

de na zijn vakantie lager werd. De provisie op basis van verkopen die de werknemer in het tijdvak vóór zijn vakantie tot stand had gebracht, liep wel door tijdens zijn vakantie. Desalniettemin oordeelde het HvJ EU dat de werknemer ervan kon worden weerhouden zijn recht op jaarlijkse vakantie uit te oefenen vanwege het uitgestelde financiële nadeel dat hij wel ondervindt in de periode ná zijn opgenomen vakantie. De uitkomst in onderhavige zaak is mijns inziens in lijn met het arrest *Lock* en het al eerder genoemde uitgangspunt dat een regeling die een werknemer prikkelt om afstand te doen van vakantierust niet verenigbaar is met art. 7 van de richtlijn.

#### Relevantie voor praktijk

Met dit arrest van het HvJ EU staat vast dat een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst op basis waarvan de door een werknemer opgenomen vakantiedagen niet meetellen als gewerkte uren bij de vaststelling van het recht op een overwerktoeslag, in strijd is met art. 7 van de richtlijn. Dat een cao-bepaling in strijd kan zijn met het EU-recht oordeelde het HvJ EU al eerder.<sup>9</sup> Onderhavig arrest is dan ook van belang voor Nederlandse cao's waarin een soortgelijk mechanisme is opgenomen voor het bepalen van de drempel voor het recht op een overwerktoeslag.

Een voorbeeld van een cao waarin een dergelijk mechanisme is opgenomen, is de cao Retail Non-Food. In art. 7.1 van die cao is opgenomen dat werknemers recht hebben op een overwerktoeslag. Er is op grond van art. 5.3 van die cao sprake van overwerk als de werknemer arbeid verricht op meer dan 10 uur per dag, of op meer dan 40 uur per week, berekend over een periode van 4 aaneensluitende weken (de drempel). In het eerste geval geldt een toeslagpercentage van 25% en in het tweede geval geldt een toeslagpercentage van 50%. Een ander voorbeeld is te vinden in de cao Particuliere Beveiliging. In art. 23 van die cao is bepaald dat er sprake is van overwerk als een werknemer boven de 152 uur per loonperiode komt (de drempel). Uit art. 42 van de cao volgt dat een werknemer recht heeft op een toeslag van 50% op het basisuurloon in geval van overwerk. Ongetwijfeld zullen er meer cao's zijn waarin een dergelijke bepaling over overwerktoeslag is opgenomen. Voor alle cao's geldt dat bij het bepalen van de drempel voor het recht op een overwerktoeslag ook rekening gehouden zal moeten worden met door de werknemer opgenomen vakantiedagen.

mr. M. Maaijen

advocaat bij Pallas Advocaten B.V.

60

#### Redelijke aanpassingen vanwege handicap (pacemaker), impliceert ook aanbieden andere functie

Hof van Justitie EU

10 februari 2022, nr. C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85

(Jürimäe, Jääskinen, Safjan, Piçarra, Gavalec)

Noot mr. B. Leeuwestein

#### Gelijke behandeling. Handicap. Redelijke aanpassingen. Andere functie.

[Richtlijn 2000/78/EG art. 5; WGBH/CZ]

*Essentie:* In plaats van redelijke aanpassingen van de werkplek wegens handicap kan de werkgever ook een geheel andere functie aanbieden.

*Samenvatting:* Werknemer is op basis van een proeftijdcontract in dienst getreden van HR Rail. In december 2017 is bij werknemer een hartaandoening geconstateerd waardoor een pacemaker moest worden geplaatst. Dit apparaat is gevoelig voor elektromagnetische velden die met name aanwezig zijn in de omgeving van spoorwegen. Aangezien dit medisch hulpmiddel onverenigbaar is met de herhaalde blootstelling van spoorwagonderhoudsmedewerkers aan elektromagnetische velden, was werknemer niet meer in staat om de taken uit te voeren waarvoor hij aanvankelijk in dienst was genomen. De centrale vraag is of werkgever werknemer een andere functie had moeten aanbieden bij wijze van 'redelijke aanpassingen wegens handicap'.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Het Hof heeft reeds geoordeeld dat overweging 20 van Richtlijn 2000/78/EG, die als passende maatregelen 'doeltreffende en praktische maatregelen' vermeldt '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', een niet-uitputtende lijst van dergelijke maatregelen geeft die van fysieke, organisatorische en/of vormende aard kunnen zijn, aangezien art. 5 van deze richtlijn, gelezen tegen de achtergrond van art. 2, vierde alinea, VN-Verdrag, een ruime omschrijving van het begrip 'redelijke aanpassingen' voorstaat (zie in die zin HvJ EU 11 april 2013, gevoegde zaken C-335/11 en C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222 (HK Danmark), punten 49 en 53). Zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet de verwijzing in overweging 20 van Richtlijn 2000/78/EG naar de aanpassing van de 'werkplek' immers aldus worden opgevat dat wordt benadrukt dat deze aanpassing voorrang heeft op andere maatregelen die de werkomgeving van de persoon met een handicap kunnen aanpassen teneinde hem in staat te stellen volledig, effectief en op voet van gelijkheid met de andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Deze maatregelen kunnen dus inhouden dat de werkgever maatregelen neemt waardoor deze persoon zijn baan kan behouden, zoals een overplaatsing naar een andere werkplek. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, concretiseert Richtlijn 2000/78/EG, op het gebied waarop zij betrekking heeft, voorts het thans in art. 21 Handvest neergelegde algemene beginsel van

<sup>9</sup> HvJ EU 23 april 2020, C-710/18, ECLI:EU:C:2020:299 (*Land Niedersachsen*).

