nederland geldt een opzegverbod van twee jaar voor de werkgever die de arbeidsovereenkomst met een arbeidsongeschikte werknemer wil beëindigen<sup>484</sup>. De reden voor deze strenge wetgeving ligt in de wil van de wetgever om werkgevers aan te moedigen zich niet te snel te ontdoen van minder productieve werknemers en zo langdurige arbeidsongeschiktheid mede te vermijden door een inspanningsverbintenis van de werkgevers<sup>485</sup>.

139. De periode van twee jaar kan nog worden verlengd wegens de vertraging tijdens de procedure die niet direct aan de werknemer toerekenbaar zijn<sup>486</sup>. Hier bovenop blijft de periode van het opzegverbod ook lopen gedurende de periode waarvoor het UWV<sup>487</sup> de

---

*Flexibiliteit of paradoxale rigiditeit? De wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractant*, Brugge, die Keure, 2017, 242-244; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Licenciement des agents contractuels et principe audi alteram partem: la Cour constitutionnelle se fait entendre", *APT* 2017, 205-217; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Actualités: la Cour constitutionnelle considère que le principe d'audition devrait s'appliquer au licenciement des agents contractuels du secteur public", *Rev.dr.comm.* 2017, 34-35

<sup>481</sup> D. ROOSES, "Enkele praktische bedenkingen bij artikel 5.74 BW aangaande wijziging van omstandigheden in het nieuwe verbintennisrecht", *RW* 2022-23, 171.

<sup>482</sup> Cf. o.a. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 mei 2019, nr. 200.219.765\_01, [www.Rechtspraak.nl/AR-Updates.nl/2019-0556](http://www.Rechtspraak.nl/AR-Updates.nl/2019-0556); A.R. HOUWELING (ed.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag, Boom, 2020, 451-528; D. DE MEYST, "Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen", *Soc.Kron.* 2018, 156-166; P. BURGER, "De re-integratie van de zieke werknemer en de doorbetalingsplicht van de werkgever naar Nederlandse wetgeving", *Soc.Kron.* 2018, 167-168.

<sup>483</sup> F. PENNING, "The Responsibility of the Modern Enterprise in the Reduction of Sickness and the Promotion of Reintegration of Disabled Workers", in F. PENNING, Y. KONIJN, A. VELDMAN (eds), *Liber Amicorum Teun Jaspers, Social Responsibility in Labour Relations*, Wolters Kluwer Law International, 2008, 223-238.

<sup>484</sup> Art. 7:670 lid 1 NLBW, <https://maxius.nl/burgerlijk-wetboek-boek-7/artikel670/>.

<sup>485</sup> F. PENNING, "The Responsibility of the Modern Enterprise in the Reduction of Sickness and the Promotion of Reintegration of Disabled Workers", in F. PENNING, Y. KONIJN, A. VELDMAN (eds), *Liber Amicorum Teun Jaspers, Social Responsibility in Labour Relations*, Wolters Kluwer Law International, 2008, 227.

<sup>486</sup> Art. 38 lid 1 Ziektewet, <https://maxius.nl/ziektewet/artikel38/lid1>; Art. 64 lid 1 WIA, <https://maxius.nl/wet-werk-en-inkomen-naar-arbeidsvermogen/artikel64/>; Art. 19 lid 1 WAO, <https://maxius.nl/wet-op-de-arbeidsongeschiktheidsverzekering/artikel19/lid1>.

<sup>487</sup> UWV: Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen is een Nederlandse overheidsinstelling die

werkgever een sanctie oplegt wegens het niet nakomen van zijn verplichtingen inzake re-integratie<sup>488</sup>. De werkgever moet het loon doorbetalen gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid en tijdens eventuele verlengingen<sup>489</sup>, tenzij de werknemer gedeeltelijk zijn werkzaamheden heeft hervat of ‘passende werkzaamheden’ verricht<sup>490</sup>.

140. Indien de werkgever na de periode van het opzegverbod ontslag geeft is het van belang dat de werkgever voldoet aan zijn plicht om redelijke aanpassingen of een andere functie te overwegen. Meer nog: tevens dient overwogen te worden of tewerkstelling bij een andere werkgever mogelijk is. Deze verplichting werd ingevoerd omdat kleinere ondernemingen het vaak moeilijker hebben om alternatieve tewerkstelling te vinden, maar toch ook niet volledig vrijgesteld kunnen worden van hun maatschappelijke plicht. Keerzijde is wel dat de werkgever zijn loondoorbetaling kan stopzetten wanneer de werknemer dergelijke mutatie ten onrechte zou weigeren. Wel wordt deze mogelijkheid in de praktijk niet veel toegepast omdat nogal wat werkgevers niet geneigd zijn om werknemers door te schuiven naar een potentiële concurrent<sup>491</sup>.

141. Niet voldoen aan deze verplichtingen maakt het ontslag onredelijk of is bepalend voor de ontbindingsvergoeding zoals bepaald door de Kantonrechter bij ontbinding van de overeenkomst<sup>492</sup>. Hierin ligt ook het gevaar voor de werknemer die voorstellen van de werkgever in het kader van de re-integratie afwijst. Hij loopt het risico op een lagere opzegvergoeding, indien de door de werkgever gedane voorstellen redelijk waren<sup>493</sup>. Als keerzijde hiervan zal het verzaken van de re-integratieverplichtingen van de werkgever leiden tot het betalen van een hogere schadevergoeding bij de opzeg<sup>494</sup>.

142. Wel bestaan er grenzen wat betreft de re-integratieverplichting van de werkgever. Zo kan van een werkgever bijvoorbeeld niet verlangd worden dat hij de tewerkstelling laat duren ondanks verregaande problemen op de werkvloer wegens de psychische gezondheid<sup>495</sup>. Uiteraard kan een werkgever steeds ontslag geven wanneer de werknemer professioneel onbekwaam blijkt. In dat geval is de ontslagreden vreemd aan de ziekte<sup>496</sup>.

143. Ook in Frankrijk is de wetgeving en rechtspraak strenger dan in België. Op grond van artikelen L. 1132-1 en L. 1132-4 Code du Travail (Arbeidswetboek) is ieder ontslag op basis van de gezondheidstoestand nietig. Eén voorbeeld illustreert dit. Een technisch directeur werd wegens gezondheidsredenen halftijds tewerkgesteld. Hierna vroeg hij tewerkstelling aan op 3/4-

---

verantwoordelijk is voor het uitvoeren van diverse sociale verzekeringen en tevens ook inzake ontslagen. Dit is de voortzetting van de traditionele overheidsbewaking van ontslagen om het effect in de sociale zekerheid te beperken. Dat bv. de VDAB in Vlaanderen dergelijke taak op zich zou nemen is nagenoeg ondenkbaar. De uitzonderlijke juridische organisatie in Nederland is evenwel te wijten aan de historische ontwikkelingen na WO II. Ondanks scherpe kritiek is het systeem nooit echt afgeschaft, zij het dat parallel de Kantonrechter met de ontbindingsbevoegdheid van arbeidsovereenkomst de administratieve controle kon corrigeren.

<sup>488</sup> Artikel 71a lid 9 WAO, <https://maxius.nl/wet-op-de-arbeidsongeschiktheidsverzekering/artikel71a/lid9>.

<sup>489</sup> Art. 7:629 lid 11 NLBW, <https://maxius.nl/burgerlijk-wetboek-boek-7/artikel629/lid11>.

<sup>490</sup> Art. 7:629 lid 10 NLBW.

<sup>491</sup> F. PENNING, “The Responsibility of the Modern Enterprise in the Reduction of Sickness and the Promotion of Reintegration of Disabled Workers”, in F. PENNING, Y. KONIJN, A. KONIJN, (eds), *Liber Amicorum Teun Jaspers, Social Responsibility in Labour Relations*, Wolters Kluwer Law International, 2008, 234-235.

<sup>492</sup> Ktr. Den Helder 22 april 2003, *JAR* 2003/115.

<sup>493</sup> Ktr. Enschede 24 juni 2004, *JAR* 2004/173.

<sup>494</sup> Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003/127.

<sup>495</sup> J. DOP en M.M. KROON, *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn, Maklu, 2012, 204.

<sup>496</sup> Commissie Gelijke Behandeling 14 januari 2005, nrs. 2005-1 en 2005-2, <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2005-2>.

basis met instemming van de arbeidsgeneesheer. Dit werd door de werkgever geweigerd wegens de onmogelijkheid om deze deeltijdse betrekking te combineren met de functie van technisch directeur die essentieel in hoge mate beschikbaar moest blijven. Het Hof van Beroep van Bordeaux oordeelde weliswaar dat het ontslag onredelijk was, maar niet discriminerend. Dit arrest werd vernietigd door het Hof van Cassatie, waarna het Hof van Beroep van Agen anders oordeelde zodat het ontslag nietig was wegens discriminatie om gezondheidsredenen. Wegens de nietigheid moest de werkgever overgaan tot re-integratie en betaling van achterstallig loon, begroot in deze op 392.300 EUR<sup>497</sup>.

## G. Ontslag wegens redenen vreemd aan de handicap

144. Ondanks de ontslagbescherming is wel degelijk ontslag van een werknemer met een beperking mogelijk, voor zover tenminste de ontslagredenen vreemd is aan de handicap en voor zover de werkgever zijn plicht tot redelijke aanpassingen is nagekomen. Dat is ook de strekking van het arrest Nobel Plastiques<sup>498</sup> en volgt ook uit considerans 17 van de Preambule van de Richtlijn<sup>499</sup>. Daarmee sluit het Hof wel aan bij de Belgische rechtspraak, die trouwens steun vindt bij de Nationale Arbeidsraad<sup>500</sup>.

145. Ook het arbeidshof van Luik oordeelde dat ontslag mogelijk was van een directeur met een handicap wanneer er klachten waren over het minder goed functioneren en ook andere directeurs zonder handicap waren ontslagen bij de herstructurering<sup>501</sup>. Tevens werd geoordeeld dat het ontslag niet discriminatoir was na een agressie. Dergelijke houding kan niet gerechtvaardigd worden wegens handicap<sup>502</sup>.

146. Hiermee lijkt de ontslagbescherming ook steeds meer op de ontslagbescherming bij zwangerschap. Daar laat de Belgische wetgeving toe dat de werkgever aantoont dat de ontslagredenen vreemd is aan de zwangerschap, waardoor indirecte discriminatie weerlegd wordt<sup>503</sup>. Dit impliceert uiteraard dat de werkgever objectieve redenen kan bewijzen die het ontslag motiveren. Het Grondwettelijk hof oordeelde reeds dat hetzelfde geldt voor preventieadviseurs in geval van collectief ontslag om redenen vreemd aan hun mandaat<sup>504</sup>. Ook valt een analogie op met bijvoorbeeld bescherming op grond van het indienen van een klacht op grond van de Welzijnswet<sup>505</sup>. Zo belet niets dat het ontslag gerechtvaardigd kan zijn om redenen die volgen uit feiten die in de klacht werden aangehaald en het ontslag kunnen verantwoorden<sup>506</sup>. In een arrest inzake moederschapsbescherming kwam het Hof van Justitie

---

<sup>497</sup> Cour d'appel d' Agen 13 januari 2015, *Droit Ouvrier* 2015, 518 met noot L. DAVIAU.

<sup>498</sup> HvJ 11 september 2019, C-397/18, DW/Nobel Plastiques, ECLI:EU:C:2019:703, punten 73-75.

<sup>499</sup> Ook considerans 17 in de Preambule van de Kaderrichtlijn: “(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.”

<sup>500</sup> NAR, Advies nr. 2266, 21 december 2021, inzake het Wetsvoorstel mevr. Vanrobaeys tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie wat de discriminatiegrond gezondheidstoestand betreft.

<sup>501</sup> Arbh. Luik 15 september 2016, AR 2015-AL-438, *SocialWeb* 15.09.2019.

<sup>502</sup> Arbh. Luik 13 mei 2019, VD t. MD, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>503</sup> Art. 40 Arbeidswet; cf. o.a. Arbh. Bergen 26 oktober 2018, AR 2016/AM/160, *Nieuwsbrief Instituut voor Arbeidsrecht, KULeuven*, 2019/2.

<sup>504</sup> GwH 7 juni 2018, nr. 73/2018.

<sup>505</sup> Cf. recent nog: RvS 10 december 2021, nr. 252.380, met verwijzing naar Cass. 20 januari 2020, *Soc.Kron.* 2020, 5; Cass. 15 juni 2020, *RW* 2020-21, 1260.

<sup>506</sup> Cass. 20 januari 2020, met concl. AG GENICOT, *Soc.Kron.* 2020, 5.



tot dezelfde conclusie.<sup>507</sup> Het Hof oordeelde dat zwangerschap en moederschap geen volstrekte bescherming bieden bij ontslag, tenminste voor zover de werkgever er in slaagt objectieve redenen aan te dragen die aantonen dat het ontslag steunt op objectieve en noodzakelijke bedrijfseconomische redenen en dus vreemd zijn aan de beschermde grond.

147. Zwangerschap en moederschap impliceren niet dat de beschermde vrouw een bevoorrechte positie inneemt tegenover andere werknemers bij collectief ontslag voor zover althans de redenen van het ontslag vreemd zijn aan de reden van de ontslagbescherming. Dat is rechtsvergelijkend ook de regel<sup>508</sup>. Ook inzake de preventieadviseur oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de wetgever een objectief onderscheid maakt tussen individueel en collectief ontslag, in het licht van de economische context van de onderneming<sup>509</sup>, zij het dat de rechter nog steeds kan nagaan of de ontslagredenen wel degelijk vreemd waren aan de finaliteit van de ontslagbescherming<sup>510</sup>.

## H. Bewijs

### H.1. Vaak moeilijk bewijs

148. Dikwijls heeft de werknemer problemen om te bewijzen dat er sprake is van handicap. De arbeidsrechtbank van Antwerpen oordeelde dat het niet volstond om mee te delen men dyslexie heeft, maar dat dit moet bewezen worden met een attest<sup>511</sup>. Bij een werknemer met incontinentie weigerde de huisarts evenwel een attest te schrijven, zodat de werkneemster moeilijkheden had om de handicap te bewijzen. De rechtbank liet toen de ADW en handicap als discriminatiegrond buiten beschouwing en veroordeelde de werkgever op grond van de antipestwetgeving én wegens kennelijk onredelijk ontslag<sup>512</sup>.

149. De arbeidsrechtbank van Brussel oordeelde dat het niet volstaat dat men enkele keren ziek is geweest om de bewijslast om te draaien wegens handicap<sup>513</sup>. In een ander vonnis oordeelde de arbeidsrechtbank dat de betrokkene weliswaar psychische beperkingen vertoonde, maar dat men niet kon aantonen dat deze langdurig waren<sup>514</sup>. Niettemin werden *in casu* diverse incidenten aangevoerd die wijzen op reële psychische problemen. Even verder oordeelt de rechter wel dat het ontslag gerechtvaardigd en proportioneel is wegens de talrijke ernstige incidenten op de werkvloer. Verder bleek de betrokkene zelf niet de noodzaak inzag om zich gepast medisch te laten behandelen tegen hallucinaties. De medewerkingsplicht van de werknemer wordt daarmee benadrukt<sup>515</sup>.

150. Zo oordeelde de arbeidsrechtbank van Leuven dat er weliswaar verschillende attesten werden opgemaakt die op arbeidsongeschiktheid wezen maar dat deze attesten werden opgemaakt met het oog op de uitkeringen in de sociale zekerheid. *In concreto* werd niet

---

<sup>507</sup> HvJ 22 februari 2018, C-103/16, Jessica Porras Guisado, ECLI:EU:C:2018:99

<sup>508</sup> Cf. Art. L.1225-4 tweede lid Franse Code du Travail: Toepassing: Cour d'appel Douai 29 maart 2019, n° 17/004478, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); cf. Duitsland § 17, III, Mutterschutzgesetz 23 mei 2017, BGBl. I S. 1228, dat een administratieve toelating vereist.

<sup>509</sup> GwH 7 juni 2018, nr. 73/2018, ov. B.6-7.

<sup>510</sup> Id. ov. B.10.

<sup>511</sup> Arbrb. Antwerpen 8 mei 2014, AR nr. 13/469/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>512</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 26 februari 2020, K.M.R. t. asbl G.F.L.A.R., [www.unia.be](http://www.unia.be): al werd hier geen sanctie opgelegd wegens schending van de ADW, maar wegens schending van antipestwetgeving.

<sup>513</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 30 juni 2017, RG 15/453, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>514</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 23 november 2018 [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>515</sup> Cf. supra Hfst. V.A.4. medewerking aan de remediëring.

aangetoond dat de problemen met het heffen van zware voorwerpen in de praktijk een beperking zou uitmaken die de uitoefening van het werk onmogelijk maken. Aangezien er geen echte beperking kon aangetoond worden is er geen sprake van handicap<sup>516</sup>.

151. Ringelheim bekritiseerde dit vonnis wegens een te restrictieve interpretatie van het begrip handicap<sup>517</sup>. Daarin heeft zij een punt, maar het vonnis illustreert de dubbele benadering door de rechter. In dit geval lijkt het immers dat de werkneemster niet naar de oorspronkelijke functie wilde terugkeren. De werkgever deed weinig moeite om aan te tonen dat alternatieve tewerkstelling niet mogelijk was, maar de rechter stelt ook vast dat ook de werkneemster niet echt meewerkt. Het lijkt dan ook op een typische impasse wegens gebrek aan medewerking van beide procespartijen. Ten onrechte schuift de rechter dan de oplossing naar de definitie van handicap, terwijl het in feite het gebrek aan inspanning vanwege de werknemer om de redelijke aanpassingen mogelijk te maken de doorslag lijkt gegeven te hebben. Omdat de werkneemster impliciet toegaf de taak niet meer aan te kunnen belanden beide partijen en hun pleiters in een impasse zonder grondige overweging van alternatieven<sup>518</sup>.

153. Het arbeidshof van Antwerpen oordeelde dat getuigenbewijs niet dienend is als het niet specifiek genoeg wordt aangebracht, uitgaat van niet noodzakelijk betrouwbare getuigen, geen persoonlijke tekortkomingen betreft of pas zou plaatsvinden na drie jaar<sup>519</sup>.

## H.2. Effectieve vraag van de werknemer naar redelijke aanpassingen

154. Frequent rijst dan ook de vraag of de werkgever kon weten of redelijke aanpassingen moesten overwogen worden. Weliswaar moet de werknemer de werkgever niet informeren voor zover de werkgever redelijkerwijze deze handicap kon zien en dus ook de vraag kon verwachten. Maar indien de handicap niet zichtbaar is, kan de werkgever ook niet tot het onmogelijke gehouden zijn<sup>520</sup>. Daarom wordt in de rechtspraak soms effectief rekening gehouden met het feit dat de werknemer geen enkele vraag formuleerde om te besluiten dat er geen discriminatie aangetoond wordt<sup>521</sup>. De tussenkomst afhankelijk maken van een voorafgaande procedure is in vele gevallen overbodig en overdreven formalistisch omdat er geen twijfel kan bestaan bij een duidelijke zichtbaarheid van de handicap. Het is niet wenselijk om deze vraag zo formeel te regelen zodat zichtbare en evidente situaties niet kunnen beschermd worden<sup>522</sup>. Een werkgever die spontaan het initiatief neemt en redelijke aanpassingen voorstelt, heeft alleszins een voordeel in een gerechtelijke procedure<sup>523</sup>. Eventueel kunnen werkgevers interne en externe deskundigen raadplegen<sup>524</sup>. In het kader van hun plicht op redelijke aanpassingen te overwegen hebben ze daarvoor niet de toestemming nodig van de werknemers, tenzij het gaat om lichamelijk onderzoek. Maar bij de weigering

---

<sup>516</sup> Arbrb. Leuven 23 april 2015, A.R. nr. 14/927.

<sup>517</sup> J. RINGELHEIM, “La reception en droit belge de l’obligation d’aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés”, *JT* 2018, 315.

<sup>518</sup> I. DE WILDE en R. JANVIER, “Nieuwe regelgeving voor de re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden. Toelichting en kanttekening bij de toepassing op het (lokaal) overheidspersoneel”, *T. Gem.* 2017/2, 99.

<sup>519</sup> Arbh. Antwerpen 14 juni 2021, *JTT* 2022, 152.

<sup>520</sup> K. GOOSSENS, “De non-discriminatie van andersvaliden”, *Or.* 2005, 59.

<sup>521</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 3 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik, 3 maart 2022, 20/475/A, [www.curia.be](http://www.curia.be).

<sup>522</sup> J. RINGELHEIM, “La réception en droit belge de l’obligation d’aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés”, *JT* 2018, 316.

<sup>523</sup> Arbrb. Henegouwen 28 september 2018, XX t. F, [www.unia.be](http://www.unia.be)

<sup>524</sup> UNIA, *Redelijke aanpassingen op het werk*, Brussel, 2017, 17, [www.unia.be](http://www.unia.be).

om hieraan mee te werken bij een werkelijk onderzoek van redelijke aanpassingen maken dat er geen sprake is van discriminatie. Een goede communicatie tussen alle betrokkenen is daarom noodzakelijk<sup>525</sup>. De afwezigheid van een ontslagprocedure in het Belgische arbeidsrecht zou kunnen verklaren waarom werkgevers vaak niet op de hoogte van hun verplichtingen lijken te zijn of althans inroepen dat zij daarvan redelijkerwijze niet op de hoogte konden zijn. In de realiteit moet men ook rekening houden met het feit dat de werkgever soms moeilijkheden kan vaststellen, maar niet altijd kan inschatten in hoeverre de beperkingen de uitoefening van de functie bemoeilijken. Het is dan maar de vraag in hoeverre de werkgever kan “inbreken” in het privé-leven van de werknemer voorafgaand aan het ontslag. Wanneer dan ontslag valt, hoeft het geen verwondering dat werkgevers al dan niet terecht inroepen dat zij noch de handicap, noch de noodzaak van redelijke aanpassingen konden inschatten.

### H.3. Begin van vermoeden

155. Conform de Kaderrichtlijn komt art. 28 ADW enigszins tegemoet aan de zware bewijslast in de praktijk<sup>526</sup>. Het slachtoffer van discriminatie moet eerst enkele feiten aantonen waarna het vermoeden door de werkgever moet weerlegd worden<sup>527</sup>, maar dat impliceert wel degelijk dat nog altijd enige feiten aangetoond worden<sup>528</sup>. Deze verschuiving van de bewijslast blijkt in de praktijk vaak een nuttige schakel voor de veroordeling<sup>529</sup>. Het verschuiven van de bewijslast op grond van dit vermoeden heeft immers tot gevolg dat de werkgever zich geenszins kan beperken tot algemeenheden<sup>530</sup>. Dat blijkt in meerdere zaken tot een veroordeling van de werkgever te leiden<sup>531</sup>, zoals in geval dat de werknemer gedurende lange tijd wel met enige redelijke aanpassingen kon werken, terwijl de vervanging van de ploegbaas dan weer plots maakt dat deze aanpassingen niet meer mogelijk zouden zijn<sup>532</sup>. Dit doet inderdaad vermoeden dat de tolerantie van de nieuwe leidinggevende veranderd is en niet de uitvoering van de taak.

156. Toch moet het effect van de bewijslastverschuiving niet overdreven worden in de rechtspraak. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat deze verschuiving alleen mogelijk is wanneer het slachtoffer minstens feiten aanvoert die specifiek zijn aan de andere partij. Algemene beschuldigingen volstaan niet<sup>533</sup>. Een geheel van feiten kan een *prima facie* bewijs uitmaken<sup>534</sup>. In de praktijk blijkt de rechtspraak eerder restrictief in het aanvaarden van

---

<sup>525</sup> UNIA, *Redelijke aanpassingen op het werk*, Brussel, 2017, 17, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>526</sup> J.F. NEVEN, F. LAMBINET, S. GILSON, “Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination”, *TSR* 2013, 397-452.

<sup>527</sup> Art. 28 ADW; Cass. 18 december 2008, C.060351F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>528</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 30 juni 2017, RG 15/453, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>529</sup> Arbh. Brussel (NL.) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235; Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>530</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 8 oktober 2019, ADK (qq) t. asbl B.R., [www.unia.be](http://www.unia.be); bevestigd op dit punt maar gedeeltelijk hervormd inzake de opzegvergoeding door Arbh. Brussel (Fr.) 23 mei 2022, AR 2020/AB/178, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>531</sup> Arbrb. Leuven 22 januari 2015, AR 14/642/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Brussel (NL.) 3 september 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Brussel (Fr.) 2 augustus 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>532</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 18 november 2019, AR 2019/AH/65, [www.unia.be](http://www.unia.be), bevestigd in beroep: Arbrb. Antwerpen, afd. Tongeren, 8 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>533</sup> GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, ov. B.52; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, ov. B.93.3, [www.const-court.be](http://www.const-court.be), waarbij verwezen wordt naar de parlementaire voorbereiding: *Parl. St. Kamer*, 2006-2007, nr. 51-2720/009, p. 72; Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105.

<sup>534</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 8 januari 2020, AR 2017/AB/97, ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200108.8.

voldoende draagkrachtige feiten om de bewijslast om te draaien<sup>535</sup>, al is er ook rechtspraak die uitdrukkelijk stelt dat men toch niet te restrictief mag oordelen<sup>536</sup>. Het louter aanvoeren van de gelijktijdigheid van het ontslag met het aanbrenge van een medisch attest kan niet bepaald bewijsleverend zijn als de werkgever ook nog andere gronden aanvoert zoals een negatieve ingesteldheid op de werkvloer<sup>537</sup>.

157. Volgens Unia is de rechtspraak niet altijd consistent<sup>538</sup>. Vaak is deze bekritiseerde rechtspraak ook te verklaren door het feit dat er geen discriminatie werd aanvaard omdat andere ontslagredenen aangevoerd werden. In dat geval heeft de arbeidsrechter de neiging zich relatief snel te verschuilen achter het feit dat geen begin van bewijs wordt geleverd, terwijl de arbeidsrechter eigenlijk van mening is dat het begin van vermoeden wordt weerlegd of dat redelijke aanpassingen niet mogelijk lijken. Een knelpunt lijkt ook te zijn dat de vergelijkbaarheid met gewone werknemers geen oplossing biedt<sup>539</sup>. De omkering van de bewijslast speelt vooral wanneer de werkgever in eerste instantie geen of weinig motieven aanvoert, maar heeft weinig invloed wanneer de werkgever meteen een substantiële motivering aflevert. Dan kan de arbeidsrechter ook meteen ten gronde deze motieven beoordelen tenminste voor zover de werknemer deze op specifieke gronden afwijst. Dat wijst er ook op dat het opdelen van bewijsvoering in twee zogenaamde momenten misschien wel principieel duidelijk lijkt maar in de praktijk nauw verstrengeld kan zijn<sup>540</sup>. Niets belet echter om in de rechtspraak dit duidelijker als twee afzonderlijke punten te vermelden waarin men bondig kan zijn. Als een begin van vermoeden meteen de grond ingeboord wordt met duidelijke feiten vanwege de werkgever faalt de verschuiving van de bewijslast ten voordele van de werknemer. Nu steeds meer werkgevers en hun pleiters op de hoogte lijken te zijn van de wetgeving hoeft dat niet te verwonderen. Door een duidelijke en concrete repliek inzake de mogelijkheid tot redelijke aanpassingen komt de bewijslast wel degelijk weer in het kamp van de werknemer te liggen. Dat dit soms als een verrassing overkomt voor deze werknemer hoeft geen verwondering nu het Belgische ontslagrecht geen voorafgaande motiveringsplicht kent, zodat nogal wat werknemers geenszins zicht hebben over het oordeel dat hun werkgever heeft over hun functioneren. Bij ontslag na klacht er geen sprake meer is van begin van vermoeden, maar valt de bewijslast van de legitieme ontslagredenen volledig ten laste van de werkgever<sup>541</sup>.