*non-discriminatie. Bovendien bepaalt art. 26 Handvest dat de Unie het recht van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun zelfstandigheid, hun maatschappelijke en beroepsintegratie en hun deelname aan het gemeenschapsleven te bewerkstelligen, erkent en eerbiedigt (zie in die zin HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Egenberger), punt 47, en HvJ EU 21 oktober 2021, C-824/19, ECLI:EU:C:2021:862 (Komisia za zashtita ot diskriminatsia), punten 32 en 33).*

*Bijgevolg moet worden geoordeeld, zoals de advocaat-generaal in punt 69 van zijn conclusie heeft aangegeven, dat wanneer een werknemer ten gevolge van een handicap blijvend ongeschikt wordt om zijn functie te vervullen, zijn aanstelling in een andere functie een passende maatregel kan vormen in het kader van de in art. 5 Richtlijn 2000/78/EG bedoelde 'redelijke aanpassingen'. Die uitleg is in overeenstemming met dat begrip, dat aldus moet worden opgevat dat daarmee de verwijdering wordt bedoeld van de verschillende drempels die personen met een handicap beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (zie in die zin HK Danmark, punt 54). Opgemerkt zij dat art. 5 Richtlijn 2000/78/EG de werkgever er niet toe kan verplichten om maatregelen te nemen die voor hem een 'onevenredige belasting' zouden vormen. In dit verband blijkt uit overweging 21 van deze richtlijn dat wanneer wordt nagegaan of de betrokken maatregelen geen onevenredige belasting veroorzaken, in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de financiële kosten, alsmede met de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming en met de mogelijkheid om overheidsgeld of andere vormen van steun te verkrijgen.*

XXXX

tegen

HR Rail SA

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 5 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen XXXX en HR Rail SA over het ontslag van XXXX wegens zijn handicap.

*Toepasselijke bepalingen*

*Internationaal recht*

3. In punt e) van de preambule van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2010/48/EG van de Raad van 26 november 2009 (PB 2010, L 23, blz. 35; hierna: 'VN-Verdrag'), staat te lezen: 'Erkendend dat het begrip handicap aan verandering onderhevig is en voortvloeit uit de wisselwerking tussen personen met functiebeperkingen en sociale en fysieke drempels die [hun beletten] ten volle, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving'.

4. Artikel 1 van dat verdrag, met als opschrift 'Doelstelling', luidt:

'Doel van dit verdrag is het volledige genot door alle personen met een handicap van alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid te bevorderen, beschermen

en waarborgen, en ook de eerbiediging van hun inherente waardigheid te bevorderen.

Personen met een handicap zijn onder meer personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hun in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.'

5. Artikel 2 van dat verdrag, met als opschrift 'Begripsomschrijvingen', bepaalt:

'Voor de toepassing van dit verdrag wordt verstaan onder:

[...]

"discriminatie op grond van handicap": elk onderscheid en elke uitsluiting of beperking op grond van een handicap dat of die ten doel of tot gevolg heeft dat de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid met anderen van de mensenrechten en fundamentele vrijheden in het politieke, economische, sociale, culturele of burgerlijke leven, of op andere gebieden aangetast of onmogelijk gemaakt wordt. Het omvat alle vormen van discriminatie, met inbegrip van de weigering van redelijke aanpassingen;

"redelijke aanpassingen": 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;

[...]

6. Artikel 27 van dat verdrag, met als opschrift 'Werk en werkgelegenheid', bepaalt in lid 1 ervan:

'De staten die partij zijn erkennen het recht van personen met een handicap op werk, op voet van gelijkheid met anderen; dit omvat het recht op de mogelijkheid in het levensonderhoud te voorzien door middel van in vrijheid gekozen of aanvaard werk op een arbeidsmarkt en in een werkomgeving die open zijn, waarbij niemand wordt uitgesloten, en die toegankelijk zijn voor personen met een handicap. De staten die partij zijn waarborgen en bevorderen de verwezenlijking van het recht op werk, met inbegrip van personen die gehandicapt raken tijdens de uitoefening van hun functie, door het nemen van passende maatregelen, onder meer door middel van wetgeving, teneinde onder andere:

[...]

h) de werkgelegenheid voor personen met een handicap in de private sector te bevorderen door middel van passend beleid en passende maatregelen, waaronder voorkeursbeleid, aanmoedigingspremies en andere maatregelen;

i) te waarborgen dat op de werkplek wordt voorzien in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap;

[...]

k) programma's voor beroepsmatige en professionele re-integratie, het behoud van de baan en de terugkeer op de arbeidsmarkt voor personen met een handicap te bevorderen.'