158. Soms komt het verwerpen van de vordering in de rechtspraak wegens gebrek aan begin van bewijs dus neer op een vermijden van een grondige analyse van de redelijke aanpassingen. Niet gefundeerde beweringen leiden er begrijpelijkerwijze toe dat de arbeidsrechter meteen de discussie beëindigt op grond van het oordeel dat geenszins een begin van bewijs wordt geleverd. Nogmaals kan hierin een argument geput worden om de

---

<sup>535</sup> Arbh. Brussel (Nl.) 3 mei 2022, AR 2021/1B/150, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc.Kron.* 2023, 122; *NJW* 2023, 318 met noot P. PECINOVSKY, "Ontslag tijdens arbeidsongeschiktheid: vorderingen inzake discriminatie en ontslagmotivering staan of vallen met het bewijs", *NJW*, 2023, 325; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS; N. GYSEMANS en P. MAERTEN, "Het ontslag van een arbeidsongeschikte werknemer", *Or.* 2016, 234-246.

<sup>536</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 8 januari 2020, AR 2017/AB/97, ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200108.8; Arbrb. Brussel (Fr.) 24 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>537</sup> Arbrb. Antwerpen 21 maart 2016, [www.unia.be](http://www.unia.be)

<sup>538</sup> F. DE KEUZER, J. RINGELHEIM, M. STORME en P. WAUTELET, Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, februari 2017, 87-88; D. DE MEYST, "Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen", *Soc.Kron.* 2018, 160.

<sup>539</sup> Arbh. Bergen 24 juni 2011, *Soc.Kron.* 2012, 365; Arbh. Antwerpen 6 juni 2017, AR 2015/AA/557, [www.unia.be](http://www.unia.be) en *Soc.Kron.* 2018, 5; A. MORTIER en M. SIMON, "Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?", *JTT* 2018, 88.

<sup>540</sup> J.F. NEVEN, F. LAMBINET, S. GILSON, "Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination", *TSR* 2013, 397-452.

<sup>541</sup> Nieuw Art. 17 § 4, lid 2 ADW.

ontslagprocedure naar Belgisch recht wat formeler te maken, zodat de informele feiten tijdig enig bewijsrechtelijk houvast bieden. Het verplichten tot een voorafgaandelijke dialoog hoeft niet noodzakelijk een belemmering te zijn, maar kan bijdragen tot een substantiële informatie aan de rechter, wat bijdraagt tot de rechtszekerheid<sup>542</sup>. Hiermee zou het discriminatierecht tegemoetkomen aan de bewijsnood die zowel werknemer als werkgever kan treffen<sup>543</sup>. Het doel van de procedure hoeft niet formalistisch te zijn maar beoogt een werkelijke dialoog zoals de General Comment bij de CRPD opmerkt<sup>544</sup>.

159. Tenslotte moet gewezen worden op het belang van CAO nr. 109 die de werknemer het recht verleent om de ontslagreden te vernemen van zijn werkgever<sup>545</sup>. Op deze wijze kan deze dan eventueel ook aantonen dat de ontslagreden discriminatoir zou zijn<sup>546</sup>. Strikt genomen staat deze motiveringsplicht los van de discriminatiewetgeving, maar het is duidelijk dat beide verplichtingen kunnen interfereren. Het is trouwens voor de verdediging van de gehandicapte werknemer vaak cruciaal te vernemen welke motieven nu precies tot het ontslag hebben geleid, vooraleer zinvol een gerechtelijke procedure te kunnen starten<sup>547</sup>. In tegendeel tot wat CAO nr. 109 doet vermoeden kan de sanctie op een uitblijvend antwoord van de werkgever meer bedragen dan de in de CAO vermelde burgerlijke sanctie van twee weken loon en leiden tot zes maanden loon als schadevergoeding op grond van de ADW. (cf. ook infra Hoofdstuk V, K. schadevergoeding)

#### H.4. Praktijktest

160. In het kader van een efficiënte rechtshandhaving werd de praktijktest ingevoerd<sup>548</sup>. Dit is een vorm van bewijs van discriminatie bij de aanwerving door een fictieve sollicitant die bij wijze van steekproef aan alle voorwaarden lijkt te voldoen. Deze wordt evenwel uitgevoerd door de sociale inspectie onder strikte voorwaarden<sup>549</sup>. Dit lijkt vooral van belang bij discriminatie op de huurmarkt<sup>550</sup>. Het is evenwel de vraag of deze vorm van fictieve sollicitaties in arbeidszaken veel successen zal opleveren omdat bij de aanwerving het persoonlijk contact nog steeds een belangrijke rol speelt<sup>551</sup>. Aangezien een private werkgever

---

<sup>542</sup> Inzake de discussie over de hoorplicht: O. DEPRINCE, “Licenciement pour motif grave: faut-il revenir encore sur la question de l’audition préalable?”, in S. GILSON (ed.), *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011, 83-113; E. CARLIER, “Le délai de trois jours, la faute et le motif grave: réflexions critiques”, in S. GILSON (ed.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 42; D. CUYPERS, “Het Grondwettelijk Hof en het arbeidsrecht. Hoever kan het Hof te ver gaan? in C. JENART e.a. (ed.), *Liber Amicorum Jan VELAERS*, die Keure, Brugge, 2022, 405-415.

<sup>543</sup> S. DE REY, I. SAMOY en P. FOUBERT, “Afdwingen van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heert het privaatrecht iets te bieden?”, *RW* 2021-22, 1217-1221.

<sup>544</sup> UNITED NATIONS, *General Comment N° 8 (2022) on the right of persons with disabilities to work and employment*, nr. 44 (a), [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org): “The employer works with the individual to identify potential solutions to remove or avoid the barrier, including the individual’s preferred solution”.

<sup>545</sup> Art. 7 CAO nr. 109, 12 februari 2014, KB 9 maart 2017, BS 20 maart 2014.

<sup>546</sup> A. MORTIER en M. SIMON, “Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?”, *JTT* 2018, 81-90; D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 156-166.

<sup>547</sup> Reeds: J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie”, *TSR* 2003, 420-421.

<sup>548</sup> Ook wel “mystery shopping” genoemd: voor toepassing in andere rechtsdomeinen en de controverse hierover: cf. A. DE BOECK, B. KEIRSBILCK, R. VAN RANSBEEK (eds.), *Mystery shopping*, Intersentia, Antwerpen, 2017, 109 p.

<sup>549</sup> Art. 42/1 Sociaal Strafwetboek.

<sup>550</sup> <https://www.unia.be/nl/artikels/praktijktests-zijn-nodig-tegen-discriminatie>.

<sup>551</sup> P.P. VERHAEGHE, “Praktijktesten en mystery shopping als beleidsinstrument tegen discriminatie. Een analyse van hun verschillende toepassingen op de arbeidsmarkt en de huurwoningmarkt. Les tests de situation et les clients mystères comme outil de politique publique contre la discrimination. Une analyse des différentes

niet bepaald dezelfde formele hoge bestuursrechtelijke normen moet handhaven zoals bij de aanstelling van ambtenaren. Privaatrechtelijke werkgevers hebben een ruime beleidsmarge bestaat bij de aanwerving van werknemers zodat het bijzonder moeilijk lijkt om een goed geïnformeerde werkgever hierop te betrappen, temeer daar het soms moeilijk is om werkelijk vergelijkbare kandidaten te vinden bij zeer specifieke eisen<sup>552</sup>. Wanneer deze werkgever de vraag krijgt waarom men gekwalificeerde sollicitanten niet uitnodigt, kan deze alsnog motieven laten gelden die eventuele discriminatie verbergen. Er zijn dan ook nog geen arbeidsrechtelijke veroordelingen bekend die steunen op dit bewijs.

161. Verder lijkt deze vorm van vaststelling eerder van belang in een strafvordering tegen de werkgever. Voor een individueel geschil lijkt het minder relevant omdat uit het eventuele PV van vaststelling vaak niet direct een causaal verband zal volgen met de individuele betwisting, tenzij het zou kunnen aangevoerd worden als begin van vermoeden, maar ook dan lijkt het toch ook te moeten samenvallen met andere substantiële feiten waaruit een vermoeden geput kan worden<sup>553</sup>. Ten slotte dient opgemerkt te worden dat strafrechtelijke sancties inzake discriminatierecht in het algemeen weinig efficiënt lijken te zijn<sup>554</sup>.

## H.5. Ontslag na klacht wegens discriminatie

162. Art. 17 van de ADW bevat een expliciete bescherming tegen ontslag indien de werknemer een klacht heeft ingediend wegens discriminatie. Dit is in feite een klassieke toepassing van rechtsmisbruik bij ontslag wegens represaille van rechtmatige vragen vanwege werknemers<sup>555</sup>. Ook onder de vroege versie diende de werkgever klachten te onderzoeken en eventueel af te wijzen, maar de klacht wegens discriminatie als ontslagreden is uiteraard niet aanvaardbaar. Dat belet niet dat de werkgever nog altijd redenen kan aandragen om het ontslag te verantwoorden, voor zover deze redenen vreemd zijn aan de klacht. Wel creëert de chronologische samenhang een bijzonder vermoeden van causaliteit<sup>556</sup>. Dit is uiteraard relevant aangezien het voor de rechter vaak moeilijk is om de reële causale ontslagmotieven te kennen als de werkgever deze niet aanvoert. Het chronologisch verband is een toepassing van de “*cum hoc, ergo propter hoc*”<sup>557</sup>. Geenszins sterk als bewijsmiddel, maar toch eventueel

---

applications sur le marché de travail et le marché du logement locatif”, in J. VAN DROOGHENBROECK e.a., *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Brussel, Larcier-Intersentia, 2023, 83.

<sup>552</sup> J.F. NEVEN, J. RINGELHEIM, V. VAN DER PLANCKE, “Les tests de situation et la méthode du client mystère comme outil de détection et preuve des discriminations, Praktijktesten en mystery calls als instrumenten op discriminatie op te sporen en te bewijzen”, in J. VAN DROOGHENBROECK e.a., *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Brussel, Larcier-Intersentia, 2023, 105-143.

<sup>553</sup> Cf. o.a. Arbh. Antwerpen 25 juni 2008, AR 2060328, [www.unia.be](http://www.unia.be) (inzake discriminatie op grond van afkomst); P.P. VERHAEGHE, o.c. 102-103; J.F. NEVEN, J. RINGELHEIM, V. VAN DER PLANCKE, o.c. 105-143; D. CUYPERS, “Getuigenbewijs en discriminatie: enkele kritische beschouwingen over de praktijktest en varianten”, *Tijdschrift voor vreemdelingenrecht*, 2009, 25-30.

<sup>554</sup> M. SPINOY, J. VRIELINK, “Straffe discriminatiebestrijding? De rol van het strafrecht bij daden van discriminatie. Une lutte musclée contre les discriminations. Le rôle du droit pénal face aux faits de discriminations”, in J. RINGELHEIM, e.a. (eds.) *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Nieuwe impulsen voor de strijd tegen discriminatie*, Intersentia: Antwerp/Cambridge, 2023, 219-253

<sup>555</sup> D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Gent, Larcier, 2002, 121-150.

<sup>556</sup> Arbh. Gent 13 mei 2022, *Soc.Kron.* 2023, 126 met noot H. FUNCK; Arbh. Antwerpen 28 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114; Arbh. Antwerpen 14 juni 2021, *JTT* 2022, 152.

<sup>557</sup> *Cum hoc ergo propter hoc* (Latijn: gelijktijdig met dit, dus vanwege dit) is in principe een drogredenering waarbij twee gebeurtenissen die samen optreden ten onrechte worden voorgesteld als oorzakelijk. Niettemin mag niet te snel geoordeeld worden dat een logische denkfout is. Inderdaad is het gelijktijdig voorvallen van twee gebeurtenissen nog geen bewijs van een oorzakelijk verband, maar in de praktijk kan het toch een aanwijzing

nuttig als begin van vermoeden<sup>558</sup>. In feite versterkt dit wel de verschuiving van de bewijslast zodat de werkgever inderdaad met een ernstige reden moet afkomen<sup>559</sup>. Art. 17§ 3 ADW stelde vroeger hoge formele eisen; de klacht moest betekend worden met een aangetekende brief. Die formaliteit ligt, staande de arbeidsverhouding, in de praktijk vrij hoog voor werknemers die begrijpelijkerwijze niet snel een confrontatie zoeken met hun werkgever. Dat verklaart waarom er relatief weinig toepassingen waren. Het antwoord op een brief vanwege de werkgever die constateert dat de werkneemster niet goed functioneert was nog geen klacht. Ook de brief van Unia aan de werkgever om een onderhoud te vragen over mogelijke discriminatie is geen klacht in de zin van de ADW<sup>560</sup>.

163. Recent werd echter in een wetswijziging de ADW een veel soepeler klachtenregeling bepaald dat minder hoge eisen stelt<sup>561</sup>. Thans volstaat o.a. een gewone klacht bij diverse instanties zodat veel meer toepassingen te verwachten zijn. Indien de klacht werd ingediend bij instanties buiten de onderneming bepaalt de wet dat de werkgever wel op de hoogte moet gebracht worden. De werknemer kan evenwel dit bewijs leveren met elk rechtsmiddel<sup>562</sup>. De bescherming van de werknemer duurt twaalf maanden met mogelijke verlenging tot drie maanden na de dag waarop de rechterlijke beslissing in kracht van gewijsde is gegaan<sup>563</sup>. Op te merken valt dat bij ontslag na klacht er geen sprake meer is van begin van vermoeden om de bewijslast om te draaien, maar dat de bewijslast van de legitieme ontslagreden volledig ten laste van de werkgever valt<sup>564</sup>. Tevens bepaalt de nieuwe versie van de wet dat eventueel misbruik van de procedurele bescherming niet door de wet beschermd wordt en dat dan tevens een schadevergoeding mogelijk is<sup>565</sup>. Deze bepaling werd allicht ingelast op te verhinderen dat teveel werknemers uitsluitend gebruik zouden maken van de discriminatiebescherming om toch te genieten van ontslagbescherming, zoals al werd vastgesteld bij de Welzijnswetgeving<sup>566</sup>. Deze bepaling zet hopelijk een rem op ongefundeerde klachten en is eigenlijk broodnodig nu de wetgever uitdrukkelijk de bescherming heeft uitgebreid, niet alleen tot de klacht zelf, maar ook tot de inhoud van deze klacht. In de parlementaire voorbereiding wordt verwezen naar twee arresten van het Hof van Cassatie<sup>567</sup> waarin het Hof zou gekozen hebben voor een restrictieve bescherming in zoverre de rechter nog altijd kan rekening houden met feiten vermeld in het ontslag om de legitieme ontslagreden te bewijzen<sup>568</sup>. De stelling gaat evenwel ten dele voorbij aan de feiten zelf. Inderdaad oordeelde de rechtspraak in een aantal gevallen dat de klacht geen vrijbrief betekende om éénder wat neer te pennen. Een volledige immuniteit tegen eigen fouten omdat

---

zijn (hypothese van causaal verband).

<sup>558</sup> Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105; Arbh. Antwerpen 14 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 105.

<sup>559</sup> Art. 17 § 4 ADW.

<sup>560</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 12 maart 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>561</sup> Art. 9 Wet 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023.

<sup>562</sup> Nieuw art. 17 § 4, lid 1 ADW.

<sup>563</sup> Nieuw art. 17 § 4, lid 3 ADW.

<sup>564</sup> Nieuw Art. 17 § 4, lid 2 ADW.

<sup>565</sup> Nieuw Art. 17 § 4, lid 1 ADW in fine.

<sup>566</sup> De parlementaire voorbereiding verwijst zelf naar misbruiken in dat verband die het de werkgever soms moeilijk maken om gepaste maatregelen te nemen, Wetsontwerp, Kamer, *Parl.Doc.* 2022-2012, nr. 55 3021, p. 33 e.v.

<sup>567</sup> Cass. 20 januari 2020, S.19.0019.F, concl. OM, *JTT* 2020, 367; *Soc.Kron.* 2020, 5; Cass. 6 juli 2020, *JTT* 2021, 41; *RABG* 2021, 189 met noot K. DECRUYENAERE; *Soc.Kron.* 2021, 371

<sup>568</sup> Wetsontwerp, Kamer, *Parl.Doc.* 2022-2012, nr. 55 3021, p. 31-33.

deze nu eenmaal in een klacht zijn neergepend kan geen ontslag verhinderen. Deze soms subtiele nuances in de uiteenlopende feiten van de rechtspraak worden thans onder één hoed geschoven als divergerende rechtspraak. Evenwel laat de nieuwe formulering die misbruik van procedures verbiedt toe om deze mogelijk verregaande bescherming op grond van de inhoud van de klacht toch binnen redelijke perken te houden. Zoals de parlementaire voorbereiding stelt is eventueel misbruik een feitenkwestie die de rechter moet beoordelen<sup>569</sup>. Vanzelfsprekend is de klacht geen vrijbrief om ernstige feiten die toegerekend worden aan de klachtindieners buiten beschouwing te laten. Wel dient de werkgever veiligheidshalve thans het bewijs van deze feiten buiten de klacht zelf te vinden en geenszins te linken aan het indienen van de klacht. De verplichting van de rechter om zich uit te spreken over eventueel misbruik legt ook een hogere motiveringsverplichting op aan de arbeidsrechtspraak.

## I. Discriminatie bij associatie of attributie

### I.1. Discriminatie bij associatie

164. Het principe van discriminatie bij associatie relateert het feit dat het beschermde kenmerk aan de persoon zelf van het slachtoffer van discriminatie moet kleven. Het is niet vereist dat het slachtoffer zelf effectief behoort tot de beschermde categorie. Een werknemer kan slachtoffer zijn van discriminatie in hoofde van een persoon die dicht bij deze werknemer staat<sup>570</sup>. Het Hof van Justitie heeft deze vorm van bescherming gecreëerd in het arrest Coleman<sup>571</sup>. Hierbij werd een moeder ontslagen die bijzondere faciliteiten vroeg voor haar gehandicapt kind. Hoewel zij zelf niet gehandicapt was, oordeelt het Hof dat uit de richtlijn volgt dat zij toch de bescherming kan invoeren. Anders oordelen zou de effectiviteit van de richtlijn onderuithalen, aangezien aldus discriminatie wel kan uitgeoefend worden op personen die dicht bij de beschermde categorie staan<sup>572</sup>. Nadien heeft het Hof dit nog bevestigd voor andere discriminatiegronden<sup>573</sup>.

165. Een Belgische toepassing betrof een werknemer van een fitnesscentrum. In een mail naar de manager van de vennootschap en naar zijn collega's meldde deze dat zijn kind een zeldzame ernstige afwijking had. De werknemer werd een dag nadien opgezegd. Met verwijzing naar het arrest Coleman bevestigde de arbeidsrechtbank van Leuven dat de eiser beschermd was ook al is hij zelf niet getroffen door een handicap. Wegens de gelijktijdigheid van het ontslag oordeelde de arbeidsrechtbank dat een vermoeden van discriminatie is aangetoond waardoor de bewijslast aan de werkgever toekomt<sup>574</sup>. Het is opmerkelijk dat de rechtbank louter op basis van de timing van het ontslag het begin van bewijs van associatieve discriminatie aanneemt.

166. Bepaalde rechtsleer had kritiek op deze uitspraak omdat het vermoeden van discriminatie en de bijhorende omkering van de bewijslast met meer voorzichtigheid moeten worden

---

<sup>569</sup> “Zich uitspreken over misbruik is een feitenkwestie die geval per geval moet beoordeeld worden door de rechter rekening houdend met de specifieke context van de arbeidssituatie waarin de werknemer actie heeft ondernomen”, Wetsontwerp, Kamer, *Parl.Doc.* 2022-2012, nr. 55 3021, p. 34. Voorbeelden van misbruik worden verder in de toelichting bij het wetsontwerp uitvoerig gegeven.

<sup>570</sup> UNITED NATIONS, *General Comment N° 8 (2022) on the right of persons with disabilities to work and employment*, nrs. 21-22, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>571</sup> HvJ 17 juli 2008, C-303/06, Coleman, ECLI:EU:C:2008:415; P. FOUBERT, “Het Hof van Justitie bouwt verder aan het huis van de associatieve discriminatie”, *NJW* 2019, 651-652; C. LARDIN, “Discrimination et harcèlement pour autrui”, *Soc.Kron.* 2009, 74.

<sup>572</sup> HvJ 17 juli 2008, C-303/06, Coleman, ECLI:EU:C:2008:415

<sup>573</sup> HvJ 16 juli 2015, C-83/14, *Chez*, ECLI:EU:C:2015:492 inzake discriminatie van Roma.

<sup>574</sup> Arbrb. Leuven 10 december 2013, AR 12/1064/A, gepubliceerd op [www.unia.be](http://www.unia.be).



onderzocht wanneer het een associatieve discriminatie betreft<sup>575</sup>. Niettemin lijkt deze kritiek niet terecht. Het “cum hoc, ergo propter hoc” is immers een traditioneel argument in de arbeidsrechtspraak om het kennelijk onredelijk ontslag te laten vermoeden<sup>576</sup>. Een strikt causaal bewijs vergen van een subjectieve ingesteldheid van de werkgever zou neerkomen op het uithollen van het nut van het vermoeden. Het kan van de werkgever dan ook in alle redelijkheid verwacht worden dat deze de echte en legitieme redenen aantoot. Het feit dat de werkgever daarin faalt of zelfs geen moeite doet, bewijst een causaal verband<sup>577</sup>. Ook een heel laattijdige voorlegging van klachten over de kwaliteit van het werk maakt de argumentatie van de werkgever ongeloofwaardig, temeer daar er redelijke twijfels bestaan over de datering van deze documenten en de zogenaamde klagende klant blijkbaar ook de eigen naam verkeerd gespeld heeft<sup>578</sup>. Een laattijdig inroepen van gebrek aan ervaring is ook niet geloofwaardig als uit het mailverkeer duidelijk blijkt dat vooral de handicap het probleem vormde<sup>579</sup>. Een andere oplossing zou neerkomen op het uithollen van het wettelijk vermoeden, aangezien de werknemer vaak geen ander argument heeft dan het chronologisch verband. Dat is ook de reden waarom zoveel beschermde statuten een tijdsperiode afbakenen waarin als het ware een weerlegbaar vermoeden van causaliteit wordt vooropgesteld binnen een bepaalde termijn<sup>580</sup>. De chronologische samenhang is inderdaad op zich geen afdoende bewijs, maar het volstaat wel voor een vermoeden<sup>581</sup>.

167. Op grond van associatieve discriminatie kunnen dus ook mantelzorgers vallen onder het toepassingsgebied van het discriminatieverbod, aangezien zij taken verrichten wegens de handicap van de persoon waarvoor zij zorgen. Een zaak voor het Mensenrechtenhof wegens een ontoereikend statuut en onvoldoende betaling van mantelzorgers leverde geen veroordeling van de lidstaat op. De klacht werd door het Hof afgewezen op grond van enerzijds onvoldoende uitputting van de interne rechtsmiddelen door de gehandicapte en anderzijds wegens bevoegdheid van nationale instanties met een ruime marge van appreciatie bij het vaststellen van de vergoedingen voor deze mantelzorgers<sup>582</sup>.

168. De reden waarom er alsnog zeer weinig rechtspraak bekend is, ligt allicht in de bijzonder technische regeling voor korte en dwingende afwezigheden in het Belgische arbeidsrecht die geacht worden voor acute problemen van mantelzorgers alsnog een beperkte oplossing te bieden<sup>583</sup>. De trend om steeds beter werk en privé-leven te verzoenen komt mantelzorgers ten goede<sup>584</sup>.

---

<sup>575</sup> A. POPOV, “Mise au point et nouveaux développements européens sur la discrimination directe et la discrimination par association”, *La Revue des Droits de l’Homme*, maart 2016, <https://revdh.revues.org>.

<sup>576</sup> D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Gent, Larcier, 2002, 215.

<sup>577</sup> Arbh. Brussel (NL) 18 februari 2020, AR 2018/AB/533, *JTT* 2021, 49, ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200218.11.

<sup>578</sup> Arbh. Antwerpen 8 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 83.

<sup>579</sup> Arbh. Antwerpen 28 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114

<sup>580</sup> Cf. o.a. art. 40 Arbeidswet inzake moederschapsbescherming.

<sup>581</sup> I. VAN PUYVELDE, “De bewijslast van de regelmatigheid van het ontslag bij ontslagverboden”, *RW* 2008-09, 114-117

<sup>582</sup> EHRM 5 januari 2016, nr. 34655/14, Radi en Ghergina t. Roemenië.

<sup>583</sup> Zie overzicht FOD-WASO over diverse vormen van afwezigheden die leiden tot schorsing van de arbeidsovereenkomst: <https://werk.belgie.be/nl/themas/arbeidsovereenkomsten/schorsing-van-de-arbeidsovereenkomst/schorsingen-van-de>. Recent ook nog: KB 1 mei 2023 tot wijziging van het koninklijk besluit van 28 augustus 1963 betreffende het behoud van het normaal loon van werknemers voor afwezigheidsdagen ter gelegenheid van familiegebeurtenissen of voor de vervulling van staatsburgerlijke verplichtingen of van burgerlijke opdrachten, *BS* 15 mei 2023 houdende uitbreiding van klein verlet voor langdurige pleegzorg tot pleeg-ouders en kinderen.

<sup>584</sup> F. VERBRUGGE, “L’*évolution des causes de suspension de l’exécution du contrat. Rétrospective de ces vingt dernières années*”, in L. DEAR en E. PLASSCHAERT (eds.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXIème*

## I.2. Discriminatie bij attributie (assumptie)

169. Discriminatie bij attributie houdt in dat de handicap niet echt hoeft aanwezig te zijn, maar door de discriminator vermoed wordt naar aanleiding van bepaalde waarnemingen<sup>585</sup>. Soms wordt deze discriminatieoorzaak ook “assumptieve discriminatie” genoemd<sup>586</sup>. Men discrimineert op grond van een verboden kenmerk, hoewel dat niet aanwezig is, of zelfs niet aangetoond kan worden, maar wel wordt “toegedicht”<sup>587</sup>. Ook in andere domeinen van het discriminatierecht is het soms moeilijk om exact te bewijzen dat men voldoet aan het beschermde criterium. Dit is duidelijk het geval bij seksuele geaardheid, die wegens evidente persoonlijkheidsrechten, niet effectief bewezen hoeft te worden. Het volstaat in dat verband dat de discriminator dit kenmerk als factor neemt voor de discriminerende handeling. Daarmee bevestigt de discriminator stereotypen die overeenkomen met de beschermde grondslag. Evenwel zijn er blijkbaar geen toepassingen in de rechtspraak.

## J. Sancties: nietigheid en stakingsvordering

### J.1. Nietigheid

170. In principe moet eventuele discriminatie leiden tot nietigheid van de rechtshandeling<sup>588</sup>. In de Belgische arbeidsrechtspraktijk wordt deze vordering zelden ingesteld aangezien het ontslag meestal als definitief rechtsfeit wordt beschouwd<sup>589</sup>. Re-integratie na onrechtmatig ontslag is daarom *de lege lata* uitgesloten, waardoor zich alleen het probleem van de schadevergoeding stelt<sup>590</sup>. *De lege ferenda* zou het evenwel wenselijk zijn om toch meer aandacht te besteden aan deze sanctie<sup>591</sup>. Weliswaar kunnen ambtenaren op grond van de algemene beginselen van hun rechtspositie na arrest van de Raad van State hersteld worden in hun dienstbetrekking, maar het is de vraag of men dit ook wil doortrekken naar de private sector. Meer nog: in Vlaanderen wordt thans overwogen om de re-integratie ook af te schaffen voor personeelsleden in lokale besturen<sup>592</sup>. Het ziet er nog niet naar uit dat het effectief herstel

---

*siècle*, Brussel, Larcier, 2018, 2225-285.

<sup>585</sup> Verslag over het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/009, 41.

<sup>586</sup> A. MAES en L. FASTREZ, “De afwezigen hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absentisme”, *TSR* 2020, 291-343.

<sup>587</sup> M. SPINOY en J. VRIELINK, “Discriminatie door associatie en discriminatie bij attributie”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 226-249; J. RINGELHEIM, “Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations”, in J. RINGELHEIM en P. WAUTELET (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Luik, Anthemis, 2018, 67-69.

<sup>588</sup> Art. 15 ADW.

<sup>589</sup> Arbh. Antwerpen 18 januari 2008, *Soc.Kron.* 2009, 93; Arbrb. Brussel 29 augustus 2008, *Soc.Kron.* 2009, 113 met kritische noot J. JACQMAIN; Arbh. Antwerpen 18 januari 2008, *Soc.Kron.* 2009, 93; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 457 p.; K. GOOSSENS, “De non-discriminatie van andersvaliden”, *Or.* 2005, 57.

<sup>590</sup> F. BOUQUELLE en A. FRY, “Les actions en cessation en droit social”, in I. FISCHER, e.a. (eds.) *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthémis, 2012, 72; D. CUYPERS, “Het injunctierecht van de rechter staande de overeenkomst”, in M. RIGAUX, P. HUMBLET, G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-44; cf. ook P. TAELEMAN, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *NjW* 2004, 517.

<sup>591</sup> D. CUYPERS, “Ontslag: macht of recht? (Voor en na de WES)”, in *Markante standpunten, Liber Amicorum Marc Rigaux*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 29-50.

<sup>592</sup> Voorontwerp van decreet tot wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, wat betreft de beëindiging van de hoedanigheid van het statutaire

van de arbeidsovereenkomst als sanctie zal toegepast worden in het arbeidsrecht, hoewel meer dan één auteur het wel verhoopt<sup>593</sup>. Evenwel werd de ADW recent gewijzigd en wordt wel de mogelijkheid tot re-integratie op vordering van het slachtoffer of Unia voorzien. Ditmaal lijkt de plicht tot re-integratie wel afdwingbaar aangezien de wettekst toelaat om bij niet nakoming de schadevergoeding als sanctie te laten cumuleren met de vergoeding wegen discriminatoir ontslag<sup>594</sup>. Dit betreft evenwel een versterkte sanctie voor een vraag tot re-integratie, geen echte afdwingbare re-integratie en dus geen herstel in natura van de beëindigde arbeidsovereenkomst. Op advies van de Raad van State werd terecht in de wet opgenomen dat indien het verzoek uitgaat van Unia de werknemer akkoord moet gaan met de vordering<sup>595</sup>.

## J.2. De stakingsvordering

171. Volledigheidshalve moet ook gemeld worden dat een stakingsvordering mogelijk is, maar inzake handicap vallen weinig uitspraken te noteren<sup>596</sup>. Wanneer de werknemer nog in dienst is, is wel een stakingsvordering mogelijk, die mogelijk kan gecombineerd worden met een schadevergoeding<sup>597</sup>. In één bepaalde zaak werd de vordering afgewezen omdat alle betrokkenen (de slachtoffers en de verantwoordelijke) ontslagen waren zodat er geen gevaar voor herhaling kon zijn<sup>598</sup>. In de praktijk blijkt de stakingsvordering vooral nuttig voor Unia<sup>599</sup> nu het Belgische ontslagrecht geen herstel van de dienstbetrekking als sanctie bepaalt<sup>600</sup>. Een vordering tot staking van een definitieve en onherroepelijke rechtshandeling is immers zonder voorwerp<sup>601</sup>. Wanneer realistisch gezien er geen kans meer bestaat dat het discriminerend gedrag zich zal herhalen, is de stakingsvordering onontvankelijk wegens gebrek aan belang<sup>602</sup>. Maar indien de rechter oordeelt dat een herhaling niet uitgesloten is, kan hij wel degelijk een stakingsverbod opleggen, ondanks het onherroepelijk ontslag van één

---

personeelslid. Dit voorontwerp is alsnog zonder datum consulteerbaar en blijkbaar thans voor advies naar de Raad van State. VR 2022 2005 DOC.0564/2 cf. ook de begeleidende nota van de Vlaamse Regering: VR 2022 2005 DOC.0564/1.

<sup>593</sup> S. DE REY, I. SAMOY en P. FOUBERT, “Afdwingen van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heert het privaatrecht iets te bieden?”, *RW* 2021-22, 1217 e.v.; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0, Gelijke monniken, gelijke kappen*, Intersentia, 2020, 49-55; D. CUYPERS, “Ontslag: macht of recht? (Voor en na de WES)”, in *Markante standpunten, Liber Amicorum Marc Rigaux*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 29-50.

<sup>594</sup> Nieuw art 17 § 6 ADW zoals gewijzigd door art. 10 Wet 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023.

<sup>595</sup> Advies RvS, Wetsontwerp, Kamer, *Parl.Doc.* 2022-2012, nr. 55 3021, p. 90.

<sup>596</sup> Negatief: Arbh. Bergen 24 juni 2011, *Soc.Kron.* 2012, 365

<sup>597</sup> Voorz. Arbrb. Luik 9 maart 2018, RG 17/22/C, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>598</sup> Arh. Brussel (Fr.) 22 december 2022, 2021/AB/535, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>599</sup> Cf. bv. Cass. 11 juni 2018, *Soc.Kron.* 2018, 249 inzake leeftijdsdiscriminatie.

<sup>600</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be); D. CUYPERS, “Het injunctierecht van de rechter staande de overeenkomst”, in M. RIGAUX, P. HUMBLET, G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-44; P. TAELEMAN, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *NjW* 2004, 517.

<sup>601</sup> Arbh. Antwerpen 28 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114; Arbh. Antwerpen 18 januari 2008, *Soc.Kron.* 2009, 93; Kort Ged. Brussel 29 augustus 2008, *Soc.Kron.* 2008, 113; Voorz. Arbrb. Gent, afd. Gent, 31 mei 2017, AR 15/2977/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Voorz. Arbrb. Brussel (Fr.), 4 mei 2017, AR 16/8122/1, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>602</sup> Arbh. Antwerpen 18 januari 2008, *Soc.Kron.* 2009, 93; Voorz. Arbrb. Brugge 10 december 2013, TGR-TWVR 2014, 156 en *Soc.Kron.* 2014, 339; Voorz. Arbrb. Bergen 13 februari 2009, *Soc.Kron.* 2010, 220.

bepaalde werknemer<sup>603</sup>. Er werd geoordeeld dat de stakingsvordering vanwege de afgewezen sollicitant nuttig kan zijn indien een nieuwe sollicitatie niet uitgesloten is<sup>604</sup>.

172. In één merkwaardige zaak betrof het een werknemer die slachtoffer werd van discriminatie, maar wiens arbeidsovereenkomst eenzijdig was omgezet naar een halftijdse overeenkomst. In dat geval is wel degelijk een stakingsvordering mogelijk om toekomstige discriminatie te vermijden. Hoewel er geen aanwijzingen waren dat het beleid van het OCMW in het algemeen discriminatoir was, oordeelde de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Gent, zoals in kort geding, dat er toch nog enig risico op herhaling bestond<sup>605</sup>. De vordering tot publicatie in kranten werd afgewezen, maar de voorzitter beval wel aanplakking van het vonnis in de lokalen van het OCMW. De dwangsom werd eveneens afgewezen aangezien niet te verwachten was dat het OCMW zich aan deze plicht zou onttrekken.

173. Tevens dient verwezen te worden naar een merkwaardige zaak van de arbeidsrechtbank te Luik. Hier was een kandidaat ambtenaar die geslaagd was voor het toegangsexamen afgewezen door de FOD Financiën. Die afwijzing ondanks het feit dat de kandidaat geslaagd was steunde op de bewering dat deze wegens een handicap ongeschikt zou zijn voor de opleiding. Het betrof immers een veiligheidsfunctie, waarvoor fysieke geschiktheid noodzakelijk werd geacht. De voorzitter had evenwel bij stakingsvordering een dwangsom van 1000 EUR per dag uitgesproken tot de betrokkene effectief werd aangeworven. Na deze dwangsom werd de kandidaat effectief aangeworven. Deze uitspraak werd in beroep bevestigd, waarbij tevens een schadevergoeding van zes maanden werd toegekend niettegenstaande de latere aanwerving<sup>606</sup>.

## K. De schadevergoeding

### K.1. De forfaitaire vergoeding in de ADW

174. De ADW bepaalt een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan zes maanden loon ingeval van discriminatie inzake arbeid<sup>607</sup>. Deze vergoeding kan herleid worden tot drie maanden indien er naast de discriminerende gronden nog andere gronden aanwezig zijn die rechtmatig zijn<sup>608</sup>. Dit kan beschouwd worden als een sanctie voor onnodig discriminerend handelen. Vaak faalt de werkgever in het bewijs dat ontslag toch gegeven zou zijn zonder de discriminerende oorzaak<sup>609</sup>. In één zaak oordeelde de rechtbank, tegen het advies van het arbeidsauditoraat in, dat de herleiding niet gepast was aangezien de handeling wel degelijk steunde op discriminatoire gronden en niet kon aangetoond worden dat het ontslag zonder deze grond effectief gegeven zou zijn<sup>610</sup>. In uitvoering van het arrest Hakelbracht van het Hof van Justitie<sup>611</sup> werd de ADW recent aangepast en wordt het recht op vergoeding ook

---

<sup>603</sup> Arbrb. Charleroi 10 januari 2020, Unia en ML t. Stad C., [www.unia.be](http://www.unia.be); Luik, 23 december 2014, RG 2014/RF/176; Kortged. Rb. Luxemburg, afd. Aarlen, 10 oktober 2014, Référé n° 14/89/C; D. CUYPERS en S. KEUNEN, “Zorgen over zorg”, *Sociale Kronieken* 2016, afl.4, 1-9.

<sup>604</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>605</sup> Voorz. Arbrb. Gent 31 mei 2017, AR 15/2977/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>606</sup> Arbh. Luik, afd. Luik, 26 september 2022, AR 2020/AL/496 -2021/AL/475, [www.unia.be](http://www.unia.be) *JTT* 2023, 17.

<sup>607</sup> Art. 18 § 1, 1° en 2° ADW.

<sup>608</sup> Cass. 14 december 2015, *Arr.Cass.* 2015, 2957, *Soc.Kron.* 2018, 252.

<sup>609</sup> Cf. o.a. Arbh. Antwerpen 8 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 83; Arbh. Antwerpen 28 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114; Arbh. Antwerpen 14 juni 2021, *JTT* 2022, 152.

<sup>610</sup> Arbrb. Gent, afd. Gent, 31 mei 2017, AR 15/2977/A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>611</sup> HvJ 20 juni 2019, C-404/18, Hakelbracht, ECLI:EU:C:2019:523 (genderdiscriminatie).

uitdrukkelijk toegekend aan de getuige die ingevolge een klacht nadelig zou behandeld zijn door de werkgever<sup>612</sup>.

175. De wetgever geeft met de relatief zware schadevergoeding uitvoering gegeven aan de vereiste van artikel van de kaderrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake een doeltreffende, proportionele en afschrikwekkende sanctie<sup>613</sup>. Deze schadevergoeding is forfaitair en hoeft dus geenszins gelijk te zijn met de werkelijke en bewezen schade<sup>614</sup>. De sanctie kan enkel opgelegd worden aan de werkgever, niet aan derden ten opzichte van de arbeidsovereenkomst zoals een verzekeraar. In dat geval is de vrij lichte forfaitaire vergoeding verschuldigd<sup>615</sup>. Deze is evenwel zeer licht: slechts 650 of 1300 EUR<sup>616</sup>. Men kan zich de vraag stellen of dit lage bedrag niet stilaan toe is aan indexering nu het stilaan wordt uitgehouden door de inflatie.

176. De vergoeding is forfaitair want het is vaak onmogelijk om de reële schade bij ontslag te begroten, hoewel dat in theorie mogelijk is<sup>617</sup>. Ook dat is al lang in het arbeidsrecht een gevestigd principe<sup>618</sup>. In de praktijk ligt de begroting van de exacte schade bij onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst immers bijzonder moeilijk, waardoor het arbeidsrecht beter forfaitaire vergoedingen vastlegt die discussies hierover vermijden<sup>619</sup>. Zoals zal blijken uit de hierna volgende bespreking van de cumulproblematiek lijkt de rechtspraak bij ernstige inbreuken eerder terug te vallen op een cumul van forfaitaire schadevergoedingen.

177. De wettelijke sanctie is grondwettig bevonden door het Grondwettelijk Hof<sup>620</sup>. Hierbij werd aangevoerd dat de schadevergoeding toch vrij hoog is. In een arrest van 7 juni 2018 verwees het Grondwettelijk Hof terecht naar de Europese bepalingen die een efficiënte sanctie

---

<sup>612</sup> Nieuw art. 16 § 5 ingevoegd door Art. 9 Wet 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023; Wetsontwerp, Kamer, *Parl.Doc.* 2022-2012, nr. 55 3021: arrest Hakelbracht 42 keer aangehaald!

<sup>613</sup> Art. 17 RL 2000/78; cf. HvJ 17 december 2015, C-407/14, Camacho RL 2006/54, ECLI:EU:C:2015:831; HvJ 8 november 1990, C-177/88, Dekker, *Jur.* I-3976, punt 23 en concl. AG Darmon, 14 november 1989, punten 36-37.

<sup>614</sup> J.F. GERMAIN en C. EYBEN, “Les sanctions civiles- La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires”, in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brussel, die Keure, 2008, 357-358.

<sup>615</sup> Weliswaar voor de Genderdiscriminatiewet, maar per analogie gelijklopend: Cass. 11 mei 2020, *Soc.Kron.* 2020, 329 met Concl. AG VANDERLINDEN.

<sup>616</sup> Art. 23 §2, 1° ADW. Opmerkelijk is het feit dat deze vergoeding nog steeds niet geïndexeerd werd, wat uiteraard met de vergoeding van zes maanden loon inzake arbeid inherent wel het geval is. Tevens kritiek: S. DE REY, I. SAMOY en P. FOUBERT, “Afdwingen van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heert het privaatrecht iets te bieden?”, *RW* 2021-22, 1222.

<sup>617</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be); S. VAN DAMME, “Recht op arbeid voor personen met een handicap: Het recht op redelijke aanpassingen als hoeksteen”, *NjW* 2015, afl. 333, 890.

<sup>618</sup> Cf. o.a. Cass. 15 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 692.

<sup>619</sup> Memorie van Toelichting, *Parl.St.* 2006-2007, nr. 51-2722/01, p.3; Arbh. Bergen 21 oktober 2022, AR 2022/AM/91, [www.unia.be](http://www.unia.be) met verwijzing naar Cass. 20 april 2012, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120220.4 waar andere cumulatie werd toegestaan. Cf. tevens: Arbh. Gent 11 mei 1998, *Soc.Kron.* 1999, 432 waar het Hof de vergoeding voor geleden schade van een onderwijzeres, bij gebreke aan bewijs forfaitair begroot in analogie bij de Arbeidsovereenkomstenwet; S. DE REY, I. SAMOY en P. FOUBERT, “Afdwingen van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?”, *RW* 2021-22, 1217 e.v.

<sup>620</sup> GwH 7 juni 2018, nr. 70/2018, punt B.9.4.

voorschrijven bij discriminatie<sup>621</sup>. In vergelijking met diverse andere beschermingsmaatregelen bij ontslag is de wettelijke vergoeding niet disproportioneel<sup>622</sup>. Inzake een gelijkaardige bepaling in het Vlaamse Gelijkekansendecreet oordeelde het Hof *“Het is evenwel eigen aan een systeem van een forfaitaire schadevergoeding dat geen rekening kan worden gehouden met de bijzonderheden van elk concreet geval en dat de diversiteit aan situaties niet anders dan op een vereenvoudigende wijze en bij benadering kan worden opgevangen.”*<sup>623</sup>

178. Het is evenwel niet uitgesloten dat de betrokkene een hogere schadevergoeding bekommt, gelijk aan de geleden en bewezen schade. Dit komt relatief weinig voor, maar het arbeidshof te Brussel kende zo aan een overheidsmedewerker een vergoeding van meerdere maanden loonverlies en een vergoeding ex aequo et bono van 12.000 EUR voor het mogelijk loonverlies tot de leeftijd van 65 jaar<sup>624</sup>. De forfaitaire vergoedingen in het arbeidsrecht vinden precies hun oorsprong in de moeilijkheid om exact loonverlies te begroten, aangezien het behoud van tewerkstelling als een kans moet worden beschouwd. Pleidooien om meer rekening te houden met het werkelijke loonverlies<sup>625</sup> zullen altijd stuiten op de precariteit van elke tewerkstelling en op de steeds aanwezige ontslagmacht. De schade bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst blijft dus een verlies van kans. Inherent aan elke duurovereenkomst zoals de arbeidsovereenkomst is het feit dat deze wegens het principe van de persoonlijke vrijheid steeds kan beëindigd worden mits schadevergoeding<sup>626</sup>.

179. Indien de schadevergoeding verschuldigd is vooraleer de arbeidsovereenkomst een aanvang heeft genomen en geen loon werd overeengekomen dient de vergoeding berekend te worden op het loon dat volgens de geldende barema's in het bevoegde paritair comité zou vastgelegd zijn<sup>627</sup>.

180. De vergoeding is niet onderworpen aan sociale zekerheidsbijdragen<sup>628</sup> en zou niet belastbaar zijn<sup>629</sup>.

## K.2. Cumulatie van diverse vergoedingen: een complexe situatie

181. Wegens het ontbreken van een duidelijke cumulregeling inzake schadevergoedingen komt het frequent voor dat eisers meerdere schadevergoedingen vorderen<sup>630</sup>. Hierna worden ze afzonderlijk besproken en vervolgens wordt de cumulvraag geanalyseerd. Het algemeen principe blijft dat cumulatie van diverse schadevergoedingen mogelijk is indien de juridische oorzaak van de toegekende vergoedingen verschilt<sup>631</sup>. Niettemin kan cumul uitgesloten

---

<sup>621</sup> Art. 17 Kaderrichtlijn 2000/78; zie tevens: HvJ 17 december 2015, C-407/14, Camacho, ECLI:EU:C:2015:831.

<sup>622</sup> GwH 7 juni 2018, nr. 70/2018, ov B.9.4.

<sup>623</sup> GwH 10 juli 2019, nr. 110/2019, ov. B.5.3.

<sup>624</sup> Arbh. Brussel (NL.) 18 december 2012, AR. 2011/AB/1089, ECLI:BE:CTBRL:2012:ARR.20121218.7.

<sup>625</sup> A. VANGANSBEEK, “De leer van het verlies van een kans in het arbeidsrecht”, *Or.* 2023, 46-60.

<sup>626</sup> Cass. 9 maart 1973, *Arr.Cass.* 1972-73, 671; R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, 345-361; J.F.M. STRIBOS, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1985, 80-81.

<sup>627</sup> Arbh. Luik 11 september 2018, *Soc.Kron.* 2020, 31.

<sup>628</sup> Arbh. Brussel (NL.) 17 november 2015, *JTT* 2016, 81.

<sup>629</sup> Rb. Antwerpen 1 oktober 2021, *JTT* 2022, 421.

<sup>630</sup> Arbh. Brussel (NL.) 20 februari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 235; Arbrb. Brussel (Fr.) 23 november 2018 [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Antwerpen 13 december 2019, B.B. t. De Lijn, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Luik 24 september 2019, N.H. t. L'A, [www.unia.be](http://www.unia.be); V. DE GREEF, “Reprise progressive du travail et handicap: seul le juge jette des ponts entre le droit de la non-discrimination et le droit du travail”, *Soc.Kron.* 2021, 321-327.

<sup>631</sup> Cass. 20 april 2012, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120220.4; Arbh. Bergen 21 oktober 2022, AR

worden door specifieke bepalingen. Dat maakt de bestaande discussie ingewikkeld, aangezien er heel wat diverse ontslagbepalende maatregelen ingevoerd zijn in België zonder dat de samenhang daarbij systematisch werd onderzocht. Aangezien soms niet duidelijk is hoe de cumulbepaling moet geïnterpreteerd worden, kan het standpunt uiteenlopen op grond van een al dan niet restrictieve interpretatie van de cumulbepaling. In de discussie speelt tevens een rol dat de wetgever tot de verwarring heeft bijgedragen door te stellen dat de vergoeding op grond van de ADW eerder een burgerlijke sanctie uitmaakt wegens discriminatoir gedrag dan een schadevergoeding<sup>632</sup>. In de praktijk zal een te grote cumulatie inzake vorderingen wel afgeremd worden door eventuele gevolgen inzake de rechtsplegingsvergoeding<sup>633</sup>. Een te verregaande vordering met cumulatie van diverse schadevergoedingen kan de eiser aldus zwaar aangerekend worden. Dit verklaart ook waarom er tot op heden ook geen exuberante gecumuleerde vergoedingen werden toegekend. “Punitive damages” kent ons arbeidsrechtelijk systeem alsnog niet, wel forfaitaire vergoedingen wegens de moeilijkheid om de exacte schade te begroten. Gevraagd naar de mogelijke toepassing hiervan in het discriminatierecht op vraag van de Spaanse rechter verwees het Hof van Justitie uiteraard naar het nationale recht<sup>634</sup>. Men kan ook stellen dat het ontbreken van een duidelijke cumulregeling wijst op een gebrekkig inpassing van het discriminatierecht in het traditionele arbeidsrecht en op een gebrek aan duidelijke keuzes in het Belgische arbeidsrecht. Eens te meer wordt aan de rechtspraak overgelaten om duidelijkheid te scheppen bij meerdere vorderingen<sup>635</sup>.

182. Bepaalde rechtsleer bepleit een cumul van twee afzonderlijke schadevergoedingen op grond van de ADW wegens het niet overwegen van redelijke aanpassingen en vervolgens ook nog eens op grond van discriminatoir ontslag wegens de handicap<sup>636</sup>. Er is evenwel geen rechtspraak in die zin, allicht omdat de klager in de huidige rechtspraak reeds tevreden mag zijn wanneer deze een vergoeding verkrijgt. De arbeidsrechtbank van Henegouwen stelde uitdrukkelijk dat beide vorderingen versmelten<sup>637</sup>. Verder valt discriminatie wegens handicap in de regel samen met het weigeren van redelijke aanpassingen en bestaat de discriminatie precies in het niet overwegen of foutief toepassen van redelijke aanpassingen<sup>638</sup>. Het arbeidshof van Brussel oordeelde dat de eiser weliswaar terecht zich kon beroepen op discriminatie wegens zijn gezondheidstoestand, maar aangezien de arbeidsongeschiktheid slechts tijdelijk was, behoeft de werkgever geen redelijke aanpassingen te overwegen en

---

2022/AM/91, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>632</sup> MvT, *Parl.St.* 2006-2007, nr. 51-2722/01, p.3; Arbh. Bergen 21 oktober 2022, AR 2022/AM/91, [www.unia.be](http://www.unia.be) met verwijzing naar Cass. 20 april 2012, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120220.4 waar andere cumulatie werd toegestaan.

<sup>633</sup> KB 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger.W. en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, *BS* 9 november 2007; LEDEN BEGASOZ, “Hervormingen verhinderen toegang tot de arbeidsrechtbank voor de burger”, *TSR* 2018, 89-91; D. TORFS, “Is procederen voor de arbeidsgerechten (te) duur geworden?”, in K. NEVENS e.a. (eds.) *Liber Amicorum Wilfried Rauws*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 763-776; Cf. ook T. KÁDÁR, “The legal standing of equality bodies”, *European Equality Law Review*, 2019/1, 1-15 en vooral “Belgium”, p. 7-9.

<sup>634</sup> HvJ 17 december 2015, C-407/14, Camacho, ECLI:EU:C:2015:831.

<sup>635</sup> Een zeer oud zeer in het Belgische arbeidsrecht waar sommige auteurs terecht pleiten voor een gesloten systeem van ontslagvergoedingen: D. CUYPERS, “Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, deel VIII, Antwerpen, Intersentia, 2010, 229-294; Cf. tevens nieuw art. 91 Arbeidsovereenkomstenwet in W. RAUWS, L. LENAERTS en J. NEVEN, *Voorstel van nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet*, in *Tegenspraak Cahiers*, Brugge, die Keure, 2011, 246.

<sup>636</sup> D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 163.

<sup>637</sup> Arbrb. Henegouwen, afd. Doornik, 3 maart 2022, 20/475/A, [www.curia.be](http://www.curia.be)

<sup>638</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

werd slechts één vergoeding toegekend<sup>639</sup>. Op te merken valt dat een recente wetwijziging evenwel cumul toestaat van vergoedingen wegens discriminatie en wegens het indienen van een klacht, zodat voortaan toch een dubbele vergoeding op grond van dezelfde discriminatiegrond mogelijk is<sup>640</sup>.

183. Hoewel het vanzelfsprekend lijkt dat bij ontslag cumul mogelijk is met de opzegvergoeding<sup>641</sup>, veronderstelt deze cumul wel dat de arbeidsovereenkomst effectief is tot stand gekomen, d.w.z. dat een akkoord werd bereikt over alle essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst. Wanneer dat niet het geval is kan de afgewezen sollicitant enkel een forfaitaire vergoeding verkrijgen wegens discriminatie bij de aanwervingsprocedure<sup>642</sup>.

184. Wel is cumul mogelijk met loon, in zoverre de solliciterende ambtenaar of werknemer oorspronkelijk afgewezen werd, maar nadien op bevel van de stakingsrechter toch in dienst werd genomen<sup>643</sup>. De vergoeding is gelijk in het Waalse Decreet en kan dus toegekend worden zelfs indien de ambtenaar nog in dienst is en loon ontvangt<sup>644</sup>. Deze vordering is uiteraard ook mogelijk in contractuele relaties, maar komt in de praktijk niet voor. Een afgewezen sollicitant kan zich immers op arbeidsrechtelijke gronden niet op de nietigheid beroepen van de weigering tot aanwerving.