*Unierecht*

7. De overwegingen 16, 17, 20 en 21 van richtlijn 2000/78 luiden als volgt:

'(16) Maatregelen gericht op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van personen met een handicap vervullen bij de bestrijding van discriminatie op grond van een handicap een belangrijke rol.

(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.

[...]

(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.

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

8. Artikel 3 van die richtlijn, met als opschrift 'Werkingsfeer', bepaalt in lid 1:

'Binnen de grenzen van de aan de [Europese Unie] verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

a) de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshierarchie, met inbegrip van bevorderingskansen;

b) de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring;

c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

[...]

9. Artikel 5 van die richtlijn, met als opschrift 'Redelijke aanpassingen voor gehandicapten', luidt:

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

#### *Belgisch recht*

10. De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, die richtlijn 2000/78 omzet in Belgisch recht, verbiedt directe en indirecte discriminatie op grond van een van de in artikel 4, 4°, ervan vermelde beschermde criteria, waaronder de huidige of toekomstige gezondheidstoestand en een handicap.

11. Volgens artikel 9 van die wet vormt een indirect onderscheid op grond van een handicap een indirecte discriminatie, tenzij wordt aangetoond dat geen redelijke aanpassingen kunnen worden getroffen. Volgens artikel 14 van die wet is elke vorm van discriminatie verboden, waarbij onder discriminatie onder meer wordt verstaan directe discriminatie, indirecte discriminatie en de weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.

12. In dit verband omschrijft artikel 4, 12°, van die wet het begrip 'redelijke aanpassingen' als alle 'passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop deze wet van toepassing is, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen. 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'.

#### *Hoofdgeding en prejudiciële vraag*

13. Verzoeker in het hoofdgeding is door HR Rail, de exclusieve werkgever van het personeel van de Belgische spoorwegen, in dienst genomen als gespecialiseerd spoorwegonderhoudsmedewerker. Op 21 november 2016 begon hij een proeftijd bij Infrabel, de juridische entiteit die optreedt als 'infrastructuurbeheerder' voor de Belgische spoorwegen. In december 2017 is bij verzoeker in het hoofdgeding een hartaandoening geconstateerd waardoor een pacemaker moest worden geplaatst. Dit apparaat is gevoelig voor elektromagnetische velden die met name aanwezig zijn in de omgeving van spoorwegen. Aangezien dit medisch hulpmiddel onverenigbaar is met de herhaalde blootstelling van spoorwegonderhoudsmedewerkers aan elektromagnetische velden, was verzoeker in het hoofdgeding niet meer in staat om de taken waarvoor hij aanvankelijk in dienst was genomen, uit te voeren.

14. Op 12 juni 2018 heeft de Federale Overheidsdienst 'Sociale zekerheid' (België) hem erkend als persoon met een handicap.

15. Bij besluit van 28 juni 2018 heeft het gewestelijk centrum voor bestuursgeneeskunde (België), belast met de beoordeling van de medische geschiktheid van de statutaire personeelsleden van de Belgische spoorwegen, verzoeker in het hoofdgeding ongeschikt verklaard om de functie uit te oefenen waarvoor hij in dienst was genomen (hierna: 'bestreden besluit'). Het gewestelijk centrum voor bestuursgeneeskunde heeft evenwel verduidelijkt dat hij kon worden tewerkgesteld in een functie die voldeed aan de volgende vereisten: 'gemiddelde activiteit, geen blootstelling aan elektromagnetische velden, met een verbod om op hoogte te werken of aan trillingen te worden blootgesteld'.

16. Verzoeker in het hoofdgeding is vervolgens aangesteld in een functie van magazijnmedewerker binnen dezelfde onderneming.

17. Op 1 juli 2018 heeft hij bij de commissie van beroep voor bestuursgeneeskunde (België) beroep tegen dit besluit ingesteld.

18. Bij brief van 19 juli 2018 heeft HR Rail verzoeker in het hoofdgeding meegedeeld dat hij 'individuele begeleiding' zou krijgen 'teneinde samen met hem een nieuwe baan te vinden', en dat hij daartoe weldra zou worden opgeroepen voor een gesprek.

19. Op 3 september 2018 heeft de commissie van beroep voor bestuursgeneeskunde het bestreden besluit bevestigd.

20. Op 26 september 2018 heeft de hoofdadviseur – diensthoofd verzoeker in het hoofdgeding meegedeeld dat hij met ingang van 30 september 2018 zou worden ontslagen, en dat daaraan een verbod voor een periode van vijf jaar was gekoppeld om hem opnieuw aan te stellen in de graad waarin hij in dienst was genomen.