### K.3. Cumul met de vergoeding uit de Genderdiscriminatiewet

185. De arbeidsrechtbank van Antwerpen stond cumul toe van de forfaitaire vergoeding in de ADW en de Genderdiscriminatiewet bij de discriminatie van een dove en zwangere sollicitante. De rechtbank oordeelde dat bij een manifeste schending van twee discriminatieverboden er onvoldoende sanctie zou zijn, dat de morele schade hoger is en dat de schending op twee verschillende wetgevingen berust met juridisch verschillende gronden, waardoor die zwaarder weegt<sup>645</sup>. Dit vonnis werd bevestigd in beroep<sup>646</sup>. Dit sluit aan bij eerdere rechtspraak van de arbeidsrechtbank van Luik<sup>647</sup>. Een kritische noot merkt hierbij op dat evenwel geenszins duidelijk wordt gemaakt in welke mate de schade en de schadevergoeding tegenover elkaar staan<sup>648</sup>. Dit lijkt evenwel niet pertinent aangezien de vergoeding forfaitair is, zodanig dat een band met de reële schade niet aangetoond hoeft te worden<sup>649</sup>. En verder is duidelijk dat de wetgever ter zake geen cumulverbod heeft bepaald. In principe is cumul mogelijk voor zover de juridische grondslag verschilt. In feite gaat de rechtspraak er dus van uit dat mogelijke verschillende gronden samen niet één discriminatiegrond uitmaakt, maar dat verschillende discriminatiegronden verschillende

---

<sup>639</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 12 april 2021, *JTT* 2022, 26

<sup>640</sup> Nieuw artikel 16 § 4, in fine ingevoegd door Art. 9 Wet 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023.

<sup>641</sup> Cf. o.a. Arbh. Brussel (Fr.) 6 juli 2021, *Soc.Kron.* 2023, 90.

<sup>642</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 23 mei 2022, AR 2020/AB/178, [www.unia.be](http://www.unia.be)

<sup>643</sup> Arbh. Luik, afd. Luik, 26 september 2022, AR 2020/AL/496 -2021/AL/475, [www.unia.be](http://www.unia.be) en *JTT* 2023, 17.

<sup>644</sup> Voorz. Arbrb. Luik 9 maart 2018, RG 17/22/C, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>645</sup> Arbrb. Antwerpen 29 september 2020, *NJW* 2021, 221 met noot D. DE MEYST en A. HENDRICKX, op dit bevestigd door Arbh. Antwerpen 28 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114.

<sup>646</sup> Arbh. Antwerpen 26 juni 2021, *Soc.Kron.* 2023, 114.

<sup>647</sup> Arbrb. Luik 11 augustus 2017, *Soc.Kron.* 2018, 242.

<sup>648</sup> D. DE MEYST en A. HENDRICKX, "Schadevergoeding bij meervoudige discriminatie", *NJW* 2021, 230.

<sup>649</sup> Cf. ook: C VAN BRAECKEL en J. VANHAUTE, "Een cumul van schadevergoedingen bij meervoudige discriminatie is mogelijk", *Sociale Wegwijzer* 2021, af. 15, 9-12.



aparte gronden vormen voor meerdere schadevergoedingen. (cf. ook verder intersectionaliteit nr. 211).

186. De arbeidsrechtbank van Gent oordeelde dat bij ontslag van een zwangere werknemster wegens kanker deze wel aanspraak kon maken op de ontslagvergoeding op grond van discriminatie wegens ziekte, maar niet op grond van de Genderdiscriminatiewet omdat zij niet het begin van bewijs kon leveren dat zij ook wegens haar zwangerschap werd ontslagen<sup>650</sup>.

#### K.4. Cumul met de vergoeding op grond van CAO nr. 109

187. Cumul tussen de ontslagvergoeding op grond van CAO nr. 109 (3 tot 17 weken) en deze van de ADW lijkt uitgesloten wegens de uitdrukkelijke tekst van art. 9 § 3 CAO<sup>651</sup>. Dat werd o.a. bevestigd door het arbeidshof van Brussel en vindt navolging in de rechtsleer<sup>652</sup>. Het arbeidshof van Antwerpen een schadevergoeding oordeelde anders en kende een dubbele vergoeding toe zowel op grond van discriminatie en op grond van CAO nr. 109<sup>653</sup>. Ook het arbeidshof van Brussel oordeelde in een ander arrest in die zin en kende naast de vergoeding van 6 maanden nog eens 17 weken schadevergoeding toe op grond van CA nr. 109<sup>654</sup>.

188. Volgens de tekst van deze CAO kan de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag niet gecumuleerd worden met *enige vergoeding verschuldigd door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met uitzondering van een opzeggingsvergoeding, een niet-concurrentievergoeding, een uitwinningsvergoeding of een aanvullende vergoeding die bovenop de sociale uitkeringen wordt uitbetaald*<sup>655</sup>. Zij kan wel gecumuleerd worden met de forfaitaire boete van twee weken loon wegens miskenning van de ontslagmotivering<sup>656</sup>. Aangezien deze motivering van twee weken loon los staat van de ontslaggrond en enkel een forfaitaire sanctie bevat inzake het niet motiveren op aanvraag kan deze vergoeding dan ook gecumuleerd worden met alle andere inhoudelijke ontslagvergoedingen.

189. Soms wordt geargumenteed dat de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag en de vergoeding voor discriminatie twee verschillende gronden betreft en dat derhalve cumul mogelijk is indien de redenen voor het ontslag los staan van elkaar<sup>657</sup>. Dat laatste lijkt evenwel m.i. te stuiten op een duidelijke cumulbeperkende tekst<sup>658</sup>. Men kan er ook van uitgaan dat een redelijke werkgever geen discriminatoir ontslag geeft. Dat impliceert dat een discriminatoir

---

<sup>650</sup> Arbrb. Gent 25 oktober 2016, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>651</sup> Arbh. Brussel (NL.) 21 september 2020, AR 2018/AB/718, [www.Juportal.be](http://www.Juportal.be).

<sup>652</sup> F. SINE en I. VERHELST, *Tien jaar antidiscriminatiewetgeving voor de Belgische arbeidsgerechten: wat maakt het verschil?*, Or. 2017, 16; A.V. MICHAUX, S. GÉRARD, S. SOTTIAUX, “Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (CCT n° 109)”, *TSR* 2018, 385-392.

<sup>653</sup> Arbh. Antwerpen 19 februari 2018, AR 2017/AA/363.

<sup>654</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 12 april 2021, *JTT* 2022, 26.

<sup>655</sup> Art. 9, § 3 CAO nr. 109, 2 februari 2014, KB 9 maart 2017, BS 20 maart 2014. Dit in tegenstelling tot de situatie onder artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet (Arbh. Brussel 23 april 2012, *JTT* 2012, 284).

<sup>656</sup> Art. 7, § 3 CAO nr. 109.

<sup>657</sup> ; Arbh. Bergen 23 september 2022, *JTT* 2023, 166; A. MAES en L. FASTREZ, “De afwezigen hebben (on)gelijk: ontslag op basis van de Bradfordfactor of absenteïsme. Een analyse in het licht van de antidiscriminatiewetgeving, het kennelijk onredelijk ontslag en het rechtsmisbruik”, *TSR* 2020, 336.

<sup>658</sup> Arbh. Luik 26 februari 2018, *JLMB* 2019, 591; *JTT* 2018, 253; Arbrb. Brussel (Fr.) 24 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be); H. CATTOIR, “Ontslagmotivering in de strikte zin: drie jaar cao nr. 109”, Or. 2017, afl. 4, 21; W. VAN EECKHOUTTE, “Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag”, *TSR* 2015, 735; C. ENGELS, “Hoe kennelijk onredelijk waren de ontslagbeslissingen van werkgevers sinds 1 april 2014?”, *JTT* 2017, 454.

ontslag steeds kennelijk onredelijk is en dus steeds aanleiding geeft tot een dubbele schadevergoeding<sup>659</sup>. Bammens en Janvier stelden evenwel reeds in 1984 dat effectief moet worden nagegaan of de gronden tot vergoeding al dan niet verschillen, maar dat geldt voor onbepaalde cumulverplichtingen en niet voor een duidelijk cumulverbod zoals in een CAO<sup>660</sup>. Het woord “*enige*” is een manifest extensief verbod van toegelaten cumulatie en in geval van een duidelijke wettekst is terugval op algemene cumulregels ongegrond. Men dient wel toe te geven dat dergelijke cumulbeperking beter niet geplaatst wordt in een relatief onderschikte rechtsnorm op grond van artikel 51 CAO-Wet die lager staat dan in de hiërarchie der normen dan de ADW. Een transparante cumulwetgeving van forfaitaire schadevergoedingen bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hoort duidelijk thuis in de Arbeidsovereenkomstenwet, net zoals trouwens de inhoudelijke bepalingen van het kennelijk onredelijk ontslag. Op te merken valt dan een recente wetswijziging uitdrukkelijk diverse cumulmogelijkheden toelaat, waarmee de tendens tot grotere cumulatiemogelijkheid wordt versterkt<sup>661</sup>. Het valt te betreuren dat de Arbeidsovereenkomstenwet in de laatste jaren zowat alle kansen heeft gemist om een behoorlijk coördinatie tot stand te brengen, waardoor innovaties zich ontwikkelen buiten deze wet, met alle interpretatieproblemen tot gevolg.

190. Er dient opgemerkt te worden dat deze CAO niet van toepassing is op de publieke sector, hoewel dit door het grondwettelijk hof een schending werd bevonden van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel<sup>662</sup>. Daardoor kan de rechtspraak eventueel de CAO per analogie toepassen, ook al leidt dat vaak eveneens tot een afwijzing van de vordering<sup>663</sup>.

191. Uiteraard is steeds ook een vordering mogelijk inzake kennelijk onredelijk ontslag *in ondergeschikte orde* of *alternatief*<sup>664</sup>. Op deze wijze gaat men voorbij aan de cumulproblematiek, maar wegens het restrictieve karakter van kennelijk onredelijk ontslag lijkt deze vordering weinig kans te maken<sup>665</sup>. Dat belet niet dat een overhaast ontslag eventueel toch nog op deze grond kan gesanctioneerd worden als de vordering wegens discriminatie wordt afgewezen. De kans daartoe is groter als de werkgever ook nagelaten

---

<sup>659</sup> M. DAVAGLE, “Les obligations contractuelles de l’employeur et du travailleur en matière d’incapacité de travail de droit commun vues au travers du prisme du temps”, in L. DEAR en E. PLASSCHAERT (eds.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXIème siècle*, Brussel, Larcier, 2018, 222-223.

<sup>660</sup> L. BAMMENS en R. JANVIER, “Cumulatie van de gewone opzeggingsvergoeding met andere arbeidsrechtelijke vergoedingen”, in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, nrs. 415, 417, 426, 431.

<sup>661</sup> Wet 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023.

<sup>662</sup> GwH 30 juni 2016, 2016/101. Zie hierover o.a. S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, “De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van de overheidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst”, *T.Gem.* 2016, 125-138; I. VANDENPOEL, “Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst: een bres in het Belgische ontslagrecht ?” *TSR* 2011, 120-153; S. GILSON et F. LAMBINET, “La motivation (formelle et substantielle) du licenciement des contractuels du secteur public”, *JIT* 2019, 54.

<sup>663</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 11 december 2020, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>664</sup> Cf. Arbh. Brussel (NI.) 3 mei 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be), *TORB* 2022-23, 225; *Soc.Kron.* 2023, 122; D. CUYPERS, “Een redelijke en niet-discriminerende werkgever: ook de lat in het arbeidsrecht komt hoger te liggen”, *TORB*, 2022-23, 158-165.

<sup>665</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 9 januari 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Antwerpen 13 december 2019, B.B. t. De Lijn, [www.unia.be](http://www.unia.be).

heeft om te antwoorden op de vraag van de werknemer naar de ontslagreden, waardoor de werkgever de volle bewijslast draagt<sup>666</sup>.

192. Zo werd een werkgever die een werkneemster wegens burn out ontslagen had toch veroordeeld tot een schadevergoeding gelijk aan tien weken<sup>667</sup>. Zoals frequent voorkomt slaagde de werkneemster in deze zaak niet om aan te tonen hoe hoog de werkelijke schade lag, waardoor de rechter als schadevergoeding gewoon de midden-vork neemt tussen 3 en 17 weken<sup>668</sup>. Recent blijkt ook andere rechtspraak die richting uit te gaan van die oplossing via CAO nr. 109, waarbij de vergoeding eerder symbolisch wordt, bijvoorbeeld 4 weken<sup>669</sup>.

#### K.5. Cumul met vergoeding rechtsmisbruik.

193. Een vordering op grond van misbruik van ontslagrecht blijft steeds mogelijk, ook in het discriminatierecht<sup>670</sup> voor zover tenminste de zware bewijslast inzake kennelijke fout en inzake de omvang van de geleden schade voldaan is<sup>671</sup>. Dat kan in hoofdorde zowel als in ondergeschikte orde. Dit algemeen rechtsbeginsel steunt op het oude derde lid van artikel 1134 BW (thans nieuw art. 5.73 Nieuw BW<sup>672</sup>) en wordt niet uitdrukkelijk uitgesloten door de wetgever<sup>673</sup>. Dat dit in feite mogelijks dubbel opgaat met kennelijk onredelijk ontslag op grond van CAO nr. 109 is correct<sup>674</sup>, maar aangezien de vergoeding of sanctie op grond van het algemeen rechtsbeginsel noch door de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>675</sup>, noch door de ADW, noch door CAO nr. 109 beperkt wordt, volgt daaruit dat cumul inderdaad mogelijk is, indien de rechter vaststelt dat aan alle restrictieve voorwaarden voor de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel is voldaan<sup>676</sup>. Dit werd trouwens door de sociale partners uitdrukkelijk bevestigd in hun toelichting bij CAO nr. 109<sup>677</sup>. Zo werd cumulatie toegestaan van de vordering inzake discriminatie met een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht op grond van andere ontslagredenen<sup>678</sup>. De arbeidsrechtbank van Brussel kende naast de discriminatievergoeding ook nog een vergoeding toe gelijk aan 5.000 EUR wegens de bijzondere morele en materiële schade omwille van de omstandigheden van het ontslag<sup>679</sup>. Op

<sup>666</sup> Art. 10, 2<sup>e</sup> streepje CAO nr. 109.

<sup>667</sup> Arbh. Brussel (NL.) 3 mei 2022, AR 2021/1B/150, [www.unia.be](http://www.unia.be); *Soc.Kron.* 2023, 122; NJW 2023, 318 met noot P. PECINOVSKY; *TORB* 2022-23, 225 met noot D. CUYPERS; *Soc.Kron.* 2023, 122.

<sup>668</sup> D. CUYPERS, D. DEJONGHE, *Ontslagmotivering en kennelijk onredelijk ontslag. Overzicht van rechtspraak 2014-2016*, in reeks *CBR-Cahiers*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 58 p.

<sup>669</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 17 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>670</sup> M. JOURDAN, Noot onder Arbh. Brussel 30 november 2011, *Soc.Kron.* 2013, 187-189.

<sup>671</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 17 februari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>672</sup> Nieuw Art. 5.73. BW “Uitvoering te goeder trouw en verbod van rechtsmisbruik Een contract moet te goeder trouw uitgevoerd worden.

*Krachtens het eerste lid: 1° moet elk van de partijen zich bij de uitvoering van het contract gedragen zoals een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst; 2° mag niemand misbruik maken van de rechten die hij aan het contract ontleent. Elke afwijking van dit artikel wordt voor niet-geschreven gehouden.”*

<sup>673</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 24 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>674</sup> ; Arbh. Bergen 23 september 2022, *JTT* 2023, 166

<sup>675</sup> Cf. recent nog Cass. 8 februari 2021, RW 2021-22, 238 inzake de verjaringstermijn in de Arbeidsovereenkomstenwet die de rechter mag terzijde stellen in geval van rechtsmisbruik.

<sup>676</sup> Anders nieuw art. 91 Arbeidsovereenkomstenwet in W. RAUWS, L. LENAERTS en J. NEVEN, *Voorstel van nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet*, in *Tegenspraak Cahiers*, Brugge, die Keure, 2011, 246.

<sup>676</sup> D. DE MEYST, “Discriminatie wegens ziekte in arbeidsbetrekkingen”, *Soc.Kron.* 2018, 163

<sup>677</sup> NAR, Verslag bij CAO nr. 109, 12 februari 2012, 3: “De werknemer kan evenwel nog steeds misbruik van het ontslagrecht door de werkgever inroepen als toepassing van de burgerrechtelijke theorie van het rechtsmisbruik indien hij de bestanddelen ervan kan bewijzen. Eveneens moet de werknemer dan het verband tussen de wijze van het ontslag en de schade en de omvang van de geleden schade bewijzen.”

<sup>678</sup> Arbh. Brussel 17 februari 2014, *JTT* 2014, 284.

<sup>679</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 24 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

te merken valt dat in dit geval de werkneemster reeds een halftijdse arbeidsovereenkomst had aanvaard en de werkgever nooit opmerkingen werden gemaakt over haar verdere taakuitoefening. Ook het arbeidshof van Brussel kende naast de forfaitaire vergoeding op grond van de ADW nog een vergoeding toe van 5000 EUR wegens de bijzonder beledigende omstandigheden van het ontslag, maar voegde er wel geen bijkomende vergoeding aan toe wegens pesterijen<sup>680</sup>.

194. Het moet wel degelijk gaan om een toepassing van het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt. Een vordering uitsluitend gegrond als “morele schadevergoeding” is niet mogelijk wegens het forfaitair karakter van de zes maanden schadevergoeding die geacht wordt alle morele en materiële schade te vergoeden<sup>681</sup>. Vooral het feit dat ook geleden schade moet bewezen worden voor zover die niet reeds vergoed zou zijn door de reeds toegekende forfaitaire vergoeding vermindert de slaagkans en maakt de begroting door de rechter precair, aangezien deze moet verantwoorden waarom hij een bepaalde begroting toepast.

195. Bij een vordering tot schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht moet het slachtoffer de schade bewijzen. Dat bewijs wordt zelden geleverd<sup>682</sup>. Niets belet verder de rechter om bij discussie over eventuele schadevergoeding bij rechtsmisbruik ook de reeds toegekende “forfaitaire” vergoeding wegens discriminatoir ontslag in rekening te brengen<sup>683</sup>. Er zijn ter zake geen wettelijke berekeningsregels voor de schadevergoeding bij misbruik van ontslagrecht, dus is cumul onbeperkt toegestaan, maar de rechter dient dit bij betwisting te motiveren. Omdat de Belgische rechters matig zijn inzake de toekenning van deze schadevergoedingen *ex aequo et bono* is er ter zake ook weinig ophef<sup>684</sup>. Men kan verwachten dat de toegekende vergoedingen, net zoals in het verleden daarom matig en vooral “moreel” van aard zullen zijn<sup>685</sup>. Zo werd in een geval van veroordeling wegens discriminatie ook een vergoeding van drie weken loon wegens kennelijk onredelijk ontslag toegekend en tevens een schadevergoeding voor morele schade gelijk aan 5000 EUR<sup>686</sup>. Deze cumul is toegelaten, hoewel de cumulatie van de schadevergoeding op grond van CAO nr. 109 problematischer lijkt. (supra K.4.)

196. De cumul van de vergoedingen wegens discriminatie op grond van het Waalse decreet en de vergoeding wegens rechtsmisbruik werd afgewezen<sup>687</sup>. Dezelfde rechtbank wees ook een cumul af met een vergoeding wegens schending van het arbeidsreglement, aangezien de schade die hieruit voortvloeit niet bewezen werd en de opzegvergoeding geacht wordt forfaitair de schade bij ontslag te vergoeden<sup>688</sup>.

197. Het arbeidshof van Luik kende wel een vergoeding toe op grond van artikel 1382 BW<sup>689</sup>. Deze oplossing is echter dubieus, gelet op de duidelijke rechtspraak van cassatie die

---

<sup>680</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 7 december 2021, *JTT* 2022, 362.

<sup>681</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>682</sup> Arbrb. Antwerpen, afd. Antwerpen, 15 februari 2022, AR 21/474/A, [www.unia.be](http://www.unia.be); Arbrb. Luik 24 september 2019, N.H. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be). Niettemin, maar voor in kracht treden CAO nr. 109: Arbh. Brussel (Nl.) 18 december 2012, AR. 2011/AB/1089, ECLI:BE:CTBRL:2012:ARR.20121218.7; ; Arbh. Bergen 23 september 2022, *JTT* 2023, 166

<sup>683</sup> Arbh. Antwerpen 8 december 2021, *Soc.Kron.* 2023, 83.

<sup>684</sup> A. VANGANSBEEK, “De leer van het verlies van een kans in het arbeidsrecht”, *Or.* 2023, 46-60.

<sup>685</sup> Voor een historisch overzicht: D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Gent, Larcier, 2002, 231-237.

<sup>686</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 2 augustus 2019, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>687</sup> Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>688</sup> Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>689</sup> Arbh. Luik 26 november 2018, *Soc.Kron.* 2020, 37.

samenloop van aansprakelijkheden slechts in restrictieve situaties toelaat<sup>690</sup>. Voor een buitencontractuele aansprakelijkheid is immers vereist dat zowel de fout als de schade los staan van de contractuele aansprakelijkheid<sup>691</sup>. Aangezien het hier duidelijk om arbeidsrechtelijke verplichtingen ging die tevens “forfaitair” werden vergoed, lijkt buitencontractuele aansprakelijkheid moeilijk aan te tonen<sup>692</sup>, maar geheel onmogelijk is deze niet<sup>693</sup>, tenminste voor zover aan de strenge voorwaarden van de cassatierechtspraak inzake de samenloop van aansprakelijkheden is voldaan. Deze voortgezette traditie van het arbeidshof van Luik steunt op een foutieve grondslag van het algemeen rechtsbeginsel dat misbruik van ontslagrecht verbiedt<sup>694</sup>. In het licht van de nieuwe bepalingen van het Belgisch Burgerlijk Wetboek dat rechtsmisbruik duidelijk onderbrengt bij de contractuele goede trouw lijkt die grondslag nog meer dubieus<sup>695</sup>. Er is trouwens geen enkele reden om voor bijkomende vergoedingen een toevlucht te zoeken tot buitencontractuele aansprakelijkheid. Hiermee is niet gesteld dat elke toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid steeds is uitgesloten, tenminste voor zover aan de restrictieve voorwaarden is voldaan omdat het gaat om een buitencontractuele fout en een buitencontractuele schade, maar dan valt buiten het onderwerp van dit artikel.

#### K.6. Cumul met andere CAO's

198. CAO nr. 109 bevat wel een cumulbepaling, maar diverse andere algemeen verbindend verklaarde CAO's bevatten geen enkel cumulverbod. Dat heeft dan ook tot gevolg dat cumul mogelijk is met schadevergoedingen die uit deze diverse CAO's volgen. Zo oordeelde het arbeidshof van Bergen dat cumul mogelijk is tussen de ADW en CAO nr. 103 inzake tijdskrediet<sup>696</sup>. Uiteraard dient steeds onderzocht te worden of de grondslag van de vergoeding verschillend is. Aangezien talrijke CAO's evenwel louter de schending van de erin vermelde beginselen of procedures sanctioneren lijkt in dat geval cumulatie in de regel mogelijk, wegens een sterk verschillende juridische grondslag. Dat impliceert dan wel dat minutieus wordt onderzocht of aan alle voorwaarden voor deze aparte vergoeding is voldaan.

#### K.7. Welzijnswet

---

<sup>690</sup> H. FUNCK, “Licenciement abusif de l'ouvrier, abus du droit de licencier un employé et bonne foi contractuelle”, (noot onder Cass. 12 december 2005), *Soc.Kron.* 2007, 41-42.

<sup>691</sup> Cass. 28 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, 827; Cass. 23 mei 1997, *Arr.Cass.* 1997, 563; Cass. 23 mei 1997, *Arr.Cass.* 1997, 563; P. WERY, “Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de jurisprudence récente”, *TBBR* 1998, 8.

<sup>692</sup> We gaan niet verder in op de problematiek van samenloop van aansprakelijkheden, cf. evenwel o.a. H. BOCKEN, I. BOONE, m.m.v. M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 29-40.

<sup>693</sup> D. CUYPERS, “Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, deel VIII, Antwerpen, Intersentia, 2010, 229-294,

<sup>694</sup> A. VAN BEVER, *Open normen en het arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 217; W. VAN EECKHOUTTE, “Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag”, *TSR* 2015, 754; D. CUYPERS, “Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht”, in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht. Actualia van het ontslagrecht*, intersentia, Antwerpen, 2010, 266.

<sup>695</sup> Nieuw Art. 5.73. BW “Uitvoering te goeder trouw en verbod van rechtsmisbruik Een contract moet te goeder trouw uitgevoerd worden.

*Krachtens het eerste lid: 1° moet elk van de partijen zich bij de uitvoering van het contract gedragen zoals een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst; 2° mag niemand misbruik maken van de rechten die hij aan het contract ontleent. Elke afwijking van dit artikel wordt voor niet-geschreven gehouden.”*

<sup>696</sup> Arbh. Bergen 21 oktober 2022, AR 2022/AM/91, [www.unia.be](http://www.unia.be). In de korte samenvatting wordt ten onrechte verwezen naar deeltijdse arbeid.

199. Tevens rees de vraag of cumul mogelijk is met schending op grond van de Welzijnswet wegens pesterijen. Hoewel geen enkele bepaling dergelijke cumul verbiedt beperkt de rechtspraak zich tot de vergoeding op grond van de Welzijnswet<sup>697</sup>. In een andere uitspraak meende de rechter dat er geen bijkomende vergoeding hiervoor verschuldigd was aangezien de pesterijen onvoldoende werden bewezen<sup>698</sup>. Allicht meende de rechters dat de vergoeding ruimschoots volstond. De cumulkwestie lijkt thans niet meer aan de orde. De Wet van 7 april 2023 bepaald immers uitdrukkelijk dat in geval van intimidatie zoals vermeld in de Welzijnswet de bepalingen van de ADW voortaan niet meer van toepassing zijn<sup>699</sup>. Men mag aannemen dat dit ook slaat op de cumulatie van de schadevergoedingen, aangezien de uitsluiting van de ADW volledig lijkt. Het nieuwe art. 17 ADW lijkt de intimidatie nu zelf exclusief te regelen.

## K.8. Outplacement

200. De werkgever kan niet zomaar kan uitgaan van het principe dat outplacement in het geval van handicap nutteloos is. Dit betekent dat de ontslagen werknemster alleszins nog aanspraak kan maken op outplacement<sup>700</sup>. Wel bepaalt artikel 11/5 § 4 van de wet van 5 september 2001 dat de werknemer kan afzien van deze outplacement wegens medische redenen en na voorlegging van geneeskundige getuigschriften<sup>701</sup>. Zolang de werknemer immers niet in staat is wegens gezondheidsredenen deel te nemen aan de zoektocht naar een andere job, is deze plicht in de praktijk ook een slag in het water.

## K.9. Cumul met burgerlijke vordering op grond van een misdrijf

201. De ADW bepaalt tevens een relatief strenge strafrechtelijke bepalingen voor ambtenaren<sup>702</sup>. Ook voor werkgevers is de overtreding van de ADW mogelijk een misdrijf<sup>703</sup>. Wel is vereist dat de werkgever de aanpassing *opzettelijk* heeft geweigerd<sup>704</sup>. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het niet volstaat dat de rechter vaststelt dat de eventuele aanpassing niet onevenredig zou zijn<sup>705</sup>. Veel rechtspraak is hierover niet verschenen, mede omdat het opzet moet worden aangetoond, zodat we dit punt niet verder bespreken. De klager heeft er eveneens alleen maar voordeel bij om de forfaitaire schadevergoeding van zes of drie maanden loon op te eisen, aangezien dan de omvang van de schade niet bewezen dient te worden. Tevens kan opnieuw opgemerkt worden dat het ontbreken van een bijzondere

---

<sup>697</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 26 februari 2020, K.t. asbl G., [www.unia.be](http://www.unia.be): al werd hier geen sanctie opgelegd wegens schending van de ADW, maar wegens schending van antipestwetgeving.

<sup>698</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 7 december 2021, *JTT* 0222, 362.

<sup>699</sup> Nieuw art. 6 ADW zoals ingevoegd door W. 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023.

<sup>700</sup> Arbrb. Henegouwen 7 januari 2020, M.D. t. L'A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>701</sup> “§ 4. *In afwijking van paragraaf 1 heeft de werknemer die, aan de hand van geneeskundige getuigschriften van zijn behandelende arts, alsook, indien de werkgever daartoe het initiatief neemt, van een tweede arts die door de werkgever wordt aangesteld, binnen de zeven dagen vanaf de dag waarop hij kennis heeft genomen van zijn ontslag aantoonde dat hij medisch ongeschikt is om een outplacementbegeleiding te volgen, geen recht op de in § 1, 1°, bedoelde outplacementbegeleiding. In dat geval mag de werkgever geen vier weken aanrekenen op de in § 1, 2°, bedoelde opzeggingsvergoeding*”

<sup>702</sup> Artikelen 33 tot 38 ADW.

<sup>703</sup> Art. 21 ADW.

<sup>704</sup> *Parl.St.* Kamer 2006-07, Nr. 51/2711/001, 62.

<sup>705</sup> GwH 12 februari 2009, nr. 2009/17.

procedure ook maakt dat de werkgever vaak kan inroepen dat ieder bewijs van opzet ontbreekt.

#### K.10. Schadevergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Volledigheidshalve dient ook verwezen te worden naar een arrest van het arbeidshof te Bergen. In deze zaak was de arbeidsovereenkomst van de werknemer nog geschorst wegens arbeidsongeschiktheid, maar weigerde de stad toch de re-integratie. Het arbeidshof oordeelde dat deze weigering niet gefundeerd werd en ontbond op vraag van de werkneemster de arbeidsovereenkomst wegens grove tekortkoming. Daarbij werd een vergoeding toegekend gelijk aan de opzegvergoeding en bovendien een morele schadevergoeding gelijk aan 15.000 EUR. Deze oplossing staande de arbeidsovereenkomst is alleszins ongewoon, maar begrijpelijk, gelet op de onduidelijkheid in de wetgeving welke rechtshandeling de werkneemster moet stellen indien de werkgever, staande de arbeidsovereenkomst, zijn verplichtingen inzake re-integratie door toepassing van redelijke aanpassingen niet nakomt. De onterechte vaststelling van impliciet ontslag door de werkneemster zou zelfs kunnen leiden tot een veroordeling van een opzegvergoeding<sup>706</sup>. Tevens dient opgemerkt te worden dat niet alleen medische maar ook relationele redenen daaraan ten grondslag lagen. Opmerkelijk is dat het arrest enkel verwijst naar cassatierechtspraak en niet naar het oude toepasselijke art. 1184 BW<sup>707</sup> en naar de Welzijnswet<sup>708</sup>. Strikt genomen gaat het dus niet om een toepassing van de ADW en van het discriminatierecht, maar de motivering inzake de fouten van de werkgever bij het weigeren van redelijke aanpassingen roept een grote analogie op, zoals Remouchamps terecht opmerkt<sup>709</sup>. Aangezien de rechter de vergoeding bij ontbinding gelijkstelde met een opzegvergoeding, waarvoor probleemloos cumulatie is toegestaan (supra nr. 183) is er geen echt probleem. Vanuit het standpunt dat de werkgever zijn plicht tot redelijke aanpassingen verzaakte valt evenwel minder te begrijpen waarom geen vergoeding van zes maanden werd gevorderd en toegekend.

#### L. Schadevergoeding voor andere eisers

202. Een interessante vraag betreft de aanvullende vordering door een organisatie of instelling die een schadevergoeding vordert in eigen hoedanigheid, naast of in afwezigheid van een slachtoffer. Het Hof van Justitie oordeelde dat een ruime schadevergoeding van 10.000 EUR voor een NGO in afwezigheid van het slachtoffer van discriminatie niet strijdig is met het Unierecht. De Kaderrichtlijn bepaalt immers dat sancties effectief, afschrikwekkend en proportioneel moeten zijn. De rechter in beroep had daar enigszins moeite mee en stelde de vraag, maar het Hof liet dit begrijpelijk over aan de nationale rechter en dus ook de nationale wetgeving die ter zake niets bepaalt<sup>710</sup>.

203. Vele uitspraken in België zijn dus hierover niet bekend. In één vonnis kreeg Unia een som van 1.250 EUR als vergoeding toegekend<sup>711</sup>. In een arrest van 2015 kende het Hof van Beroep van Brussel wel een vergoeding toe wegens racisme bij aanwerving door een

---

<sup>706</sup> Zoals in Arbh. Brussel (Fr.) 1 maart 2022, *Soc.Kron.* 2023, 110.

<sup>707</sup> Nieuw art. 5.91 BW.

<sup>708</sup> Arbh. Bergen 28 oktober 2020, *Soc.Kron.* 2023, 86, met verwijzing naar art. I.4-74 § 4 Codex Welzijn op het werk en Cass. 25 februari 1991, *JTT* 1991. Verder ook Cass. 11 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 133.

<sup>709</sup> S. REMOUCHAMPS, "Refus du plan de réintégration: conditions, contrôle judiciaire et discrimination fondée sur le handicap", *Soc.Kron.* 2023, 70-74.

<sup>710</sup> HvJ 23 april 2020, C-507/18, NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, ECLI:EU:C:2020:289

<sup>711</sup> Arbrb. Luik 24 september 2019, N.H. t. L'A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

uitzendkantoor aan Unia ten belope van 25.000 EUR en aan een representatieve vakorganisatie ten belope van eveneens 25.000 EUR<sup>712</sup>. De hoogte van de vergoeding is ten dele te verklaren door het feit dat de strafprocedure wegens taalperikelen de mist was ingegaan, zodat als sanctie enkel de toegekende vergoedingen overbleven bij gebrek aan enig vorderend slachtoffer.

204. Andere vonnissen wijzen de vordering in eigen hoedanigheid van Unia af omdat het instellen van de vorderingen inzake de ADW behoort tot de wettelijke opdracht zodat derhalve een causaal verband tussen de schade en de discriminatie ontbreekt<sup>713</sup>. Men kan zich echter de vraag stellen of dergelijke schadevergoedingen niet aangewezen zijn. De instelling die optreedt om discriminatie te bestrijden voert immers een taak uit die in principe aan de overheid toekomt en die door de belastingbetaler gefinancierd wordt. Het komt enigszins merkwaardig over om de subsidiëring van de rechtshandhaving ten laste te leggen van de belastingbetaler terwijl de schadeverwekker er met een symbolische vergoeding van af komt<sup>714</sup>. Deze vraag stelt zich vooral wanneer er geen slachtoffer een schadevergoeding zou vorderen. Weliswaar wordt naar Belgisch recht de rechtsplegingsvergoeding geacht om de normale kosten van de rechtspleging te dekken, maar het is vrij evident dat deze bedragen vaak niet volstaan om de kosten te dekken, laat staan om de werking van de instelling mee te dragen. De vraag rijst dan ook of de sancties wel degelijk voldoende afschrikwekkend zijn conform de Kaderrichtlijn<sup>715</sup> wanneer er geen slachtoffer is die een schadevergoeding kan claimen. In de zaak Feryn leek het Hof van Justitie nog te accepteren dat de sanctie eerder symbolisch zou uitdraaien, waarbij het Hof toch wel erg veel vertrouwen heeft inzake de publieke veroordeling<sup>716</sup>. In latere zaken wordt het Hof wat kritischer en eist het wel degelijk een afschrikwekkende sanctie<sup>717</sup>, maar het Hof stuit hier duidelijk op de grenzen van de Europese bevoegdheden, zodat het aan de nationale rechter toekomt om de passende sanctie op te leggen, met verwijzing naar het Unierecht.

## M. Verjaringstermijn

205. De ADW bepaalt geen verjaringstermijn voor de schadevergoeding. Derhalve mag worden aangenomen dat de verjaring van de vordering valt onder artikel 15 Arbeidsovereenkomstenwet. Dat betekent dat de termijn één jaar bedraagt, maar ook dat deze kan gestuit worden overeenkomstig art. 2244 § 2 BW, zoals door een expliciete ingebrekestelling<sup>718</sup>.

206. Opgemerkt dient te worden dat de ADW weliswaar strafsancities bepaalt, zodat de verjaringstermijn verlengd wordt voor de burgerlijke vordering uit een misdrijf. Dit onderscheid tussen contractuele vordering en de vordering op grond van een misdrijf is niet strijdig met de Grondwet<sup>719</sup>. Evenwel lijkt de toepassing daarvan beperkt aangezien strafrechtelijk een bijzonder opzet noodzakelijk lijkt, zelfs bij indirecte discriminatie<sup>720</sup>. Een zuivere nalatigheid volstaat niet, wat een belangrijke rem zet op deze vorderingen, aangezien

---

<sup>712</sup> Brussel 20 februari 2015, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>713</sup> Voorz. Arbrb. Gent 16 februari 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be)

<sup>714</sup> T. KÁDÁR, “The legal standing of equality bodies”, *European Equality Law Review*, 2019/1, 15.

<sup>715</sup> Art. 17 Kaderrichtlijn 2000/78.

<sup>716</sup> HvJ 10 juli 2008, C-54/07, Feryn, ECLI:EU:C:2008:397.

<sup>717</sup> HvJ 17 december 2015, C-407/14, Camacho, ECLI:EU:C:2015:831; HvJ 25 april 2013, C-81/12 Asociația Acceptn ECLI:EU:C:2013:275.

<sup>718</sup> Arbrb. Luik 24 september 2019, N.H. t. L’A, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>719</sup> GwH nr. 13/97, 18 maart 1997.

<sup>720</sup> Art. 21 ADW.



de werkgever meestal enig opzet zal ontkennen en dit in de praktijk ook moeilijk kan aangetoond worden. Er is trouwens geen rechtspraak hierover.

## N. Aftrek gewaarborgd loon

207. De wetgever heeft met de WES het ontslag van arbeidsongeschikte werknemers aantrekkelijker gemaakt dan vroeger. Vroeger kon de werkgever slechts na langdurige afwezigheid het wegens ongeschiktheid gewaarborgd loon aftrekken van de opzegvergoeding<sup>721</sup>. Thans kan hij het gehele gewaarborgd loon in mindering brengen<sup>722</sup>. Dit geldt ook voor vrijwillig aanvullende vergoedingen die rechtstreeks door de werkgever worden betaald<sup>723</sup>. Deze bepaling is van toepassing, zelfs indien de ontslagen werknemer een beperking heeft die kan gekwalificeerd worden als een handicap<sup>724</sup>.

## VI. UNIVERSAL DESIGN EN INTERSECTIONALITEIT

### A. Universal design

208. Na diverse pijnpunten vastgesteld te hebben in de Belgische arbeidsrechtspraak past het vooraleer in te gaan op de vraag of de plicht tot redelijke aanpassingen in het Belgische arbeidsrecht kan veralgemeend worden, misschien toch te onderzoeken in hoeverre het discriminatierecht zelf hierover standpunt inneemt. Opvallend is dat het discriminatierecht inzake handicap eerder aanbeveelt dat handicap niet te veel voorwerp zou uitmaken van afzonderlijke en specifieke regels, maar dat waar mogelijk ook gewone werknemers van de bescherming zouden kunnen genieten<sup>725</sup>. Deze visie wordt vaak samengevat onder de noemer “universal design”. We gaan hier beknopt in op dit algemeen concept omdat het enig licht werpt op de verhouding tussen het discriminatierecht en het algemene arbeidsrecht.

209. “Universal design” houdt in dat de bijzondere en noodzakelijke aanpassingen aan de noden van personen met een handicap in de mate van het mogelijke zouden moeten gelden voor alle personen<sup>726</sup>. Het begrip vindt zijn oorsprong vooral inzake de mobiliteit en de toegankelijkheid van gebouwen, maar lijkt steeds meer inspiratie op te leveren voor andere domeinen<sup>727</sup>. Vooral inzake mobiliteit en toegankelijkheid van openbare gebouwen is de aanwezigheid van gepaste infrastructuur nuttig: niet alleen voor personen met een handicap, maar voor alle personen die minder mobiel zijn, waardoor het onderscheid tussen lichte en zware beperkingen verdwijnt. Zoals de theorie van het “universal design” voorhoudt zou het onderscheid tussen personen met een beperking en personen zonder beperking eerder

---

<sup>721</sup> Oud Art. 78 Arbeidsovereenkomstenwet: Cass. 9 maart 1981, *JTT* 1982, 31 met noot V. VANNES.

<sup>722</sup> Nieuw art. 37/10 Arbeidsovereenkomstenwet.

<sup>723</sup> Arbh. Brussel 21 februari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 200; op dit punt bevestigd door Cass. 1 april 2019, ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190401.5; *Soc.Kron.* 2020, 322; Arbh. Brussel 18 november 1997, *Soc. Kron.* 1998/8, 388). 57; B. CALLEWIER, “Kan de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer worden beëindigd?”, *Or.* 2002, 175; B. NYSSSEN “Licencier moyennant indemnité un employé après six mois d’incapacité”, *Ors.* 1997, 118-119, II.A; L. PELTZER, noot onder Arbrb. Brussel 28 januari 1998, *Soc. Kron.* 1999, 14.

<sup>724</sup> Cass. 1 april 2019, ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190401.5; *Soc. Kron.* 2020, 322, *RW* 2020-21, met noot VAN CALSEYDE.

<sup>725</sup> “Seeing people with a disability as “different” with “special needs”, wants and rights in this currently perceived world of finite resources, they are pitted against the needs, wants and rights of the rest of the population”, I.K. ZOLA, geciteerd door S. FREDMAN, “Disability and Equality Law”, in E.F. EMENS en M.A. STEIN (eds.), *Disability and Equality Law*, Farnham, Ashgate, 2013, 130.

<sup>726</sup> Voor een begripsomschrijving: art. 2 in fine VRPH.

<sup>727</sup> N. RICKERSON, “Universal Design: Principles and Practice for People with Disabilities” in I. SÖDERBACK (ed.), *International Handbook of Occupational Therapy Interventions*, New York, Springer, 2015, 159-165.

inhouden dat de algemene context neutraal is, zodat personen met een beperking en personen zonder beperking in solidariteit kunnen samenleven zonder dat het onderscheid zichtbaar wordt in juridische privileges. In feite is de “Universal design” een verderzetting van het sociale model van bestrijding van discriminatie op grond van handicap.

210. Eén van de zwakke punten van het Belgische arbeidsrecht is dat de plicht tot redelijke aanpassingen geen algemeen beginsel betreft in het arbeidsrecht. Dat maakt dat ook de bewijslast van redelijke aanpassingen voor werknemers moeilijker ligt dan op het eerste zicht zou moten<sup>728</sup>. De rechtspraak heeft deze plicht dan ook stelselmatig moeten verduidelijken zoals blijkt uit de rechtspraak. Controle op deze mogelijkheden inzake redelijke aanpassingen ligt evenwel vooral in handen van de werkgever die de infrastructuur van de tewerkstelling bepaalt. Dan wordt het ook voor de rechter moeilijk om meer dan marginaal te oordelen of de werkgever zijn verplichtingen is nagekomen. Dat verklaart m.i. waarom het Hof van Justitie zo dikwijls de uiteindelijke afweging van de geponeerde principes overlaat aan de nationale rechter. Het Hof kan immers niet ingaan op echte alternatieven wanneer deze zich slechts abstract aandienen en feitelijke discussie ten gronde impliceren. Nochtans is de inbedding van het discriminatierecht in het algemene arbeidsrecht van groot belang voor de efficiëntie<sup>729</sup>.

## B. Meervoudige discriminatie en intersectionaliteit

211. Er is nog een reden om het beginsel van redelijke aanpassingen te veralgemenen. Zoals uit de analyse van rechtspraak bleek is de afgrenzing van de beschermde categorie soms moeilijk. Meervoudige discriminatie houdt in dat meerdere beschermde kenmerken tegelijk worden aangevoerd. Intersectionaliteit benadrukt echter in dat de combinatie van meerdere beschermde kenmerken toch iets anders is<sup>730</sup>. De laatste jaren is steeds duidelijker geworden dat discriminatie vaak niet beperkt is tot slechts één beschermd kenmerk. Meervoudige discriminatie is niet slechts een optelsom, maar combinaties van beschermde kenmerken leiden tot eigensoortige problemen<sup>731</sup>. Dit fenomeen is vooral in Angelsaksische rechtsleer bekend inzake de discriminatie van zwarte vrouwen, die niet zonder meer gelijkgesteld worden met een zuivere optelling van discriminatie op grond van geslacht en van zogenaamd

---

<sup>728</sup> Cf. o.a. Arbh. Bergen 24 juni 2011, *Soc.Kron.* 2012, 365

<sup>729</sup> A. LEJEUNE en J. RINGELHEIM, “Workers with Disabilities Between Legal Changes and Persisting Exclusion: How Contradictory Rights Shape Legal Mobilization”, *Law & Society Review* 2019, 1-33.

<sup>730</sup> Voor een grondige analyse EU-recht: D. SCHIEK, A. LAWSON, *European Union Non-discrimination law and Intersectionality* (eds.), Ashgate, Farnham, 2012, 329 p.

<sup>731</sup> S. VINCENT en J. VRIELINK, “Les discriminations multiples et intersectionnelles”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 250-274; G. DE BECO, “Intersectionality and Disability in International Human Rights Law”, *The International Journal of Human Rights*, 2019, 1-2, <https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1661241>; L. FASTREZ, P. LOECKX, L. MONNIER, “La discrimination multiple et la théorie de l’intersectionnalité dans la jurisprudence des Cours européennes de justice et des Droit de l’homme”, *Soc.Kron.* 174-181.

ras<sup>732</sup>, maar in het Europese recht blijft het eveneens relevant, hoewel de doorwerking in de rechtspraktijk moeizaam verloopt<sup>733</sup>. Ook inzake handicap is intersectionaliteit belangrijk<sup>734</sup>.

212. Hoewel intersectionaliteit in de praktijk duidelijk is, hebben praktijkjuristen het relatief moeilijk met deze notie. Dat komt omdat concepten in het recht liefst helder worden gemaakt om tot werkbare redeneringen en conclusies te komen. Overlap van discriminatiegronden en creatie van nieuwsoortige discriminatiegronden via rechterlijk activisme is niet evident. Toch komt intersectionaliteit overeen met de realiteit. Het is nu eenmaal een realiteit dat verschillende discriminatiegronden kunnen interfereren en derhalve nieuwe en andere problemen genereren. Elke wetenschap, zoals het recht, reduceert noodzakelijkerwijze de feiten om tot werkbare oplossingen te komen, maar deze methodische reductie houdt ook steeds het gevaar in dat de oplossing niet strookt met de maatschappelijke realiteit.

213. Maar het Hof van Justitie blijft terughoudend<sup>735</sup>. In andere discriminatiegronden gaat het Hof meestal niet in op suggesties hoewel Advocaat-generaal Kokott daarmee minder moeite heeft<sup>736</sup>. Ook de Belgische rechtspraak blijft terughoudend. Problematisch is ook dat de discussie vooral oplaait wanneer de vraag rijst naar de cumulatie van meerdere ontslaggronden<sup>737</sup>. Frequent wordt de cumul tussen vergoedingen op verschillende discriminatiegronden afgewezen<sup>738</sup>. Een erkenning van intersectionaliteit: d.w.z. het feit dat meerdere gronden samen genomen kunnen worden tot één enkele nieuwe grond zou deze cumuldiscussie kunnen beperken. Dat kan evenwel alsnog niet omdat de theorie zelf nog onvoldoende ontwikkeld is in het Belgische discriminatierechtelijke praktijk. Het zou licht paradoxaal zijn dat de intersectionaliteit die vooral bedoeld is als instrument om minder detecteerbare vormen van discriminatie te sanctioneren en aandacht te hebben voor de combinatie van factoren die de sociale uitsluiting versterken vooral ontwikkeld zou worden via een beperking van schadevergoeding. Mede daarom lijkt het dat de rechtspraak ook karig is met het toestaan van cumulatie van diverse schadevergoedingen. In wezen komt dat neer op de erkenning dat de overlapping van discriminatiegronden in feite een combinatie vormt die op zichzelf één specifieke discriminatiegrond uitmaakt en dat is precies de kernboodschap van intersectionaliteit<sup>739</sup>. Maar omdat de wetgever de cumulatieproblematiek overlaat aan de aarzelende rechtspraak dringt deze kerngedachte moeilijk door in het discriminatierecht.

---

<sup>732</sup> In de rechtspraak van de hoogste rechtscollages is daarvan nog niet veel terug te vinden, wel inzake de qualificatie van Roma kinderen als “mentaal” gehandicapt: EHRM 13 november 2007, D.H. a.o. v. Czech Republic, no. 57325/00.

<sup>733</sup> European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, Policies and Laws*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2007, 16; S. BURRI et D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law – Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?*, Luxembourg, publication commissioned by the European Commission, 2009, 4; S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, Luxembourg, European Commission, 2016, 27-28; D. SCHIEK, “From EU Non-Discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe”, in D. SCHIEK en V. CHEGE (eds.) *European Union Non-discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Londen, Routledge-Cavendish, 2009.

<sup>734</sup> UNITED NATIONS, *General Comment N°. 8 (2022) on the right of persons with disabilities to work and employment*, nr. 22, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>735</sup> Cf. o.a. HvJ 18 maart 2014, C-363/12, Z., ECLI:EU:C:2014:159.

<sup>736</sup> Conclusie AG Kokott, HvJ 30 juni 2016, C-443/15, punt 152, ECLI:EU:C:2016:493.

<sup>737</sup> J. JACMAIN en L. MARKEY, “Actualités de la lutte contre les discriminations en droit social”, in E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination – Avancées et enjeux*, Brussel, Larcier, 2016, 132-141.

<sup>738</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 13 november 2012 met kritische noot L. MARKEY, “Discriminations multiples. Commentaire de Cour trav. Bruxelles, 13 novembre 2012”, *Soc.Kron.* 2014, 279-282.

<sup>739</sup> Arbh. Brussel (Fr.) 7 december 2021, *JTT* 0222, 362: waar de rechter duidelijk de twee gronden verenigd, maar slechts één vergoeding toekent, eigenaardig genoeg verhoogd met een vergoeding van 5000 EUR voor

### C. Handicap en leeftijd: overlap

214. De relevantie van intersectionaliteit blijkt evenwel sterk naar aanleiding van de samenloop van leeftijd en handicap<sup>740</sup>. Uit de statistieken van het RIZIV blijkt dat het aantal intredes in primaire arbeidsongeschiktheid en invaliditeit piekt in de leeftijdscategorieën tussen 40 en 54 jaar, ongeacht de sociale status of het geslacht<sup>741</sup>. De kans op chronische ziekte stijgt eveneens met de leeftijd<sup>742</sup>. Ook hier probeert de rechtspraak om de twee discriminatiegronden uit elkaar te houden, maar de realiteit impliceert wel degelijk dat de twee gronden in hoge mate interfereren<sup>743</sup>. Dit blijkt uit diverse arresten van het Hof van Justitie inzake leeftijdsdiscriminatie<sup>744</sup>. Ook in België leidt eventuele overlap ertoe dat de wetgever soms oudere personen uitsluit van hulpmiddelen die toekomt aan personen met een handicap die onvoldoende zelfredzaam geworden is. Leeftijdsgrenzen kunnen dan ook het gelijkheidsbeginsel schenden als niet betwist wordt dat de aanvrager ook voordien aanspraak kon maken op tegemoetkomingen, zo oordeelde het Grondwettelijk Hof<sup>745</sup>. Maar men dient toe te geven dat het toch merkwaardig overkomt dat een strikte leeftijdsgrens exact kan bepalen wanneer iemand nu al dan niet gehandicapt is en daardoor rechten zou verwerven. Dit heeft nogmaals meer te maken met de billijke cumul van sociale vergoedingen dan wel met de essentie van de definities. Het zou dan ook beter passen om dit strikter te motiveren.

215. Net zoals bij handicap vormen stereotypen van onproductiviteit de basis voor leeftijdsdiscriminatie. Maar uiteraard is leeftijd soms ook wel relevant, mede omdat leeftijd een geleidelijk verhoogde graad van beperkingen impliceert<sup>746</sup>. Dit is m.i. de reden waarom oudere werknemers te lijden hebben onder discriminatie wegens de negatieve perceptie inzake toekomstige afwezigheden en afnemende capaciteiten<sup>747</sup>. En die negatieve perceptie hang onmiskenbaar samen met toenemende “beperkingen”, wat in essentie de definitie is van handicap. Het hoeft trouwens geen statistische of academische verwondering indien men vaststelt dat het aantal langdurig arbeidsongeschikten de laatste jaren toeneemt, zeker niet

---

rechtsmisbruik.

<sup>740</sup> Arbh. Gent 20 april 2019, 18 oktober 2019 en 19 juni 2020, *Soc.Kron.* 2021, 340 ; Arbh. Brussel (Fr.) 7 december 2021, *JTT* 0222, 362.

<sup>741</sup> [https://www.researchgate.net/figure/Background-disability-rate-by-gender-and-age-group-Health-Interview-Survey-Belgium\\_fig1\\_273702151](https://www.researchgate.net/figure/Background-disability-rate-by-gender-and-age-group-Health-Interview-Survey-Belgium_fig1_273702151);

<sup>742</sup> KULeuven, METAFORUM WERKGROEP GEZOND LANGER WERKEN, 2021, p.28, <https://www.kuleuven.be/metaforum/werkgroepen/wg-langer-gezond-werken>; cf. ook onderwijs: voor de leeftijdsgroep 56-65 jaar ligt het ziekteverzuim dubbel zo hoog als in de leeftijdsgroep 46-55 jaar en acht maal hoger dan in de leeftijdsgroep -26 jaar: AGODI, *Rapport afwezigheid wegens ziekte Vlaams onderwijspersoneel*, p. 17, <https://publicaties.vlaanderen.be/view-file/52815>.