21. Op 26 oktober 2018 heeft de directeur-generaal van HR Rail verzoeker in het hoofdgeding ter kennis gebracht dat volgens het statuut en het reglement die gelden voor het personeel van de Belgische spoorwegen zijn proefperiode werd beëindigd, omdat het hem volledig en blijvend onmogelijk was om de taken waarvoor hij in dienst was genomen voort te zetten. Anders dan definitief aangestelde personeelsleden, komen personeelsleden die een proeftijd doorlopen en als persoon met een handicap worden erkend en dus niet meer in staat zijn om hun functie uit te oefenen, niet in aanmerking voor een aanstelling in een andere functie binnen de onderneming. De directeur-generaal heeft hem ook ter kennis gebracht dat de brief waarin hem 'individuele begeleiding' werd aangeboden zonder voorwerp was geworden.

22. Verzoeker in het hoofdgeding heeft bij de Raad van State (België) beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van 26 september 2018 waarbij hem kennis werd gegeven van zijn ontslag met ingang van 30 september 2018.

23. De verwijzende rechter merkt op dat verzoeker in het hoofdgeding op basis van zijn gezondheidstoestand kan worden aangemerkt als 'persoon met een handicap' in de zin van de wetgeving die richtlijn 2000/78 in Belgisch recht omzet. Hij stelt evenwel vast dat de vraag of onder 'redelijke aanpassingen' in de zin van artikel 5 van deze richtlijn ook de mogelijkheid moet worden begrepen om een persoon die ten gevolge van zijn handicap niet meer in staat is dezelfde functie als voorheen uit te oefenen, in een andere functie aan te stellen, door de nationale rechtspraak niet op uniforme wijze wordt beoordeeld.

24. In deze omstandigheden heeft de Raad van State de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

'Moet artikel 5 van richtlijn 2000/78 aldus worden uitgelegd dat een werkgever verplicht is om een persoon die ten gevolge van zijn handicap niet meer in staat is de essentiële taken uit te voeren van de functie waarin hij was aangesteld, in een andere functie aan te stellen waarvoor hij de vereiste bekwaamheid en capaciteiten heeft en waarvoor hij beschikbaar is, wanneer deze maatregel geen onevenredige belasting voor de werkgever vormt?'

#### *Beantwoording van de prejudiciële vraag*

25. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5 van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip 'redelijke aanpassingen voor gehandicapten' in de zin van dit artikel inhoudt dat een werknemer – met inbegrip van diegene die na zijn aanwerving een proeftijd doorloopt – die wegens zijn handicap ongeschikt is verklaard om de essentiële taken van de door hem vervulde functie uit te oefenen, moet worden aangesteld in een andere functie waarvoor hij de vereiste bekwaamheden en capaciteiten heeft en waarvoor hij beschikbaar is.

26. Vooraf zij eraan herinnerd dat uit zowel de titel en de overwegingen als de inhoud en de doelstelling van richtlijn 2000/78 blijkt dat deze richtlijn ertoe strekt een algemeen kader te creëren om voor eenieder een gelijke behandeling 'in arbeid en beroep' te waarborgen, door een doeltreffende bescherming te bieden tegen discriminatie op een van de in artikel 1 ervan genoemde gronden, waaronder handicap (arrest van 15 juli 2021, Tartu Vangla, C-795/19, EU:C:2021:606, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27. Deze richtlijn concretiseert, op het gebied waarop zij betrekking heeft, het thans in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: 'Handvest')

neergelegde algemene beginsel van non-discriminatie. Bovendien bepaalt artikel 26 van het Handvest dat de Unie het recht van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun zelfstandigheid, hun maatschappelijke en beroepsintegratie en hun deelname aan het gemeenschapsleven te bewerkstelligen, erkent en eerbiedigt (arrest van 21 oktober 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, punten 32 en 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28. Vooraf moet worden bepaald of een persoon die, zoals verzoeker in het hoofdgeding, een pacemaker heeft moeten krijgen terwijl hij na zijn aanwerving door zijn werkgever een proeftijd doorliep, waardoor de verdere uitoefening van de taken waarvoor hij oorspronkelijk in dienst is genomen onmogelijk is geworden – gelet op de gevoeligheid van dit apparaat voor de elektromagnetische velden die aanwezig zijn in de omgeving van spoorwegen – en waardoor hij vervolgens werd ontslagen, zich op deze richtlijn kan beroepen.

29. In dit verband is richtlijn 2000/78 ten eerste, zoals blijkt uit artikel 3, lid 1, ervan, zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, van toepassing. Het feit dat HR Rail de hoedanigheid van naamloze vennootschap van publiek recht heeft, staat er dus niet aan in de weg dat verzoeker in het hoofdgeding zich jegens haar op deze richtlijn kan beroepen.