<sup>743</sup> M. DE PAUW, “Kruising van handicap en leeftijd: de rechten van ouderen met een beperking voor het Hof van Straatsburg”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 278-294.

<sup>744</sup> HvJ 24 november 2016, C-443/15, Parris (sexuele oriëntatie en leeftijd); 6 december 2012, C-152/11, Odar t. Baxter ECLI:EU:C:2012:772 (handicap en leeftijd); S. VINCENT en J. VRIELINK, “Les discriminations multiples et intersectionnelles”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 250-274.

<sup>745</sup> GwH 24 februari 2022, nr. 29/2022, B.7.

<sup>746</sup> M. FUCHS, “Quota Systems for Disabled Persons: Parameters, Aspects, Effectivity”, *Policy Brief March 2014*, Europe Centre for Social Welfare Policy and Research, 9p. <https://www.euro.centre.org/downloads/detail/1459> ; D. CUYPERS, “Leeftijdsdiscriminatie en redelijke aanpassingen: naar een nieuwe benadering van de work-life balance voor oudere werknemers”, in *De Taal is gans het recht, Liber Amicorum Willy Van Eeckhoutte*, Kluwer, 2018, 325-340.

<sup>747</sup> L. LIPPENS, S. VERMEIREN en S. BAERT, “The state of hiring discrimination: A meta-analysis of (almost) all recent correspondence experiments”, *European Economic Review* 2023, 25 p., [www.elsevier.com/locate/eer](http://www.elsevier.com/locate/eer).

toevallig in samenhang met het terugschroeven van de brugpensioenen die in het Belgische arbeidsrecht jarenlang werden benut om oudere werknemers aan de kant te schuiven. Men hoeft zich niet te verwonderen als in het licht van het aangekondigde beleid inzake de verhoging van de pensioenleeftijd in de rechtspraak steeds meer vragen zullen gesteld worden in verband met redelijke aanpassingen voor oudere werknemers die daarbij in toenemende mate hun beperkingen zullen invoeren. Dat vormt het onderwerp van een debat inzake “eindelooppaantrajecten”, “landingsbanen” en “Generatiepact” voor oudere werknemers<sup>748</sup>. Dat is evenwel een ander onderwerp waar we niet verder op ingaan. In het bijzonder dient cao nr. 104 vermeld te worden die werkgevers verplicht een werkgelegenheidsplan uit te werken voor oudere werknemers<sup>749</sup>. Wat is dat “plan” anders dan een onderzoek naar redelijke aanpassingen? Ook hier wordt aangedrongen op een duidelijker en coherente visie<sup>750</sup> temeer daar de wetgever ook nog naarstig werk maakt van de activering van langdurig arbeidsongeschikten<sup>751</sup>.

## VII. HERVORMING VAN HET BELGISCHE ARBEIDSRECHT

### A. Redelijke aanpassingen: voorbehouden aan een bevoorrechte categorie werknemers?

216. De bovenstaande analyses die misschien grote meanders vertoonden, leiden tot een antwoord op de vraag of het Belgische arbeidsrecht aan een aanpassing toe is. De verplichting van de werkgever om redelijke aanpassingen door te voeren heeft zoals gesteld een paradigma-shift teweeggebracht<sup>752</sup>. Deze plicht moet evenwel ruimer gesitueerd worden dan het strikte kader van het discriminatierecht. Vervliet en Van Puyvelde hebben deze stelling al verdedigd als noodzakelijk uitvloeisel uit de ruime interpretatie van het welzijnsbeleid dat moet trachten alle werknemers aan het werk te houden<sup>753</sup>. Dus ook vanuit de invalshoek van het welzijnsrecht wordt gepleit voor een ruime toepassing.

217. Enerzijds rijst de vraag of het onderscheid tussen werknemers met een handicap en zonder handicap in het discriminatierecht wel consequent kan toegepast worden vooral nu de afgrenzing relatief blijkt te zijn<sup>754</sup>. Anderzijds wordt vanuit kringen van personen met een beperking ook aangedrongen dat zij geen bevoorrechte behandeling opeisen, maar dat de faciliteiten die geboden worden in de mate van het mogelijke iedere persoon ten goede

---

<sup>748</sup> CAO nr. 103 tot invoering van een stelsel van tijdskrediet, loopbaanvermindering en landingsbanen, 27 juni 2012, KB 25 augustus 2012, BS 31 augustus 2012, zoals gewijzigd door cao's nr. 103bis en 103ter; Cf. o.a. C. BAYART en I. BOSMANS, “Individuele rechtsbescherming bij herstructurering”, in J. PEETERS en W. RAUWS (eds.), *Herstructurering doorheen het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 181-286.

<sup>749</sup> CAO nr. 104 over de uitvoering van een werkgelegenheidsplan oudere werknemers in de onderneming, 27 oktober 2012, KB 24 oktober 2012, BS 8 november 2012.

<sup>750</sup> G. MASSART en R. CAPART, “Y'en a deux, deux outplacement, l'ancien et le nouveau !” in S. GILSON (ed.) *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés*, Limal, Anthemis, 2015, 48.

<sup>751</sup> KB 11 september 2022 tot wijziging van de codex over het welzijn op het werk wat het re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers betreft, BS 20 september 2022. Het treedt in werking op 1 oktober 2022.

<sup>752</sup> X. DELGRANGE en V. GHESQUIERE, “Les aménagements raisonnables, des instruments obligatoires pour tendre vers l'égalité de traitement”, in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap-De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 322-343.

<sup>753</sup> V. VERVLIET en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 645, zonder daar verder gevolgen te verbinden voor de Arbeidsovereenkomstenwet.

<sup>754</sup> L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0, Gelijke monniken, gelijke kappen*, Intersentia, 2020, 130; N. GYSEMANS en P. MAERTEN, “Het ontslag van een arbeidsongeschikte werknemer”, *Oriëntatie* 2016, 244.

zouden moeten komen. (Universal Design). In het arbeidsrecht betekent dat niet meer of minder dan dat het principe van de redelijke aanpassingen uitgebreid zou moeten worden naar alle werknemers. De vraag rijst of het Belgische arbeidsrecht klaar is voor dergelijke ingrijpende wijziging. Al eerder heeft rechtsleer erop gewezen dat men met het bestaande wetgevende knip en plakwerk inzake definitieve overmacht, ziekte en handicap, re-integratie en behoud van tewerkstelling, ontslagbescherming via nationale CAO's er niet meer komt, ook en vooral niet in de publieke sector<sup>755</sup>.

218. De veralgemening van de plicht tot redelijke aanpassingen zou meteen een einde maken aan de discussie over het onderscheid tussen handicap en beperking, tussen ziekte en handicap. Rechtsvergelijkend blijken daarvoor in diverse buitenlandse rechtstelsels al duidelijk een aanzet te vinden. (infra C) Maar eerst wordt een beknopte opsomming gegeven van diverse evoluties die erop wijzen dat het Belgische arbeidsrecht mogelijkheden daartoe schept. (infra B) Dit blijkt trouwens ook centraal bij de nieuwe maatregelen inzake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsongeschiktheid. En talrijke bijzondere beschermingsstatuten die thans reeds vele werknemers beschermen vragen toch stilaan om van de uitzondering een algemene regel te maken van preventieve ontslagbescherming. Die vraag naar een meer preventieve ontslagbescherming leeft reeds heel lang<sup>756</sup>. Allicht speelde het feit dat talrijke beschermingsregels het gevolg zijn van nationaal sociaal overleg dat men intact wil laten, maar dat ontslaat de wetgever niet van een fundamentele taak van behoorlijke coördinatie<sup>757</sup>. Niets belet ook om bij de coördinatie de sociale partners te betrekken om eindelijk te komen tot een coherent geheel van ontslagbeperkingen. En in het licht van de verdergaande staats Hervormingen is het tijd om de fundamentele beginselen van het arbeidsrecht federaal te verankeren, zo men ten minste wil voorkomen dat in het licht van de nieuwe samenhang tussen regionaal arbeidsmarktbeleid en federaal arbeidsrecht de wetgeving in de federale entiteiten teveel divergeert<sup>758</sup>. Het Grondwettelijk Hof zou met een dergelijke catalogoog in samenhang met artikel 23 GW wel kunnen waken over de modernisering<sup>759</sup>.

## B. Redelijke aanpassingen: een algemeen beginsel

---

<sup>755</sup> S. AERTS en R. JANVIER, "Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren", *TSR* 2015, 101-180.

<sup>756</sup> Cf. reeds J. HERMAN, "Overvloed en onbehagen: de veelheid aan en de tekorten van ontslagbeschermingen", in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (ed.), *Sociaal Recht, Niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 101-177; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, 971-1091; T. DOUILLET, "Vers un licenciement économique en droit belge? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique", *TSR* 2015, 591-652.

<sup>757</sup> T. DOUILLET, "Vers un licenciement économique en droit belge? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique", *TSR* 2015, 591-652.

<sup>758</sup> Cf. reeds: J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet", in CBR (ed.) *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003 303-305; J. HUYS, "Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie", *TSR* 2003, 387-429.

<sup>759</sup> D. CUYPERS, "Het Grondwettelijk Hof en het arbeidsrecht. Hoever kan het Hof te ver gaan?" in C. JENART e.a. (eds.) *Vriendschapsgewijze commentaar op de Grondwet. Liber Amicorum Jan Velaers*, die Keure, Brugge, 2022, 405-415.

219. Meerdere auteurs zien in het concept van plicht tot redelijke aanpassingen een algemeen beginsel<sup>760</sup>, als beginsel van materiële gelijkheid<sup>761</sup>. Somek stelt zelfs: “*It is difficult to imagine a sound, justification, for if accommodation is the revealed truth of protection from discrimination it is inconsistent to concede it only to one special group*”<sup>762</sup>. En hij staat geenszins alleen met deze stelling<sup>763</sup>. Ringelheim, Waddington en Bell aarzelen ook niet om de aanpassingsplicht van de werkgever bij zwangere vrouwen en bij werknemers met een tijdelijke beperking te vergelijken. Terecht stellen zij dat de notie redelijke aanpassing in feite de directe band tussen de werknemer en een bepaalde functie relativeert<sup>764</sup>. Dit lijkt te verklaren waarom er enige aarzeling in België bestaat over de ruime toepassing van de reclasseringsplicht. Algemeen wordt de functie immers als essentieel element van de arbeidsovereenkomst beschouwd. De contractuele functie wordt dan een weinig flexibel element. Het is evenwel maar de vraag of de traditionele interpretatie van het impliciet ontslag nog opgaat in het licht van het nieuwe paradigma om mensen zo lang mogelijk aan het werk te houden en gelet op de steeds toenemende lijst van uitzonderingen. De constructie van het impliciet ontslag is trouwens een wankele constructie van de arbeidsrechtspraak, eveneens in het licht van het nieuwe Burgerlijk Wetboek<sup>765</sup>. Dit strookt natuurlijk met de wijzigende opvatting inzake een strikte interpretatie van overeengekomen arbeid als essentieel en onwrikbaar element van de arbeidsovereenkomst die nog moeilijk te verzoenen valt met een ruime interpretatie van redelijke aanpassingen<sup>766</sup>.

220. Ook het Hof van Justitie evolueert in de richting van een algemeen beginsel, maar kan dit moeilijk officieel maken, gelet op de letterlijke tekst van de Kaderrichtlijn die het recht op redelijke aanpassingen beperkt tot één enkele beschermingsgrond<sup>767</sup>. Dat Unierecht blijft evenwel nuttig omdat de focus op ernstige vormen van handicap (of beperking) nuttig blijft, precies omdat daarbij meestal de kostprijs voor redelijke aanpassingen hoger zal liggen, maar het blijft wringen. Een belangrijk pijnpunt voor een doorbraak hierbij is wel de heikele vraag

---

<sup>760</sup> L. WADDINGTON en A. HENDRIKS, “The expanding concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination”, *Intern. Journ. Comp. LLIR* 2002, 403-427; K. HENRARD, “De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten - Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brussel, die Keure-La Chartre, 2008, 257-295; E. HOWARD, “Indirect discrimination, Reasonable Accommodation and Religion”, in D. CUYPERS & J. VRIELINK (eds.) *Equal is not enough*, Cambridge, Intersentia, 2016, 73-9; E. HOWARD, “Reasonable Accommodation of Religion and other Discrimination Grounds in EU Law”, *European Law Review*, 2013, 370 e.v.; G. BUSSCHAERT en S. DE SOMER, “Port des signes convictionnels au travail : la Cour de justice lève le voile ?”, *JTT* 2017, 277-283; Y. BENFQUIH, “Religieuze aanpassingen en diversiteit: een schoolvoorbeeld”, *TORB* 2014, 197-216; J. RINGELHEIM, “Adapter l’entreprise à la diversité des travailleurs: la portée transformatrice de la non-discrimination”, *Journal Européen des droits de l’homme*, 2013/1, 57-82.

<sup>761</sup> Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 494.

<sup>762</sup> A. SOMEK, *Engineering Equality*, Oxford, University Press, 2012, 184.

<sup>763</sup> Cf. Kritisch overzicht voor- en tegenstanders in M. BELL en S. KJELSSTRAND (eds.), *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*, Brussel, Europese Commissie, 2004, p.5 en p. 19; D. SCHIEK, “A new framework on equal treatment of persons in EC law?”, *European Law Journal* 2002, 290 - 314.

<sup>764</sup> J. RINGELHEIM, “Adapter l’entreprise à la diversité des travailleurs: la portée transformatrice de la non-discrimination”, *Journal Européen des droits de l’homme*, 2013/1, 57-82; L. WADDINGTON en M. BELL, “More equal than others: distinguishing European Equality Directives”, *CMLR*, 2011, 597.

<sup>765</sup> Cf. ook het debat tussen C. D’HERCKERS en E. CRABEELS, “Quelques impacts du nouveau code civil en droit du travail”, *JTT* 2023, 173-187; W. VAN EECKHOUTTE, “Wankelt de wettelijke basis van impliciet ontslag werkelijk?” *WikiSocBlog*, 19 mei 2023.

<sup>766</sup> Zo oordeelde het arbeidshof van Brussel nog dat een werknemer een wijziging van functie moest accepteren op grond van de goede trouw, terwijl het toch om een essentieel element handelde: Arbh. Brussel (Fr.) 8 september 2021, *JTT* 2022, 137.

<sup>767</sup> HvJ 14 maart 2017, C-157/15, *Achbita v. G4S*, punt 43. ECLI:EU:C:2017:203.

naar de nieuwe arbeidsvoorwaarden en de toetsing van het aanbod van de werkgever. (cf. D. en E.) Men ontkomt dan ook niet aan duidelijker analyse van mogelijke oplossingen voor dit pijnpunt.

### C. Rechtsvergelijkende redelijke aanpassingen

221. Rechtsvergelijkend dient men op te merken dat de buurlanden wel een algemene plicht tot reclassering kennen voor alle werknemers. Het Belgische arbeidsrecht is één van de laatste landen inzake het beginsel dat ontslag de *ultima ratio* zou mogen zijn bij ontslag wegens persoonsgebonden en economisch gerelateerde oorzaken<sup>768</sup>, zoals in Nederland<sup>769</sup> en in Frankrijk<sup>770</sup> en zelfs in het Verenigd Koninkrijk<sup>771</sup>.

#### C.1. Duitsland

222. In Duitsland moet de werkgever een legitieme ontslagreden aantonen<sup>772</sup> en moet hij een *betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)* uitvoeren. Anders is het ontslag niet sociaal gerechtvaardigd<sup>773</sup>. Wanneer een werknemer binnen één jaar langer dan zes weken ononderbroken of herhaald arbeidsongeschikt is moet de werkgever in dialoog met de werknemer en de ondernemingsraad een oplossing trachten te vinden om de arbeidsongeschiktheid te verhelpen en het behoud van de tewerkstelling te verzekeren<sup>774</sup>. De plicht tot redelijke aanpassingen is dus ruimer dan enkel personen met een handicap en viseert

---

<sup>768</sup> P. MOZET, "Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Harmonisierung auf europäischer Ebene", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, 299 die daarbij België gelijkstelt aan Griekenland. Uitgebreide rechtsvergelijking M. VANHEGEN, *Arbeitsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 517-581.

<sup>769</sup> Art. 7:669 Nederlands BW: "De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.

<sup>770</sup> Franse Code du Travail, Article L1233-4, Modifié par Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, eerste lid: "Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel."

<sup>771</sup> Section 67 Employment Rights Act (1996): Right to offer of alternative work:

(1) Where an employer has available suitable alternative work for an employee, the employee has a right to be offered to be provided with the alternative work before being suspended from work on maternity grounds.

(2) For alternative work to be suitable for an employee for the purposes of this section—

(a) the work must be of a kind which is both suitable in relation to her and appropriate for her to do in the circumstances, and

(b) the terms and conditions applicable to her for performing the work, if they differ from the corresponding terms and conditions applicable to her for performing the work she normally performs under her contract of employment, must not be substantially less favourable to her than those corresponding terms and conditions.

<sup>772</sup> § I Kündigungsschutzgesetz van 18 augustus 1951, "… Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt wenn... 2.1. In Betrieben des privaten Rechts... b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann."

<sup>773</sup> § 1 (2) Kündigungsschutzgesetz: toepassing op een piloot die ongeschikt blijkt om te vliegen: Bundesarbeitsgericht, 21 november 2018, 7 AZR 394/17 en ook Bundesarbeitsgericht 17 april 2019, 7 AZR 292/17: <http://juris.bundesarbeitsgericht.de>.

<sup>774</sup> § 167, lid 2, al.1 negende boek Sozialgesetzbuch.



daarmee effectief alle personen die het risico lopen om wegens verminderde capaciteiten hun arbeidsplaats te verliezen. De werkgever kan deze plicht niet zomaar van zich afschuiven wegens onmogelijkheid om de overeengekomen arbeid uit te voeren<sup>775</sup>.

223. Merk tevens op dat de werkgever hierover collectief overleg moet plegen en dat in Duitsland een “Betriebsrat” reeds kan opgericht worden vanaf 5 werknemers<sup>776</sup>. Merk eveneens op dat de werknemer geen dwingende plicht heeft om hieraan mee te werken, maar dat hij daardoor de ontslagbescherming naar Duits recht kan verliezen wegens ontslag voor legitieme gezondheidsgronden<sup>777</sup>.

## C.2. Frankrijk

224. Ook in Frankrijk is de werkgever in principe verplicht om de arbeidsongeschikte werknemer een andere functie aan te bieden die geschikt is voor zijn persoonlijke capaciteiten, waarbij het niet uitmaakt of de ongeschiktheid professioneel<sup>778</sup> of niet-professioneel<sup>779</sup> van aard is. De bedrijfsarts geeft advies met betrekking tot de herplaatsing van de werknemer in zijn arbeidsongeschiktheidsadvies<sup>780</sup>. Het is aan de werkgever om zowel op het niveau van het bedrijf als van de groep waartoe de onderneming behoort, specifieke stappen te ondernemen om de werknemer opnieuw in te zetten, met name aanpassingen of transformaties van werkstations of flexibele werktijden<sup>781</sup>. De werkgever moet eveneens loyaal zijn bij de uitvoering van de herplaatsing. De werkgever is niet loyaal als hij functies aanbiedt die niet geschikt zijn voor de capaciteiten van de werknemer<sup>782</sup>.

225. De bedrijfsarts kan echter in zijn advies aangeven dat de herplaatsingsverplichting van de werkgever verminderd kan worden of zelfs opzij moet worden geschoven, indien uit onderzoek blijkt dat herplaatsing onmogelijk is in het licht van de gezondheidstoestand van de werknemer<sup>783</sup>. De werknemer kan er vervolgens voor kiezen om de door de werkgever gemaakte voorstellen tot herplaatsing te accepteren of af te wijzen. Indien hij niet akkoord gaat met een voorstel tot herplaatsing van de werkgever heeft deze laatste de keuze: hij kan de werknemer ofwel een nieuw voorstel doen, ofwel overgaan tot ontslag wegens onmogelijkheid van herplaatsing<sup>784</sup>. Voor het herplaatsen van de werknemer bestaat geen vaste deadline, maar indien er na een maand nog steeds geen akkoord werd bereikt, moet de werkgever de werknemer opnieuw het loon beginnen te betalen dat overeenkwam met het loon van de werknemer van vóór de arbeidsongeschiktheid<sup>785</sup>. Aan de plicht tot herplaatsing is voldaan indien de werkgever de arbeidsongeschikte werknemer een nieuwe tewerkstelling

---

<sup>775</sup> BAG 21 november 2018, 7 AZR 394/17, ECLI:DE/BAG:2018:211118.U.7AZR394.17.0.

<sup>776</sup> § 1 Betriebsverfassungsgesetz 15 januari 1972, [https://www.gesetze-im-internet.de/betrvgv/\\_\\_\\_1.html](https://www.gesetze-im-internet.de/betrvgv/___1.html)

<sup>777</sup> Zie duidelijk advies en toelichtingen, o.a. advocatenkantoor Hensche:

[https://www.hensche.de/Betriebliches\\_Eingliederungsmanagement\\_BEM\\_Betriebliches\\_Eingliederungsmanagement.html#tocitem1](https://www.hensche.de/Betriebliches_Eingliederungsmanagement_BEM_Betriebliches_Eingliederungsmanagement.html#tocitem1)

<sup>778</sup> Art. L1226-10 Code de Travail.

<sup>779</sup> Art. L1226-2 Code de Travail.

<sup>780</sup> Art. L4624-4 Code de Travail.

<sup>781</sup> Cass. Fr. Soc. 6 januari 2010, nr. 08-44177,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021651298>.

<sup>782</sup> Cass. soc. 7 juli 2004, n° 02-43979, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>783</sup> Cass. Fr. Soc. 5 oktober 2016, nr. 15-16429,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033213540>.

<sup>784</sup> Cass. Fr. Soc. 25 mei 2011, n° 09-71543,

[http://conseillerdusalarie.free.fr/Docs/Jurisprudences/2011/20110525Cass\\_soc\\_25\\_mai\\_2011\\_09-71543.htm](http://conseillerdusalarie.free.fr/Docs/Jurisprudences/2011/20110525Cass_soc_25_mai_2011_09-71543.htm).

<sup>785</sup> Artt. L1226-4 en L1226-11 Code de Travail,

aanbiedt die in lijn ligt met het advies van de bedrijfsarts<sup>786</sup>. Indien de weigering van de werknemer wordt gemotiveerd door de ‘ontoereikendheid van de positie ten aanzien van de conclusies van de bedrijfsarts’ is de werkgever verplicht de bedrijfsarts te consulteren bij het maken van een nieuw voorstel<sup>787</sup>.

226. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst enkel verbreken wegens arbeidsongeschiktheid indien deze hetzij kan bewijzen dat de herplaatsing onmogelijk is, hetzij een advies van de bedrijfsarts kan voorleggen dat bevestigt dat een herplaatsing onmogelijk is, hetzij wegens herhaaldelijke weigering van het aanbod van een nieuwe functie door de werknemer<sup>788</sup>. De bewijslast van de onmogelijkheid tot herplaatsing bij afwezigheid van een gunstig advies van de bedrijfsarts ligt grotendeels in handen van de werkgever<sup>789</sup>. Uiteindelijk zal de beoordeling van de rechter voornamelijk afhankelijk zijn van de feiten. Indien de werkgever dit onvoldoende aantoont is het ontslag nietig. Indien herplaatsing onmogelijk blijkt moet de werkgever de werknemer in ieder geval schriftelijk in kennis stellen van het ontslag en dit ten laatste de dag vóór het starten van de ontslagprocedure<sup>790</sup>.

### C.3. Nederland

227. Eerder werd in diverse punten al de vergelijking gemaakt met Nederland zodat een korte samenvatting volstaat. Het Nederlandse ontslagrecht is strenger inzake ontslag op grond van ziekte<sup>791</sup>. Over een algemeen beginsel van herplaatsingsplicht binnen redelijke termijn, al dan niet met scholing bestaat geen twijfel, hoewel uiteraard de rechtspraak ook nuances kent<sup>792</sup>. De werknemer heeft de plicht om mee te werken aan de re-integratieprocedure. Bij weigering vervalt het recht op loondoorbetaling. Maar indien de werkgever zijn verplichtingen inzake loondoorbetaling niet nakomt, mag de werknemer weigeren mee te werken aan de re-integratie. Beide wederzijdse verplichtingen zijn aan elkaar verbonden<sup>793</sup>.

228. Op te merken valt dat in Nederland de werkgever bindend advies moet inwinnen bij de ondernemingsraad inzake elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid<sup>794</sup>.

### C.4. Rechtsvergelijkende conclusies

229. Rechtsvergelijkend kan men vaststellen dat het Belgische arbeidsrecht relatief veel nadruk legt op de vergoeding van het ontslag en miskent dat voorafgaand aan het ontslag alternatieven kunnen gezocht en gevonden worden. Nochtans is dit precies het punt waarin het discriminatierecht tussenkomt. Een verschuiving naar een meer preventieve aanpak met

---

<sup>786</sup> Art. L1226-2-1 Code de Travail

<sup>787</sup> Cass. Fr. Soc. 26 jan 2011, nr. 10-10096,

[http://conseillerdusalarie.free.fr/Docs/Jurisprudences/2011/20110126Cass\\_soc\\_26\\_janvier\\_2011\\_10-10096.htm](http://conseillerdusalarie.free.fr/Docs/Jurisprudences/2011/20110126Cass_soc_26_janvier_2011_10-10096.htm).

<sup>788</sup> Art. L1226-12 Code de Travail.

<sup>789</sup> Cass. Fr. Soc. 6 januari 2010, nr. 08-44177.

<sup>790</sup> Cass. Fr. Soc. 7 juni 1995, nr. 91-44829,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007268630>.

<sup>791</sup> supra Hoofdstuk V, 6.5.

<sup>792</sup> Cf. o.a. A.R. HOUWELING (ed.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag, Boom, 2020, 58-64.

<sup>793</sup> Hoge Raad 17 april 2020, 18/05284, ECLI:NL:HR:2020:723.

<sup>794</sup> Art. 27 eerste lid d. Wet op de ondernemingsraden, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002747/2020-01-01>.

Besluiten zonder instemming kunnen binnen de maand nietig verklaard worden, met tussenkomst van de kantonrechter: cf. vijfde en zesde lid art. 27 zelfde wet.

het oog op het behoud van tewerkstelling mits redelijke aanpassingen is dan ook wenselijk. Een herontdekking van het collectief arbeidsrecht is ook aan de orde<sup>795</sup>, temeer omdat de rol van de rechter beperkt blijft wegens de inherente beperkingen van de proportionaliteitstoets<sup>796</sup>. Men kan het ook eenvoudiger vertalen voor de werkvloer: het is voor de rechter een stuk moeilijker om na te gaan wat de alternatieven zijn dan voor actoren die de werkvloer kennen. Het hoeft dan ook geen verwondering dat het nieuw KB inzake het re-integratietraject 2.0. het collectief overleg in het preventiecomité versterkt<sup>797</sup>.