30. Ten tweede is die richtlijn volgens artikel 3, lid 1, onder a) en b), ervan van toepassing op de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, alsmede op de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing. Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat deze ruim genoeg is om de situatie te omvatten van een werknemer die na zijn aanwerving door zijn werkgever een opleidingsperiode doorloopt.

31. Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat het begrip 'werknemer' in de zin van artikel 45 VWEU, dat hetzelfde is als dat van richtlijn 2000/78 (zie in die zin arrest van 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, punt 19), zich uitstrekt tot personen die een voorbereidende stage of een leertijd voor een beroep doorlopen, welke als een praktische voorbereiding op de eigenlijke uitoefening van het betrokken beroep kan worden aangemerkt, wanneer deze periode ten gunste en onder gezag van een werkgever wordt doorlopen onder de voorwaarden die voor reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst gelden (arrest van 9 juli 2015, Balkaya, C-229/14, EU:C:2015:455, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32. Daaruit volgt dat het feit dat verzoeker in het hoofdgeding op de datum van zijn ontslag niet definitief in dienst was genomen, niet belet dat zijn professionele situatie binnen de werkingsfeer van richtlijn 2000/78 valt.

33. Ten derde wordt niet betwist dat verzoeker in het hoofdgeding een 'handicap' heeft in de zin van de nationale wettelijke regeling waarbij richtlijn 2000/78 wordt uitgevoerd.

34. Volgens vaste rechtspraak moet het begrip 'handicap' in de zin van deze richtlijn worden opgevat als 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, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (zie in die zin arresten van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punt 38, en 11 september 2019, Nobel Plásticos Ibérica, C-397/18, EU:C:2019:703, punt 41).

35. In casu lijdt verzoeker in het hoofdgeding inderdaad aan een gezondheidsprobleem dat de plaatsing van een pacemaker vereist, een apparaat dat gevoelig is voor elektromagnetische velden die met name aanwezig zijn in de buurt van spoorwegen, waardoor hij de essentiële taken van de functie waarin hij werd aangesteld niet kan vervullen.

36. Derhalve valt een situatie als aan de orde in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78.

37. Om de door de verwijzende rechter gestelde vraag te beantwoorden zij opgemerkt dat uit de bewoordingen van artikel 5 van richtlijn 2000/78, gelezen tegen de achtergrond van de overwegingen 20 en 21 ervan, blijkt dat de werkgever passende, namelijk doeltreffende en praktische maatregelen, moet nemen, rekening houdend met elke individuele situatie, om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen, dan wel om een opleiding te genieten, zonder dat de werkgever een onevenredige belasting wordt opgelegd.

38. In dit verband zij eraan herinnerd dat richtlijn 2000/78 zo veel mogelijk moet worden uitgelegd in overeenstemming met het VN-Verdrag (arrest van 21 oktober 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens artikel 2, derde alinea, van het VN-Verdrag omvat discriminatie op grond van handicap alle vormen van discriminatie, met inbegrip van de weigering van redelijke aanpassingen.

39. Volgens artikel 5 van richtlijn 2000/78 moet worden voorzien in redelijke aanpassingen teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap wordt nageleefd. De werkgever moet dus, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen nemen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen, dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen.

40. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat overweging 20 van deze richtlijn, die als passende maatregelen 'doeltreffende en praktische maatregelen' vermeldt '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', een niet-uitputtende lijst van dergelijke maatregelen geeft, die van fysieke, organisatorische en/of vormende aard kunnen zijn, aangezien artikel 5 van deze richtlijn, gelezen tegen de achtergrond van artikel 2, vierde alinea, van het VN-Verdrag, een ruime omschrijving van het begrip 'redelijke aanpassingen' voorstaat (zie in die zin arrest van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punten 49 en 53).

41. Zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet de verwijzing in overweging 20 van richtlijn 2000/78 naar de aanpassing van de 'werkplek' immers aldus worden opgevat dat wordt benadrukt dat deze aanpassing voorrang heeft op andere maatregelen die de werkomgeving van de persoon met een handicap kunnen aanpassen teneinde hem in staat te stellen volledig, effectief en op voet van gelijkheid met de andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Deze maatregelen kunnen dus inhouden dat de werkgever maatregelen neemt waardoor deze persoon zijn baan kan behouden, zoals een overplaatsing naar een andere werkplek.

42. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, concretiseert richtlijn 2000/78, op het gebied waarop zij betrekking heeft, voorts

het thans in artikel 21 van het Handvest neergelegde algemene beginsel van non-discriminatie. Bovendien bepaalt artikel 26 van het Handvest dat de Unie het recht van personen met een handicap op maatregelen die beogen hun zelfstandigheid, hun maatschappelijke en beroepsintegratie en hun deelname aan het gemeenschapsleven te bewerkstelligen, erkent en eerbiedigt (zie in die zin arresten van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punt 47, en 21 oktober 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, punten 32 en 33).

43. Bijgevolg moet worden geoordeeld, zoals de advocaat-generaal in punt 69 van zijn conclusie heeft aangegeven, dat wanneer een werknemer ten gevolge van een handicap blijvend ongeschikt wordt om zijn functie te vervullen, zijn aanstelling in een andere functie een passende maatregel kan vormen in het kader van de in artikel 5 van richtlijn 2000/78 bedoelde 'redelijke aanpassingen'.

44. Die uitlegging is in overeenstemming met dat begrip, dat aldus moet worden opgevat dat daarmee de verwijdering wordt bedoeld van de verschillende drempels die personen met een handicap beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (zie in die zin arrest van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punt 54).

45. Opgemerkt zij dat artikel 5 van richtlijn 2000/78 de werkgever niet er wel niet toe kan verplichten om maatregelen te nemen die voor hem een 'onevenredige belasting' zouden vormen. In dit verband blijkt uit overweging 21 van deze richtlijn dat wanneer wordt nagegaan of de betrokken maatregelen geen onevenredige belasting veroorzaken, in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de financiële kosten, alsmede met de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming en met de mogelijkheid om overheidsgeld of andere vormen van steun te verkrijgen.

46. In herinnering moet worden gebracht dat in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU, die op een duidelijke afbakening van de taken van de nationale rechterlijke instanties en van het Hof berust, elke waardering van de feiten tot de bevoegdheid van de nationale rechter behoort. Om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven kan het Hof hem echter, in een geest van samenwerking met de nationale rechters, alle aanwijzingen geven die het noodzakelijk acht (arrest van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, EU:C:2013:222, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47. De door de verwijzende rechter aangehaalde omstandigheid dat verzoeker in het hoofdgeding, nadat hij ongeschikt was verklaard om de functie uit te oefenen waarvoor hij in dienst was genomen, is aangesteld in een functie van magazijnier binnen dezelfde onderneming, kan een relevant feit vormen voor deze beoordeling.

48. Voorts zij erop gewezen dat, zoals de advocaat-generaal in punt 77 van zijn conclusie heeft aangegeven, de mogelijkheid om een persoon met een handicap in een andere functie aan te stellen hoe dan ook alleen bestaat wanneer er ten minste één vacante functie bestaat die de betrokken werknemer kan vervullen.

49. Gelet op een en ander, dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 5 van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip 'redelijke aanpassingen voor gehandicapten' in de zin van dit artikel inhoudt dat een werknemer – met inbegrip van diegene die na zijn aanwerving een proeftijd doorloopt – die wegens zijn handicap ongeschikt is verklaard om de essentiële taken van de door hem vervulde functie uit te oefenen, moet worden aangesteld in een andere

functie waarvoor hij de vereiste bekwaamheden en capaciteiten heeft en waarvoor hij beschikbaar is, op voorwaarde dat deze maatregel voor de werkgever geen onevenredige belasting vormt.

#### Kosten

50. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 5 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep moet aldus worden uitgelegd dat het begrip ‘redelijke aanpassingen voor gehandicapten’ in de zin van dit artikel inhoudt dat een werknemer – met inbegrip van diegene die na zijn aanwerving een proeftijd doorloopt – die wegens zijn handicap ongeschikt is verklaard om de essentiële taken van de door hem vervulde functie uit te oefenen, moet worden aangesteld in een andere functie waarvoor hij de vereiste bekwaamheden en capaciteiten heeft en waarvoor hij beschikbaar is, op voorwaarde dat deze maatregel voor de werkgever geen onevenredige belasting vormt.

#### NOOT

##### Inleiding

In deze zaak<sup>1</sup> gaat het om een spoorwegonderhoudsmedewerker van de Belgische Spoorwegen, werkzaam in een proeftijd, die door het plaatsen van een pacemaker niet langer zijn functie kon vervullen omdat hij niet mocht worden blootgesteld aan de elektromagnetische straling rond het spoor. Aan het einde van de proeftijd werd de werknemer ontslagen omdat hij door zijn handicap niet langer de essentiële taken van zijn functie kon uitoefenen, ook niet na redelijke aanpassingen. De werknemer vocht dit ontslagbesluit van zijn (overheids)werkgever aan tot aan de Belgische Raad van State (‘RvS’), die een prejudiciële vraag stelde aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (‘het Hof’). Het Hof behandelt in deze zaak verschillende interessante vraagstukken betreffende Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (‘de Richtlijn’), zoals de werkingsfeer en de reikwijdte van de verplichtingen voor werkgevers. Daarin volgt het Hof de conclusie van de advocaat-generaal.<sup>2</sup>

##### Wetgeving

De Richtlijn verplicht lidstaten tot het instellen van een algemeen kader voor verschillende vormen van onderscheid, zoals op grond van godsdienst, levensovertuiging, leeftijd, seksuele geaardheid en handicap. Voor deze zaak zijn de overwegingen en bepalingen uit de Richtlijn over handicap relevant. Deze moeten worden uitgelegd in overeenstemming met het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de

rechten van personen met een handicap (‘VN-Verdrag’).<sup>3</sup> In Nederland is de Richtlijn voor wat betreft onderscheid op grond van handicap geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (‘WGBH/CZ’).<sup>4</sup>