230. Controversieel is het feit dat voor werknemers met een handicap de werkgever wel een plicht heeft tot redelijke aanpassingen terwijl hij deze plicht niet heeft voor andere werknemers. Dit heeft daarom talrijke Belgische werkgevers blijkbaar verrast na het verschijnen van de ADW. Vanuit het standpunt van de modale werknemer kan dit inderdaad ten onrechte overkomen als een “omgekeerde discriminatie”, ook al oordeelde het Grondwettelijk Hof terecht anders<sup>798</sup>.

231. Als het gaat om het verzekeren van gelijkheid ten voordele van personen met een zwakke gezondheid moet uiteindelijk iemand het gelag betalen<sup>799</sup>. In de praktijk zijn dat vaak niet alleen de werkgevers, maar ook de collega's op de werkvloer, of de ploegbaas die afgerekend wordt op mindere prestaties van zijn team<sup>800</sup>. Een reden te meer om collectief overleg een bijzonder plaats te geven<sup>801</sup>. Een inclusieve samenleving berust noodzakelijkerwijze op een democratische grondslag<sup>802</sup> en daarbij worden niet alleen leidinggevendenden maar ook collega's en het preventiecomité aangesproken bij de jaarlijkse evaluatie van het preventiebeleid<sup>803</sup>. Eventuele zwaardere werkdruk en nevenkosten afwentelen op medewerkers of leidinggevendenden die de betrokkene moeten bijstaan dienen alleszins vermeden te worden.

#### D. Contractuele flexibiliteit

232. De kern van de evolutie lijkt mij te zijn dat het Belgische arbeidsrecht wel degelijk evolueert van een strikte overeenkomst naar een open verbintenisrechtelijk concept dat de arbeidsverhouding benadrukt en afstand neemt van de strikt overeengekomen taakhoud. De besproken thematiek hoeft dan ook niet geïsoleerd te worden, maar kan geduid worden in een algemene trend die zich onvermijdelijk voltrekt. De oorsprong van het probleem is de strikte

---

<sup>795</sup> V. DE GREEF, “Mental Disorders and Work”, in A. KIRKLAND EN M.A. JACOB (eds.), *Research Handbook on Law, Medicine and Society*, Edward Elgar, 2019, in fine; T. DE CANG “Back to work: het collectief overleg als hefboom naar een humaan re-integratiebeleid”, *Soc.Kron.* 2018, 128-134.

<sup>796</sup> A. D'ESPALLIER, Redelijke aanpassingen, evenredigheid en rol van de rechter, die Keure, Brugge, 2016, 169-256.

<sup>797</sup> Nieuw Art. I.4-79.- § 1 Codex Welzijn op het werk.

<sup>798</sup> GwH 7 juni 2018, nr. 70/2018, punt B.9.4.

<sup>799</sup> B. WEYTS, “Gelijkheid onder verzekerden” in P. MARTENS, A. DE WILDE en F. WIICKMANS (eds.), *Gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Brussel, Bruylant, 2009, 243-245; Y. THIERY, *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 567-679: verzoening tussen maximale bescherming tegen discriminatie en verzekeringslogica.

<sup>800</sup> Uitzonderlijk te lezen, wel in bv. Arbh. Brussel (Fr.) 12 april 2021, *JTT* 2022, 26.

<sup>801</sup> UNITED NATIONS, *General Comment N°. 8 (2022) on the right of persons with disabilities to work and employment*, nrs. 30-33, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>802</sup> P. KAPAI, “Building inclusive societies: the role of substantive equality, ideas of justice and deliberative theory”, in J. MOTMANS, D. CUYPERS, P. MEIER, D. MORTELMANS, P. ZANONI (eds.), *Equal is not enough: challenging differences and inequalities in contemporary societies*, *Conference Proceedings*, Policy Research Centre on Equal Opportunities, Antwerpen, 2010, 24-42.

<sup>803</sup> A. VAN REGENMORTEL en I. VAN PUYVELDE, *Handboek Welzijn op het Werk*, Brugge, die Keure, 2023, 249-250.

koppeling van het voorwerp van de overeenkomst: de functie als essentieel element van de arbeidsovereenkomst.

233. Deze strikte binding is oorspronkelijk bedoeld als substantiële bescherming van de werknemer tegen eenzijdige wijzigingen van de werkgever. Dat doel mag ook niet uit het oog verloren worden. Het gevaar is reëel dat redelijke aanpassingen een vrijbrief worden voor demoties. Wederzijdse consensus blijft cruciaal en het arbeidsrecht moet waken over de wilsovereenstemming via een strikte handhaving van sancties op impliciet ontslag. De eenzijdige wijziging van de functie wordt dan ook nog steeds als een impliciete verbreking van de overeenkomst beschouwd: een inbreuk op het verbindend karakter van de overeenkomst zoals bepaald in artikel 1134 BW<sup>804</sup> (thans nieuw art. 5.70 BW). De strikte binding ligt ook aan de grond van de “overmacht-theorie” die oorspronkelijk sterk bekritiseerd werd, maar door het discriminatierecht in hoge mate gerelativeerd werd en wel degelijk de arbeidsverhouding openbreekt. De verplichting tot redelijke aanpassingen doorbreekt deze strikte contractuele binding en verplicht beide partijen bij beperkingen van de werknemer verder te kijken dan de strikte inhoud van de contractuele verbintenis. In feite wordt daarmee het “institutionele aspect” van de arbeidsovereenkomst versterkt. Dit institutionele aspect kreeg relatief weinig aandacht in het arbeidsrecht tot hiertoe. Dat heeft altijd geleid tot een spanning tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en het begrip “onderneming” als institutionele context van het contract<sup>805</sup>.

234. De spanning blijkt goed bij de contractanten in overheidsdienst waar de strikte toepassing van het verbod van eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden precies leidt tot een conflict tussen arbeidsrecht en bestuursrecht<sup>806</sup>. Dit conflict hoeft geenszins aan te houden. Een grotere toenadering tussen de arbeidsrechtelijke en bestuursrechtelijke principes inzake tewerkstelling zou kunnen bijdragen tot de oplossing van heel wat bestaande anomalieën. Het Unierecht werkt trouwens reeds in die zin<sup>807</sup>. Vanuit Europees perspectief hoeft dat niet te verwonderen nu het onderscheid tussen publieke en private sector uiterst variabel is in diverse lidstaten en ook in België steeds meer uitgehold wordt door een toenemend aantal contractanten<sup>808</sup>. De bestuursrechtelijke principes verplichten immers in de regel reeds publieke werkgevers tot een versterkt zorgvuldigheidsprincipe inzake tewerkstelling<sup>809</sup> en zeker bij arbeidsongeschiktheid<sup>810</sup>. Daarmee geeft het arbeidsrecht ook toe aan de druk waarbij de aandacht verschuift van “baanzekerheid” naar “werkzekerheid”<sup>811</sup>.

---

<sup>804</sup> I. VANDEPOEL, “Eenzijdige wijziging van essentieel bestanddeel van arbeidsovereenkomst: Hof van Cassatie veegt belangenafweging van tafel”, *RABG* 2022, 302-306; E. PENNETREAU, “Apprécier l’acte équipollent à rupture et fonction des intérêts de deux parties?”, *Soc.Kron.* 2022, 126129. Verder mijn verontschuldiging voor het beknopt houden van de voetnoten in dit verband om de bijdrage nog enigszins beperkt te houden.

<sup>805</sup> Cf. het verdienstelijke proefschrift van M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 885 p. waar de spanning uitgebreid beschreven wordt. En tevens reeds: M. JAMOULLE, *Le contrat de travail, tome I*, Luik, Fac.Dr.Eco.Sc.Soc, 1982, 7-39.

<sup>806</sup> I. DE WILDE en P. JOASSART, “La modification unilatérale des conditions de travail personnel contractuel: l’impossible alchimie”, *TSR* 2015, 73-99.

<sup>807</sup> B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, “L’influence du droit européen sur le droit de la fonction publique belge”, *TSR* 2015, 211-263.

<sup>808</sup> S. AERTS en R. JANVIER, “Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren”, *TSR* 2015, 101-180.

<sup>809</sup> D. CUYPERS, “Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten”, *TSR* 2015, 3-72.

<sup>810</sup> S. AERTS en R. JANVIER, “Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren”, *TSR* 2015, 101-180.

<sup>811</sup> Cf. reeds: M. DE VOS en J. KONINGS, *Van baanzekerheid naar werkzekerheid op de Belgische arbeidsrecht. Ideeën voor een New Deal voor arbeid in België*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 120 p.

Als tegengewicht en correctie van het werkgeversgezag is daarbij evenwel een versterkte toepassing en controle nodig van de goede trouw<sup>812</sup>.

235. Het Belgische ontslagrecht heeft de laatste decennia een bijzondere ontwikkeling gekend inzake “outplacement” die de stelling van een algemene plicht tot redelijke aanpassingen ondersteunt. Via diverse maatregelen werd vanaf 2014 een deel van de opzegvergoeding omgezet in een “outplacementprocedure” met aanrekening. Dit sluit aan bij een groeiende activeringsgedachte, waarbij gesteld wordt dat werkgevers én werknemers collectief verantwoordelijkheid dragen voor het blijvende arbeidspotentieel<sup>813</sup>.

236. De “inplacement” of interne reallocatie daarentegen kende weinig wettelijke aandacht, met uitzondering van verplichting tot redelijke aanpassingen. Niettemin kende het Belgische arbeidsrecht reeds soortgelijke verplichtingen bij het invoeren van nieuwe technologie<sup>814</sup>. Op het vlak van de scholingsplicht en de principiële reclasseringsplicht van de werkgever is er in het Belgische ontslagrecht nog wel ruimte<sup>815</sup>, hoewel op grond van algemene beginselen zoals de goede trouw en het kennelijk onredelijk ontslag deze plicht wel enige steun kan vinden in de wetgeving<sup>816</sup>. Het Hof van Justitie heeft deze aspecten inzake scholing en taakaanpassing trouwens herhaaldelijk vermeld als essentiële punten van de plicht tot redelijke aanpassingen<sup>817</sup>. Ook hier schuilt een belangrijke taak voor het collectief overleg, ditmaal op sectorniveau.

237. Een algemeen beginsel van redelijke aanpassingen bij individueel ontslag zou deze plicht evenwel duidelijker en sterker kunnen uitdrukken<sup>818</sup>. Uiteraard hoeft dit niet bij alle ontslagen en zeker niet bij ontslagen die steunen op dringende redenen. Maar het kan wel bijzonder nuttig zijn indien de werkgever zich beroept op professionele onbekwaamheid van de werknemer. Tevens zou dit het Belgische ontslagrecht veel sterker doen aanleunen bij het arbeidsrecht van de buurlanden.

238. Gaat het hier op een bijkomende last voor de werkgever? Dat lijkt zo op het eerste zicht, maar hierbij dient toch opgemerkt te worden dat thans de werkgever vaak verrast wordt door de claims inzake bijzondere bescherming op grond van handicap waaraan hij zich niet verwacht had. Verder neemt het aantal bijzondere ontslagbeschermingen dermate toe dat men stilaan kan overgaan tot een algemeen systeem waarbij de ontslagreden niet alleen achteraf wordt getoetst, maar ook preventief en dus ook bewijsrechtelijk wordt hard gemaakt. Verder lijkt het mij nu reeds in vele gevallen praktijk van het personeelsbeleid dat er effectief overleg wordt gepleegd wanneer blijkt dat de werknemer niet behoorlijk functioneert. Dit strookt met de noodzaak van een werkgever, vooral in digitale tijden, om scherper te kunnen vaststellen waar het productieproces fout loopt, terwijl dat vroeger in een mechanische werkomgeving

---

<sup>812</sup> In zijn ontwerp inzake nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet beschreef Rauws reeds de mogelijkheid in tot tijdelijke wijzigingen bij veranderingen van omstandigheden: W. RAUWS, L. LENAERTS, J. NIETVELT, *Voorstel van nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet (NAOW)*, in de reeks *Tegenspraakcahiers*, Brugge, 2011, 88-89.

<sup>813</sup> D. DUMONT, “Vers un Etat social actif?”, *JT* 2008, 135.

<sup>814</sup> CAO nr. 39 van 13 december 1983 betreffende de voorlichting en het overleg inzake de sociale gevolgen van de invoering van de nieuwe technologieën, KB 25 januari 1984, *BS* 8 februari 1984.

<sup>815</sup> S. GILSON, “A quand une véritable obligation de reclassement des travailleurs en droit social belge?” in S. GILSON (ed.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés*, Limal, Anthemis, 2015, 7-25.

<sup>816</sup> I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, die Keure, Brugge, 2016, 255-299.

<sup>817</sup> HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacon Navas, punt 49; HvJ 11 september 2019, C-397/18, Nobel Plastiques, punt 65.

<sup>818</sup> Cf. reeds: T. DOUILLET, “Vers un licenciement économique en droit belge? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique”, *TSR* 2015, 591-652

meer zichtbaar was. Functioneringsgesprekken en evaluaties zijn inmiddels courante praktijken en in vele gevallen wordt na informeel overleg overgegaan tot functiewijzigingen of aanpassingen<sup>819</sup>. Helaas hebben ze traditioneel een slechte reputatie maar in het kader van een werkelijk innovatief en constructief personeelsbeleid zouden ze veel constructiever kunnen verlopen<sup>820</sup>. In tijden van krapte op de arbeidsmarkt doet een werkgever er goed aan om niet te snel werknemers te ontslaan die nog productief kunnen zijn op andere arbeidsplaatsen. Verder kan een werkgever beter ook niet te snel afgaan op zogenaamde productiviteitsmetingen die zo hoog liggen dat nauwelijks enige werknemer eraan kan beantwoorden. Het is maar de vraag waar de tekortkomingen precies liggen en een werkgever die meent dit zonder grondig onderzoek en eenzijdig te kunnen vaststellen vergist zich vaak. Ten slotte heeft de aanwezigheid van personen met een handicap op de werkvloer ook een aantal voordelen: ze gaan beter om met gezag en blijken loyaler en trouwer ten opzichte van hun werkgever<sup>821</sup>. Men kan evaluatiegesprekken eveneens zien als een kritische zelfreflectie van de werkgever inzake de werkomgeving en niet uitsluitend als een kritische evaluatie van de werknemer. In die zin hebben alle werknemers wel enigszins recht op redelijke aanpassingen bij minder goed functioneren.

## **E. Een wettelijke regeling voor de werkgever die gepaste arbeid aanbiedt**

239. Tot op heden moet de opzeg krachtens de Arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk zijn<sup>822</sup>. Dat brengt immers rechtszekerheid, nu er over de voorwaarde discussie kan bestaan, hoewel de rechtsleer niet altijd negatief hiertegenover stond<sup>823</sup>. In de praktijk bestaat uiteraard de mogelijkheid dat de werkgever voor de opzeg met de werknemer onderhandelt over een mogelijke nieuwe betrekking vooraleer een opzeg te betekenen. Op grond van het welzijnsrecht kan dat zelfs een plicht zijn<sup>824</sup>. Trouwens bepaalt het nieuwe artikel 31/1 § 3 Arbeidsovereenkomstenwet over de nieuwe re-integratieprocedure dat de werkgever onderhandelt over nieuwe arbeidsvoorwaarden<sup>825</sup>. Vervliet en Van Puyvelde stellen terecht dat de werkgever dit best schriftelijk aanbiedt<sup>826</sup>.

240. In feite impliceert de plicht van de werkgever om redelijke aanpassingen aan te bieden aan de werknemer met een handicap of gezondheidsproblemen (in de ruime interpretatie van gezondheidstoestand) wel degelijk de plicht om hierover te onderhandelen. Het spreekt vanzelf dat deze plicht het best vervuld wordt wanneer het gaat om concrete voorstellen, die dus een wijziging inhouden van de bestaande arbeidsovereenkomst. De werkgever kan immers niet eenzijdig de arbeidsovereenkomst wijzigen. De vraag rijst waarom de Arbeidsovereenkomstenwet dergelijke mogelijkheid niet constructief zou inbouwen voor elke werknemer die volgens de werkgever niet geschikt blijkt. Op deze wijze zouden immers het onderscheid tussen werknemers met een handicap en andere werknemers verdwijnen. Verder leidt een ruime interpretatie van het welzijnsrecht en het discriminatierecht en vooral een zeer

---

<sup>819</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 12 maart 2021, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>820</sup> Cf. o.a. F. LALOUX, *Reinventing organizations*, Leuven, LannooCampus, 2017, 107-109.

<sup>821</sup> W. MYHILL, "Employment of People with Disabilities", *International Encyclopedia of Rehabilitation* 2010, 5.

<sup>822</sup> Sedert Cass. 16 juni 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1151.

<sup>823</sup> M. JAMOULLE, *Le contrat de travail, II*, Luik, ed. Univ. Liège, 1986, 202.

<sup>824</sup> V. VERVLIET en I. VAN PUYVELDE, "Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk", *TSR* 2018, 656-659.

<sup>825</sup> Cf. supra Hoofdstuk V.B.

<sup>826</sup> V. VERVLIET en I. VAN PUYVELDE, "Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk", *TSR* 2018, 658.

ruime interpretatie van “beperking” als vorm van handicap snel tot een veralgemeende toepassing van dit beginsel<sup>827</sup>.

241. In het Duitse arbeidsrecht bestaat dit reeds in de vorm van de “Änderungskündigung”<sup>828</sup>. Hierbij betekent de werkgever aan de werknemer weliswaar een opzeg, maar biedt hij gelijktijdig ook een andere overeenkomst aan, waarbij de beslissing dan toekomt aan de werknemer. Tijdens de gehele opzegperiode kan de werknemer wel de vorige overeenkomst behouden. Op het einde heeft de werknemer aldus de optie: ofwel aanvaardt hij de beëindiging, ofwel accepteert hij de nieuwe overeenkomst. Hiermee bewijst de werkgever meteen dat hij ten minste een poging heeft ondernomen om een passend alternatief aan te bieden. Hoewel uiteraard dan wel de vraag rijst of het alternatief passend is, kan men van de werknemer ook verwachten dat deze tijdens de lopende opzegperiode effectief en gemotiveerd standpunt inneemt, hetzij zelf tegenvoorstellen formuleert. Dit kan ook een bijdrage zijn in het huidige debat over het impliciet ontslag<sup>829</sup>. Dit debat hangt precies samen met de leemte van het huidige Belgische arbeidsrecht inzake de eenzijdige wijziging van essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst, thans onvoldoende geregeld door artikel 32 Arbeidsovereenkomstenwet op grond van jurisprudentiële constructies<sup>830</sup>. Dit maakt ook een einde aan het recht van de werkgever om eenzijdig de essentiële voorwaarden te wijzigen, indien er geen akkoord over bestaat. Waarom dit ook niet koppelen aan een mogelijke ingebrekestelling, waarmee de dialoog kan geopend worden en waar partijen duidelijk verwittigd worden inzake mogelijke juridische betwistingen. Deze dialoog zal mogelijks ook toelaten dat de werknemer een beter zicht krijgt op zijn competenties, in zoverre hij zich daarin zou vergissen en zal de werkgever behoeden voor het doordrukken van eenzijdige wijzigingen van essentiële elementen die tot impliciet ontslag kunnen leiden.

242. De kwestie wordt nog meer nijpend sedert het nieuwe artikel 17 § 5 ADW<sup>831</sup>. Dit bepaalt thans dat de werknemer re-integratie kan vragen na een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst. Deze nieuwe bepaling beschermt relatief eenzijdig de werknemer, maar laat de werkgever in het ongewisse telkens als deze zich genoodzaakt ziet om de overeenkomst te wijzigen en de werknemer hierover twijfelt. Verder creëert de nieuwe bepaling een merkwaardige situatie aangezien het laatste lid stelt dat deze bescherming niet van toepassing is wanneer de arbeidsbetrekking een einde heeft genomen. Dit zou dan impliceren dat de bepaling niet van toepassing is wanneer de werknemer zelf vaststelt dat de overeenkomst eenzijdig door de werkgever is beëindigd wegens de wijziging van een essentieel element van de overeenkomst. Daarmee stelt de werknemer immers zelf de

---

<sup>827</sup> V. VERVLiet en I. VAN PUYVELDE, “Van kaart van medisch onderzoek tot re-integratietraject: geschiktheid en ongeschiktheid voor het werk”, *TSR* 2018, 656-659.

<sup>828</sup> § 2 Kündigungsschutzgesetz, 10 augustus 1951, “Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1 und 2). Diesen Vorbehalt muß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären.” <https://www.gesetze-im-internet.de>.

<sup>829</sup> C. D’HERCKERS en E. CRABEELS, “Quelsques impacts du nouveau code civil en droit du travail”, *JTT* 2023, 173-187.

<sup>830</sup> W. VAN EECKHOUTTE, “Wankelt de wettelijke basis van impliciet ontslag werkelijk?” *WikiSocBlog*, 19 mei 2023.

<sup>831</sup> Nieuw art. 17 § 5 ADW zoals gewijzigd door Wet 7 april 2023 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wat de bescherming tegen nadelige maatregelen betreft, *BS* 15 mei 2023.

beëindiging vast. Met deze nieuwe situatie wordt het stilaan dringend noodzakelijk om het impliciet ontslag duidelijker te regelen om de werkgever meer rechtszekerheid te bieden.

243. Uiteraard impliceert dergelijke mogelijkheid een grondige controle van de arbeidsrechter op de goede trouw van het aanbod, net zoals het aanbod van redelijke aanpassingen nu reeds een grondige controle moet inhouden. Uit het Nederlandse voorbeeld kan men afleiden dat rechters deze toetsing van de “goede werkgever” ernstig nemen<sup>832</sup>, net zoals de Belgische arbeidsrechter nu reeds de toetsing van de redelijke aanpassingen zeer ernstig neemt, zoals blijkt uit de analyse van de talrijke rechtspraak.

244. Hoewel “demotie” meestal negatief wordt gepercipieerd<sup>833</sup>, kan het ook potentieel gunstig zijn voor de werknemer. Indien men mensen langer aan het werk wil houden, impliceert dat niet noodzakelijk dat dit steeds tegen dezelfde loons- en arbeidsvoorwaarden moet geschieden. Verder laat een opzegperiode toe dat de werknemer zich bezint na allicht een eerste verontwaardigde reactie. De opzegperiode heeft misschien ook het voordeel dat na een eerste verontwaardigde afwijzing enige afkoeling volgt om verder constructief te onderhandelen. Op te merken valt dat de nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet sedert 2014 geen proefperiode meer bevat voor de nieuwe overeenkomst die zou gesloten worden en dat de anciënniteit onverminderd behouden blijft. Dat betekent in feite dat de werknemer bij het niet voldoen in de nieuwe overeenkomst opnieuw aanspraak kan maken op een opzegtermijn, berekend op de totale anciënniteit bij dezelfde werkgever. Dat komt feitelijk neer op een langere ontslagbescherming en een verlengde proefsituatie voor de werknemer en derhalve op een betere bescherming omdat men minstens redelijke aanpassingen heeft uitgetoet.

245. Eventueel kan de werknemer ook zelf opzeg geven om zich terug op de algemene arbeidsmarkt te begeven. Allicht is het wenselijk om in dit geval de werknemer ook te beschermen door een verkorte opzegtermijn, zoals de tegenopzeg<sup>834</sup>, ook al is de oorspronkelijke termijn van tegenopzeg tegen de door de werkgever betekende opzeg al verstreken. De verlenging van de wettelijke mogelijkheid om tegenopzeg te geven gedurende een redelijke termijn ook na het verstrijken van de voorwaardelijke opzegtermijn door de werkgever komt feitelijk neer op een proefperiode. Zo heeft de werknemer nog meer bezinningstijd, waarin deze alsnog meer tijd heeft om eventueel zijn geluk te beproeven op een bredere arbeidsmarkt. Als het niet lukt, kan de werknemer zijn verzet tegen de demotie beter staken en zich neerleggen bij de gewijzigde situatie, die hem tenminste nog verder werk biedt. Uiteraard moet deze verlengde tegenopzeg eveneens aan enige niet al te lange termijn gebonden blijven om de werkgever niet te lang in onzekerheid te laten.

## F. Einde van de beëindiging wegens overmacht

246. In de nieuwe context verdient het aanbeveling om de beëindiging wegens overmacht definitief af te voeren uit het Belgische arbeidsrecht en artikel 34 Arbeidsovereenkomsten ook als zodanig aan te passen<sup>835</sup>. De verwarring en overlap met het discriminatierecht is groot<sup>836</sup>.

---

<sup>832</sup> N. GUNDT, “Het loonoffer: een redelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden in tijden van een pandemie”, in K. NEVENS e.a. (eds.) *Liber Amicorum Wilfried Rauws*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 187-196.

<sup>833</sup> F. HENDRICKX, “Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie”, in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 297-320.

<sup>834</sup> Artikel 37/2 §3 Arbeidsovereenkomstenwet.

<sup>835</sup> In dezelfde zin: M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 431-469.

<sup>836</sup> S. REMOUCHAMPS, “Refus du plan de réintégration: conditions, contrôle judiciaire et discrimination fondée sur le handicap”, *Soc.Kron.* 2023, 70-74; J. JACQMAIN, “Le trajet s’est égaré”, *Soc.Kron.* 2023, 125; R. JANVIER



Ook snijdt de kritiek van vakorganisaties voor zover zij stellen dat het vaak neerkomt op uitgestelde beëindiging wegens overmacht ten dele hout. De werkgever beschikt, zoals boven vermeld, over de mogelijkheid om redelijke aanpassingen aan te bieden. In dat licht blijft de huidige procedure in het Welzijnsrecht wel nuttig in het kader van de redelijkheidstoetsing van de redelijke aanpassingen<sup>837</sup>. Een terugkeer naar de opzegtermijn of opzegvergoeding bij de beëindiging vermindert ook in beperkte mate de last voor de sociale zekerheid en verhindert definitief enige collusie tussen beide partijen om de ontslagkost zoveel mogelijk af te wentelen.

247. Aangezien de opzegtermijn wordt geschorst tijdens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, bestaat de mogelijkheid dat de schorsing zeer lang kan duren<sup>838</sup>. Vele procedures wegens overmacht dienen precies om te vermijden dat deze schorsing te lang zal duren met alle negatieve gevolgen voor de werkgever, o.a. het meetellen voor het personeelsbestand voor sociale verkiezingen<sup>839</sup> en de eventuele boetes voor langdurig arbeidsongeschikten<sup>840</sup>. In dat licht is het dan ook wenselijk om de duur van de schorsing van de opzegtermijn te beperken tot bijvoorbeeld twee aangesloten kalenderjaren. Dat spoort met de Nederlandse ontslagbeperking gedurende twee jaar. Ook inhoudelijk verdient het aanbeveling om de re-integratie niet eeuwig uit te stellen, aangezien aangetoond is dat langdurig arbeidsongeschikten in de regel competenties verliezen waardoor hun arbeidskansen nog dalen. Een zeer lange schorsing van de opzegtermijn valt dan ook niet meer te verzoenen met de plicht voor alle partijen om sneller een oplossing te vinden en het paradigma om mensen aan het werk te houden<sup>841</sup>. Een beperking strookt ook beter met de verkorte termijnen in de Codex Welzijn op het werk omdat daarin tot uitdrukking komt dat er effectief sneller moet ingegrepen worden<sup>842</sup>. Een lange revalidatieperiode kan in mogelijks ook gecombineerd worden met omscholing die dan wel tijdig moet gestart worden, wil men vermijden dat de resterende competenties verloren gaan.