##### Prejudiciële vraag

In de nationale procedure bij de RvS stelde de werknemer dat het ontslagbesluit van HR Rail, de juridisch werkgever van alle werknemers van de Belgische Spoorwegen, in strijd was met nationale wetgeving inzake discriminatie op grond van handicap<sup>5</sup> (‘de Wet’) en de Richtlijn. De werknemer meende dat HR Rail hem de functie van magazijnmedewerker moest aanbieden, welke functie de werknemer vervulde in afwachting van zijn ontslag. HR Rail stelde daarentegen niet in strijd met het discriminatieverbod te hebben gehandeld. Zij meende niet verder te hoeven kijken dan de functie waarvoor de werknemer was aangesteld, namelijk die van gespecialiseerd spoorwegonderhoudsmedewerker. Voor die functie was het niet mogelijk om te voorzien in redelijke aanpassingen waardoor de werknemer deze kon blijven uitoefenen.

De RvS stelt vast dat de vraag of ‘redelijke aanpassingen’ in de zin van de Wet en de Richtlijn betekent dat van een werkgever kan worden gevergd dat hij de werknemer een andere functie aanbiedt in de nationale rechtspraak niet eenduidig wordt beantwoord. De RvS heeft dan ook op 29 september 2020 de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Hof: ‘Moet artikel 5 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep aldus worden uitgelegd dat een werkgever verplicht is een persoon die wegens zijn handicap niet meer in staat is de essentiële taken uit te voeren van de functie waarin hij was aangesteld, in een andere functie aan te stellen waarvoor hij de vereiste bekwaamheden, vermogens en beschikbaarheid heeft, wanneer deze maatregel geen onevenredige last voor de werkgever meebrengt?’

##### Werkingsfeer

Zowel de A-G als het Hof staan eerst stil bij de vraag of de werknemer een beroep toekomt op de Richtlijn. Het oordeel luidt bevestigend.

De werkgever valt als overheidswerkgever onder de reikwijdte van de Richtlijn. De werknemer is weliswaar werkzaam in een proeftijd, maar dit staat er niet aan in de weg dat hij als werknemer in de zin van de Richtlijn (en art. 45 VWEU<sup>6</sup>) wordt aangemerkt, nu hij deze periode ten gunste en onder gezag van HR Rail werkte onder voorwaarden die voor reële

3 Het VN-Verdrag is gesloten in 2006 en in werking getreden in 2008. Het VN-Verdrag is namens de EU (toen nog net Europese Gemeenschap) goedgekeurd door de Raad bij besluit 2010/48/EG van 26 november 2009. Daarmee maakt het VN-Verdrag onderdeel uit van de rechtsorde van de EU. In een bijlage bij besluit 2010/48/EG is ook expliciet verwezen naar de Richtlijn als zijnde een aangelegenheid waarop het VN-Verdrag van toepassing is. Als gevolg hiervan dient de Richtlijn zoveel mogelijk in lijn met het VN-Verdrag te worden uitgelegd. Het Hof deed dit voor het eerst in HvJ EU 11 april 2013, ECLI:EU:C:2013:222, punt 30-32.

4 Stb. 2003, 206.

5 Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

6 HvJ EU 19 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:566, punt 19.

1 HvJ EU 10 februari 2022, ECLI:EU:C:2022:85.

2 Conclusie A-G Rantos 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:916.

en daadwerkelijke arbeid in loondienst gelden.<sup>7</sup> Ook staat onweersproken vast dat de werknemer een handicap heeft in de zin van de Wet en de Richtlijn, te weten een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de werknemer kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.<sup>8</sup>

#### *Verplichtingen voor werkgevers*

Om de prejudiciële vraag te beantwoorden interpreteren de A-G en het Hof art. 5 van de Richtlijn in het licht van het VN-Verdrag. Art. 5 van de Richtlijn schrijft voor dat een werkgever moet voorzien in redelijke aanpassingen, waarbij de Richtlijn een ruime omschrijving van dit begrip voorstaat. Gedacht wordt aan doeltreffende en praktische maatregelen gericht op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, teneinde hem in staat te stellen volledig, effectief en op voet van gelijkheid met de andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Deze maatregelen kunnen zich richten op baanbehoud, zoals overplaatsing naar een andere werkplek, aldus de A-G en het Hof.

Deze verplichting is niet onbegrensd. De A-G overweegt dat de werknemer bekwaam, in staat en beschikbaar moet zijn om de essentiële taken van de functie te vervullen.<sup>9</sup> In deze zaak achtte het Hof, als aanwijzing voor de RvS voor de inhoudelijke beoordeling van het geschil, relevant dat HR Rail de werknemer tijdelijk als magazijnmedewerker had geplaatst. Een werkgever is bovendien niet gehouden maatregelen te nemen die voor hem een 'onevenredige belasting' vormen. Hierbij wordt in het bijzonder rekening gehouden met kosten en financiële en organisatorische (on)mogelijkheden van de werkgever en de beschikbaarheid van (financiële) overheidssteun. Van een onevenredige belasting is in ieder geval sprake als niet ten minste één vacante functie bestaat die de werknemer kan vervullen, aldus de A-G en het Hof. De werkgever hoeft dus geen functie te creëren voor de werknemer met een handicap.