248. Deze termijn kan beschouwd worden als een ontslagverbod gedurende twee jaar arbeidsongeschiktheid, tenzij de werkgever de opzegvergoeding als verbrekingsvergoeding betaalt, maar dan nog moet deze conform het discriminatierecht aantonen dat geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn. De termijn moet gekoppeld worden aan de vraag of de werkgever wel degelijk alle mogelijkheden inzake alternatieve tewerkstelling tijdig en te goeder trouw heeft overwogen. In een krappe arbeidsmarkt is dat voor werkgevers ook interessant. En waarom zou de overheid ook niet instappen in dat verhaal van “inplacement”, eerder dan draaideurconstructies uit te werken voor langdurig arbeidsongeschikten? In feite gaat het om een veralgemeende welzijnsverplichting die eventueel ook bijzonder nuttig kan zijn in de strijd tegen het burn-out fenomeen waar deze werknemers niet gebaat zijn met een eindeloos uitstel van een werkelijke zoektocht naar een nuttige inzet van hun resterende competenties.

---

en I. DE WILDE, “Re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden in overheidsdienst. Een hindernissenparcours van formaat”, *TSR* 2018, 664-689.

<sup>837</sup> Arbh. Antwerpen (afd.Hasselt), 23 juli 2021 en 19 januari 2022, *Soc.Kron.* 2023, 101.

<sup>838</sup> Cf. o.a. Arbrb. Brussel (Fr.) 25 juni 2009, *JIT* 2009, 398: waarbij werknemers die meer dan twee jaar afwezig zijn worden uitgesloten van een productiviteitsbonus.

<sup>839</sup> Geschorste overeenkomsten tellen immers mee voor de berekening van het personeel: Cass. 2 maart 1992, *Arr.Cass.* 1992, 631 en *JIT* 1992, 173; NAR, Advies nr. 453, 25 juni 1974. Dit was vroeger o.a. de aanleiding voor bepaalde ondernemingen om nog personeelsleden te ontslaan om tijdig onder de drempel te vallen voor sociale verkiezingen en ligt mede aan de grond van het succes van de beëindiging wegens overmacht.

<sup>840</sup> Programmawet van 27 december 2021, *BS* 31 december 2021 .

<sup>841</sup> A. MAES, “Mentaal ‘allergisch’ voor het overeengekomen werk? Een analyse van de benadering van psychische situatieve arbeidsongeschiktheiden in het Belgische arbeidsrecht”, *TSR* 2023, 348-350.

<sup>842</sup> KB 11 september 2022 tot wijziging van de codex over het welzijn op het werk wat het re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers betreft, *BS* 20 september 2022. Het treedt in werking op 1 oktober 2022.

Men kan ook denken aan meer flankerende maatregelen, zoals het opnemen van opleidingskosten door de overheid, maar ook dat lijkt versterkt te worden in de nieuwe Codex Welzijn op het werk.

## G. Naar een flexibeler werkgeverschap

249. De reclasseringsplicht dient niet alleen vanuit strikt individuele arbeidsovereenkomst beschouwd te worden. In de praktijk dient zich tevens een collectieve oplossing aan. Het delen van werknemers is een almaar toenemend populair fenomeen, zeker in de context van de COVID-19 crisis. Men kampt met verschillende problemen wegens tijdelijk onaangepast aanbod en vraag naar werknemers. Dit kan door meervoudig werkgeverschap of door een werkgeversgroepering. Meervoudig werkgeverschap, ook wel de globale arbeidsovereenkomst en multi-werkgeverschap genoemd, is de situatie waarin een werknemer één arbeidsovereenkomst heeft met meerdere werkgevers<sup>843</sup>. Meervoudig werkgeverschap is een constructie van de rechtspraak<sup>844</sup>. Er zijn geen wetsbepalingen die meervoudig werkgeverschap als een aparte rechtsfiguur regelen, maar tegelijk zijn er ook geen wetsbepalingen die verbieden dat een werknemer meerdere werkgevers heeft<sup>845</sup>, vooral niet wanneer dat past in een zoektocht naar redelijke aanpassingen.

250. Het wettelijk kader rond de werkgeversgroepering kwam tot stand met de wet van 12 augustus 2000.<sup>846</sup> Oorspronkelijk werd dit stelsel ingevoerd als middel tot herinschakeling van moeilijk te plaatsen werknemers op de arbeidsmarkt. Hierdoor kon de werkgeversgroepering ook enkel gebruikt worden in bepaalde categorieën van werknemers, namelijk langdurige werklozen, leefloners en equivalente leefloners. Een eerste grote aanpassing kwam er met de wet van 25 april 2014<sup>847</sup>. Ondanks deze wijziging bleven er heel wat problemen omdat deze innovatie diverse vragen oproept. Met de wet van 5 maart 2017<sup>848</sup> heeft men in titel 4 op de drie belangrijkste problemen willen inspelen. Ten eerste volgde een vereenvoudiging van de procedure. Ten tweede werd er een drempel van maximaal 50 werknemers ingevoerd. Ten slotte is er een concrete wettelijke invulling gekomen van het “*user pay*-principe”.<sup>849</sup> Deze ontwikkeling is niet zonder belang voor de besproken problematiek. In België heeft zich nog niet een discussie afgespeeld over de mate waarin een werkgever buiten zijn onderneming naar passende arbeid voor werknemers met een handicap moet zoeken<sup>850</sup>. Maar in Nederland is al het principe aanvaard dat wanneer de bedrijfsactiviteiten van de werkgever over meer dan één

---

<sup>843</sup> M. LAFARGUE, “Au coeur des paradoxes, le coemploi”, *La Semaine Juridique Sociale* 2018, nr. 29, 1253; Y. PAGNERRE, “Regard historique sur le coemploi”, *Droit Social* 2016, 550 e.v.; Ook in andere landen: Y. PAGNERRE, “Le co-emploi, une exception française?”, *La Semaine Juridique Sociale* 2017, nr. 23; A. BOSERET, K. MAGERMAN en I. VERDONCK, “Meervoudig werkgeverschap: een work-around voor de verboden terbeschikkingstelling van personeel?”, *Or.* 2019, nr. 5, (138) 148.

<sup>844</sup> Arbh. Antwerpen, afd. Antwerpen, 12 november 2014, *Nieuwsbrief arbeidsrecht* 2014/10, [www.law.kaleuven.be/arbeidsrecht/nieuwbrieven](http://www.law.kaleuven.be/arbeidsrecht/nieuwbrieven); Arbh. Brussel 28 juni 2013, *RABG* 2014/13, 884, noot D. VAN STRIJTHEM; Arbh. Brussel 25 maart 2005, *Soc.Kron.* 2007, 386; Arbh. Antwerpen 11 februari 2004, *Soc.Kron.* 2004, 475; Arbh. Luik 6 juni 2006, *JTT* 2006, 37; Arbh. Brussel 6 september 2011, *JTT* 2012, 141.

<sup>845</sup> Arbh. Brussel 7 oktober 1998, *JTT* 1999, 152, L. VANDENPLAS en V. PERTRY, “Co-sourcing: de globale arbeidsovereenkomst”, *Or.* 2018, 115.

<sup>846</sup> Art. 186 tot 193 Wet van 12 augustus 2000 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen, *BS* 31 augustus 2000, 29.873.

<sup>847</sup> Nieuwe artikelen 186 tot 190/1 in de Wet van 2000 ingevoerd door W. 25 april 2014 houdende diverse bepalingen inzake sociale zekerheid, *BS* 6 juni 2014, 43.548; L. ELIAERTS, “Terbeschikkingstelling van werknemers in vennootschapsgroepen”, *Soc.Kron.* 2015, afl. 8, 354.

<sup>848</sup> W. 5 maart 2017 betreffende werkbaar en wendbaar werk, *BS* 15 maart 2017, 35.718.

<sup>849</sup> F. VAN BERGEN, “De werkgeversgroepering gewikt en gewogen”, *Or.* 2017-2018, 13.

<sup>850</sup> Cf. evenwel: M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2017, 595-596.

vestiging zijn verspreid, de andere vestigingen moeten betrokken worden voor de zoektocht naar een andere passende functie. Hetzelfde geldt wanneer de onderneming deel uitmaakt van een concern<sup>851</sup>.

## H. Activering van de opzegvergoeding in de WES

251. De wet op het eenheidsstatuut (WES) voerde een artikel 39ter in. Dit artikel bepaalt dat één derde van de opzegtermijn of –vergoeding moet omgezet worden in maatregelen die de inzetbaarheid op de arbeidsmarkt verhogen. Oorspronkelijk bepaalde dit artikel tevens een sanctie voor ondernemingen. Maar omdat deze sanctie duidelijk ongrondwettig is omdat individuele ondernemingen niet aansprakelijk kunnen gesteld worden voor tekortkomingen op het niveau van het paritair comité werd deze sanctie opgeheven door de wet van 26 mei 2019<sup>852</sup>. Recent werden wel in de Nationale Arbeidsraad overlegd om artikel 39ter aan te passen, maar tot een expliciete wetswijziging is het nog niet gekomen. Door evenwel een activering van de opzegtermijn in te bouwen, d.w.z. een proces te starten voor mogelijk “inplacment” tijdens de lopende opzegtermijn voor werknemers die ongeschikt blijke, sluit de Belgische wetgever aan bij de algemene tendens tot versterking van de “employability”<sup>853</sup>. Waarom dan ook niet het onderzoek naar redelijke aanpassingen, mits akkoord van beide partijen, toevertrouwen aan een sectoraal orgaan? Men mag immers veronderstellen dat competenties het best blijvend renderen binnen dezelfde sector. In dat verband kan opgemerkt worden dat er misschien best wat meer coördinatie mogelijk is tussen de mogelijkheden die aangeboden worden via het Maatwerkdecreet en sectorale werking. Er wordt immers opgemerkt dat het Maatwerkdecreet ondanks de gestelde ambities nog dikwijls te kort schiet<sup>854</sup>. Dat hoeft allicht niet te verwonderen nu instellingen die niet direct contact hebben met de sociaaleconomische realiteit op de werkvloer minder efficiënt blijken te zijn.

## VIII. BEKNOPT SAMENVATTEND

252. Centraal stond de onderzoeksvraag of uit de wetgeving en vooral de rechtspraak inzake het discriminatierecht de plicht tot redelijke aanpassingen beter ingepast zou moeten worden in het Belgische arbeidsrecht. Deze vraag dient dan ook positief beantwoord te worden. Het recht op redelijke aanpassingen zou niet enkel een recht moeten zijn van werknemers met een beperking, maar van alle werknemers die om één of andere reden niet meer professioneel voldoen en zonder dat er sprake is van een dringende reden. Onder invloed van het Europese recht hebben het discriminatieverbod en de plicht tot het aanbrenge van redelijke aanpassingen inzake handicap effectief hun weg gevonden naar de rechtspraak. De overgang van de medische naar de sociale definitie van handicap is niet zonder gevolgen voor de rechtspraak. De dynamische notie handicap op grond van het VRPH strekt ertoe om diverse beperkingen in de sociale context onder de notie op te nemen. Daarbij is vooraf de afgrenzing tussen ziekte en handicap van belang. Door de uitbreiding van de bescherming tegen ontslag op grond van huidige en toekomstige ziekte heeft de Belgische wetgever een optie genomen die bijdraagt tot rechtsonzekerheid in het licht van de ontslagpraktijk. Dit onderscheid tussen ziekte in het verleden en de mogelijke gevolgen in de toekomst is

---

<sup>851</sup> J. VAN DRONGELEN, W.J.P.M. FASE en S.F.H. JELLINGHAUS, *Individueel arbeidsrecht. Deel 3 Ontslagrecht*, Zupthen, Uitgeverij Paris, 2018, 112.

<sup>852</sup> BS 17 juni 2019.

<sup>853</sup> Cf. A. VAN ZANTEN-BARIS, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, proefschrift Universiteit Amsterdam, Deventer, Kluwer, 2009, 273 p.; W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt, Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, proefschrift KULeuven, Brugge, die Keure, 2011, 747 p.

<sup>854</sup> H. GHYS, “Maatwerkdecreet: te verwelkomen, maar onvolkomen”, *Juristenkrant* 5 april 2023, afl. 467, p. 6.

dubieus<sup>855</sup>. Hoewel een deel van de rechtspraak vasthoudt aan de strikte wettelijke tekst en aan de Unierechtelijke achtergrond, is dat niet langer houdbaar, wegens een inherente contradictie. Men ontslaat immers op grond van het ziekteverleden omdat men vreest dat dit zich in de toekomst zal herhalen<sup>856</sup>. De frequente praktijk om ontslagbeslissingen te baseren op “arbeidsongeschiktheid” of “afwezigheid” waarbij de werkelijke oorzaak verborgen blijft komt evenwel soms neer op indirecte discriminatie. De kwantitatieve afwezigheidscriteria van ontslagbeslissingen zijn geenszins neutraal maar houden in de regel een grote kans in op indirecte discriminatie.

253. De traditionele regeling inzake de arbeidsrechtelijke beëindiging wegens overmacht los van de problematiek van discriminatie op grond van handicap draagt nogmaals bij tot complexiteit wegens overlap<sup>857</sup>. Niettemin dient men niet uit het oog te verliezen dat een onderneming wel degelijk steunt op productie en dat minder productieve werknemers bij overtal het eerst in aanmerking komen voor ontslag. Afwezigheden kunnen wel degelijk een negatieve weerslag hebben op de werking van de onderneming. De specifieke ondernemingscontext maakt dat een zuivere bestuursrechtelijke formalisering op de werkvloer niet haalbaar is. De arbeidsrechtspraak kent eventueel het probleem en biedt dan ook in vele gevallen uiterst genuanceerde afwegingen. Soms blijft de rechtspraak vrij bondig tot frustratie vanuit het perspectief van individuele fundamentele rechten, maar dat blijkt vaak te liggen aan de effectief marginale toetsing van arbeidsgerechten van de werkgeversbeslissing voor zover die tenminste redelijkerwijze kan gemotiveerd worden. Men kan het de arbeidsgerechten vergeven dat zij zich soms iets te bondig uitdrukken, als de feitelijke gegevens ook niet erg duidelijk aangevoerd worden. Inzake redelijke aanpassingen is de arbeidsrechter nu eenmaal afhankelijk van de argumenten die partijen aanvoeren. Naar Belgisch recht stelt zich dan ook de vraag wanneer de werkgever precies dient over te gaan tot redelijke aanpassingen, gesteld dat de handicap niet zichtbaar is of niet gemeld werd en hoe men dit best aanpakt om juridische betwistingen te vermijden en met respect voor de vertrouwelijkheid van medische gegevens.

254. Dat maakt dat de arbeidsrechter in vele zaken nauwgezet de feitelijke context dient te reconstrueren en dan dient na te gaan of redelijkerwijze aanpassingen werden overwogen. Gelet op de duizenden bladzijden aan Belgische vonnissen en arresten kan evenwel niet getwijfeld worden aan de casuïstische aandacht en inzet van de arbeidsgerechten. In de eerste jaren van problematische toepassing leken de redelijke aanpassingen voor vele werkgevers in België een struikelsteen. Later lijkt het beleid van de werkgevers zich wel aan te passen en wordt de rechtspraak dan ook subtieler. Ten dele ligt de frustratie ten opzichte van talrijke afwijzingen van discriminatieclaims in het feit dat arbeidsgerechten een grote waardering hebben voor het collectief overleg of voor bedrijfsmatig gemotiveerde ontslagen, zeker in moeilijke economische situaties van de werkgever<sup>858</sup>. Deze band tussen het collectief overleg en de individuele werknemersrechten zou kunnen versterkt worden door een grotere transparantie en door een grotere inspraakbevoegdheid van de ondernemingsraad inzake de algemene criteria bij het ontslag<sup>859</sup>.

---

<sup>855</sup> L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0, Gelijke monniken, gelijke kappen*, Intersentia, 2020, 130.

<sup>856</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 24 januari 2022, [www.unia.be](http://www.unia.be).

<sup>857</sup> S. REMOUCHAMPS, “Quels droits pour le travailleur ayant perdu une partie de sa capacité de travail? Réflexions critiques autour du trajet de réintégration”, *Soc.Kron.* 2018, 134-156

<sup>858</sup> HvJ 8 september 2011, C-297/10 en C-298/10, ECLI:EU:C:2011:560, Hennigs en Mai.

<sup>859</sup> W. VANDEPUTTE, “Een wereld van verschil. Knelpunten in de verhouding tussen antidiscriminatierecht en ontslagrecht” in F. HENDRIKX e.a. (eds.) *Liber Amicorum Otmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 560-563.

255. De vraag of de discriminatiebescherming, ondanks talrijke negaties in rechtspraak en rechtsleer, toch een “faciliteit” of “voorrecht” meebrengt voor werknemers met een beperking in vergelijking met andere werknemers kan niet anders dan positief beantwoord worden. Dat is wel degelijk het geval omdat precies het Belgische arbeidsrecht geen algemene regeling kent die ertoe strekt de modale werknemer een herplaatsingsrecht toe te kennen in geval van professionele onbekwaamheid ten opzichte van de overeengekomen functie. Niettemin dringt dergelijke algemene plicht zich steeds meer op, nu ook duidelijk oudere werknemers op dit beginsel zullen moeten steunen. De plicht volgt ook logischerwijze uit een efficiënte toepassing van het Welzijnsrecht.

256. Eens te meer wordt aangetoond dat het Belgische ontslagrecht met zijn veelheid aan ontslagregels zichzelf complex maakt wegens talrijke situaties van mogelijke overlapping<sup>860</sup>. De cumulregeling is zo danig lek dat een werkgever zich aan veel rechtsonzekerheid kan verwachten bij de begroting van de schadevergoeding die alle richtingen kan uitwaaiëren. Ook in het licht van de toenemende regionalisering, vooral voor contractanten in regionale overheidsdienst is een dringende codificatie van algemene beginselen noodzakelijk. In die zin wordt dan ook gepleit om in het Belgische arbeidsrecht een algemeen beginsel van redelijke aanpassingen in te voeren via een principiële herplaatsingsplicht, voorafgaand aan het ontslag dat steunt op professionele onbekwaamheid van de werknemer of wegens het wegvallen van de functie<sup>861</sup>. Deze plicht kan ruim opgevat worden en moet ook in enige voorafgaandelijke procedure worden gegoten, die men best ook niet al te formalistisch vastlegt. Dit komt niet noodzakelijk neer op een ernstige verzwaring van werkgeversplichten, nu deze plicht reeds volgt uit diverse rechtsregels. Tevens is een duidelijker regeling in het belang van de werknemer. Indien deze bijvoorbeeld thans weigert nog langer in een gewijzigde arbeidsovereenkomst te werken, kan deze eventueel geacht worden zelf ontslag genomen te hebben en derhalve een opzegvergoeding verschuldigd te zijn<sup>862</sup>. Verder neemt ook de druk op de werknemers toe vanuit het sociaizekerheidsrecht om actief mee te werken aan re-integratie, zij het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden, ook al zijn die minder gunstig.

257. Er dient opgemerkt te worden dat de verkorting van de opzegtermijnen in de WES vooral effect heeft voor de nieuwe arbeidsovereenkomsten. Bedienden met een lange anciënniteit genieten nog van de lange “verworven rechten” van anciënniteit verworven voor 1 januari 2014, maar over enkele jaren zullen deze oudere werknemers nog slechts een minderheid vormen. In de plaats van de vroegere lange opzegtermijnen kan nu een meer preventieve ontslagbescherming uitgebouwd worden vanuit het nieuwe paradigma om zo lang mogelijk mensen aan het werk te houden. Dat betekent een officiële erkenning van het ontslag als *ultima ratio*, zoals dat rechtsvergelijkend al in hoge mate het geval is in onze buurlanden.

258. Een verdere activering van de opzegtermijn overeenkomstig artikel 39ter van de arbeidsovereenkomsten kan ook zinvoller ingevuld worden met minder aandacht voor “outplacement” en meer aandacht voor “in placement”. In een krappe arbeidsmarkt is dat voor werkgevers ook interessant. En waarom zou de overheid ook niet meer instappen in dat

---

<sup>860</sup> W. RAUWS, “Enige knelpunten van het ontslagrecht”, in M. RIGAUX (ed.) *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht, Deel VI*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 557; J. HERMAN, “Overvloed en onbehagen: de veelheid aan en de tekorten van ontslagbeschermingen”, in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (ed.), *Sociaal Recht, Niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 101-177.

<sup>861</sup> T. DOUILLET, “Vers un licenciement économique en droit belge? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique”, *TSR* 2015, 591-652

<sup>862</sup> Arbrb. Brussel (Fr.) 15 juli 2020, V.U. t. S.A. HM, [www.unia.be](http://www.unia.be).

verhaal van “in placement”, eerder dan draaideurconstructies uit te werken voor langdurig arbeidsongeschikten? En waarom zou men de werkgever niet de optie bieden om outplacement om te buigen via opleiding tot inplacement, o.a. via een wijzigingsopzeg?

259. Men ontsnapt ook niet aan een versterking van de collectieve plichten: niet alleen dient de individuele dialoog versterkt te worden. De collectieve dialoog binnen de onderneming dient ook versterking en verder kan de collectieve samenwerkingsplicht binnen de sectoren ook nog versterkt worden door de begeleiding op grotere schaal te organiseren<sup>863</sup>. Niet elke arbeidsongeschiktheid steunt immers op onvoldoende competenties. Het kan ook gewoon relationele onverzoenbaarheid. Dat is nog geen reden om verworven competenties verloren te laten gaan in jarenlange schorsing van de arbeidsovereenkomst, zoals ook het welzijnsrecht nog recent nog meer benadrukt. Nu lijken zowel werkgevers als ook werknemers in de praktijk vaak te gokken op lange schorsingen om impasses op te lossen. Een verregaande solidariteit op de werkvloer is noodzakelijk mede omdat door nieuwe technologische middelen er meer dan ooit effectief “redelijke aanpassingen” mogelijk zijn. Men moet durven toegeven dat er geen absolute deskundigheid hierover kan bestaan, omdat noch de werkgever, noch de preventie-adviseur, noch de werknemer soms alle mogelijkheden goed kan inschatten. Bijkomende inbreng van werknemers die de werksituatie praktisch beheersen is dan ook vaak noodzakelijk om tot een oplossing te komen. Dialoog tussen alle actoren is dan ook essentieel, al hoeft men deze niet te veel te formaliseren in wetteksten, maar wel in de bestaande inspraakorganen van de onderneming. Men zou kunnen stellen dat het discriminatierecht pas het gestelde doel bereikt, wanneer ondernemingsraden stelselmatig zichzelf kritisch bevragen over eventuele discriminatoire praktijken.

260. De plicht tot redelijke aanpassingen is geenszins eenzijdig. Een analyse van de rechtspraak bewijst duidelijk dat de plicht tot redelijke aanpassingen wederkerig is, met minder evidente en minder populaire gevolgen van dien. Aldus versterkt de plicht tot redelijke aanpassingen de wederzijdse loyauteitsplicht en wordt de rechter steeds verder gedwongen de legitieme ontslagredenen te toetsen. Indien de werknemer de voorgestelde wijziging weigert, komt men in de huidige wetgeving in een patstelling terecht, die dan nu vaak leidt tot ontslag of zelfs beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht<sup>864</sup>. Om een einde te maken aan deze patstelling moet men ook aan de werkgever het voordeel toekennen om bij wijze van een voorwaardelijke en dus transitoire opzeg de functie van de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Dit voorstel strekt ertoe om de werkgever ook te beschermen tegen mogelijke claims dat hij onvoldoende alternatieve tewerkstelling heeft overwogen en tegen vaststellingen van impliciet ontslag. Het maakt het ook mogelijk om deze dialoog en de zoektocht naar alternatieven niet te lang te laten aanslepen. Deze transitoire opzeg kan dan tevens dienen als een proefperiode waarbij de werknemer alle rechten behoudt om het aanbod na een proef ook effectief te weigeren of andere voorstellen te formuleren. De opzegperiode garandeert nog steeds het behoud op de vroegere arbeidsvoorwaarden. Het recht op tegenopzeg dient evenwel voor de werknemer langer gevrijwaard te worden zodat ook de nieuwe overeenkomst tijdelijk kan aangevat worden als proef voor deze werknemer. Het staat de werknemer immers vrij om alle kansen te benutten die de ruimere arbeidsmarkt biedt, nu de werkgever van oordeel is dat de werknemer niet meer geschikt is voor de overeengekomen functie. Tegenover de plicht van de werknemer om ook minder gunstige arbeidsvoorwaarden

---

<sup>863</sup> Reeds: J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie”, *TSR* 2003, 420-421.

<sup>864</sup> I. DE WILDE en R. JANVIER, “Nieuwe regelgeving voor de re-integratie van arbeidsongeschikte personeelsleden. Toelichting en kanttekening bij de toepassing op het (lokaal) overheidspersoneel”, *T. Gem.* 2017/2, 99.

te accepteren in de nieuwe betrekking kan dan ook ten volle ingezet worden op een verregaande plicht van de werkgever om de competenties van de werknemer te evalueren en mee te werken aan de employability van de werknemer. De transitoire opzeg zou definitief een einde moeten maken aan de grote rechtsonzekerheid die thans heerst inzake het impliciet ontslag.

261. Tenslotte dient een wettelijk einde gemaakt te worden aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht, zonder dat dit mag uitdraaien op eindeloze schorsingen. Een eindeloze schorsing van de opzegtermijn wegens arbeidsongeschiktheid dient noch de werkgever, noch de werknemer die zijn competenties ziet verschromelen. Verder staat het haaks op een echte plicht tot re-integratie zoals het welzijnsrecht die nog recent heeft versterkt voor de langdurige arbeidsongeschikten. Gekoppeld daaraan moet er ook een termijn komen voor het vervullen van deze plicht en voor het redelijkerwijze vinden van alternatieven. Een absoluut ontslagverbod hoeft er niet te komen, nu de werkgever met legitieme gronden nog steeds de overeenkomst kan beëindigen met een opzegvergoeding tijdens de schorsingsperiode. Een meer preventieve bescherming tegen ontslag voor alle werknemers die wegens professionele ontoereikendheid niet meer functioneren is gewenst.

262. Inzake de motivering van het ontslag zijn de verplichtingen van de werkgever naar Belgisch recht beperkt omdat deze het ontslag niet voorafgaandelijk dient te motiveren voor de modale werknemers die niet genieten van een bijzondere ontslagbescherming. Die plicht is er alleen voor modale werknemers nadat deze een specifieke vraag hebben geformuleerd op grond van CAO nr. 109<sup>865</sup>. In het licht van de verdergaande regionalisering en de samenhang tussen arbeidsmarktbeleid, succesvolle re-integratie en het nieuwe paradigma om mensen zo lang mogelijk aan het werk te houden is het tijd om de algemene beginselen van het arbeidsrecht te herformuleren en het discriminatierecht niet langer de status te geven van uitzonderingsrecht, maar een kernplaats te geven in de Arbeidsovereenkomstenwet.

---

<sup>865</sup> Art. 5, lid 1 CAO nr. 109, 2 februari 2014, KB 9 maart 2017, BS 20 maart 2014.