Kortom, het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag bevestigend: 'redelijke aanpassingen' in de zin van art. 5 van de Richtlijn houden in dat de werknemer die door zijn handicap ongeschikt is voor de essentiële taken van zijn functie moet worden aangesteld in een andere functie die hij kan vervullen, mits dit geen onevenredige belasting vormt voor de werkgever.

#### *Overwegingen voor werkgevers in Nederland*

Het Hof deed in deze zaak een in Europees opzicht weinig verrassende,<sup>10</sup> maar toch vernieuwende uitspraak. Nederlandse rechters zullen hierop acht moeten slaan bij richtlijnconforme interpretatie van de WGBH/CZ.<sup>11</sup> Of deze uitspraak de Nederlandse praktijk ook echt verandert, betwijfel ik.

Het verbod op onderscheid wegens handicap is neergelegd in art. 4 WGBH/CZ en verbiedt onderscheid ten aanzien van onder meer werving en selectie, het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding, arbeidsvoorwaarden, bevordering en arbeidsomstandigheden. Een in strijd met dit verbod gegeven ontslag is vernietigbaar.<sup>12</sup> Ten aanzien van de werkingsfeer zij opgemerkt dat het verbod geldt voor alle arbeidsrelaties waarin onder het gezag van een ander arbeid wordt verricht.<sup>13</sup> De overheidswerkgever valt hier ook onder. Of een persoon met een handicap zich in een proeftijd bevindt of niet zal naar Nederlands recht geen verschil maken, de arbeidsovereenkomst bestaat dan immers al.<sup>14</sup> Bovendien strekt het verbod zich ook uit tot de precontractuele fase<sup>15</sup> en tot andere arbeidsverhoudingen dan de arbeidsovereenkomst.<sup>16</sup> De door het Hof aangehaalde definitie van handicap is niet nieuw en wordt door Nederlandse rechters reeds toegepast bij richtlijnconforme interpretatie van art. 4 WGBH/CZ.<sup>17</sup>

De ruime uitleg van het begrip redelijke aanpassingen, in die zin dat het plaatsing in ander werk omvat, is Europeesrechtelijk gezien nieuw. De WGBH/CZ spreekt overigens van 'doeltreffende aanpassingen', waarbij nalaten hiervan een vorm is van discriminatie.<sup>18</sup> In Nederland geldt al een vergaande verplichting voor de werkgever tot (her)plaatsing in passende arbeid, zowel binnen het ontslagrecht<sup>19</sup> als in het kader van de re-integratie van een arbeidsongeschikte werknemer.<sup>20</sup> Op grond van art. 4 WGBH/CZ mag een handicap of chronische ziekte niet de aanleiding zijn voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, tenzij komt vast te staan dat een werknemer niet meer aan essentiële functievereisten kan voldoen en aanpassingen niet mogelijk zijn.<sup>21</sup> In de Nederlandse rechtspraak wordt in dit verband al getoetst of voor de persoon met een handicap andere passende werkzaamheden voorhanden zijn.<sup>22</sup> Het Hof oordeelt dat plaatsing in een an-

7 HvJ EU 9 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:455, punt 50.

8 HvJ EU 11 april 2013, ECLI:EU:C:2013:222, punt 18; HvJ EU 11 september 2019, ECLI:EU:C:2019:703, punt 43.

9 Conclusie A-G Rantos 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:916, punt 75.

10 Het Hof stond reeds een ruime interpretatie voor van het begrip 'redelijke aanpassingen' in HvJ EU 11 april 2013, ECLI:EU:C:2013:222, punt 53; zie conclusie A-G Rantos 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:916, punt 64.

11 HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33, punt 24.

12 Art. 9 WGBH/CZ jo. art. 7:681 lid 1 aanhef en onder c BW. De werknemer kan in plaats van vernietiging een billijke vergoeding verzoeken.

13 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 33-34.

14 Ontslag wegens handicap voorafgaand aan of tijdens de proeftijd is discriminatoir volgens rb. Utrecht 27 november 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BH0827, rb. Utrecht 21 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM5297 en rb. Almelo 13 november 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB8068.

15 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 27 en 34.

16 De WGBH/CZ sluit voor wat betreft de werkingsfeer aan bij de Algemene wet gelijke behandeling en kent een breed toepassingsbereik. Onder het begrip arbeidsverhoudingen vallen 'al die vormen waarin onder gezag van anderen arbeid wordt verricht' (*Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 16), waaronder ook stages, vrijwilligerswerk en werk via bemiddeling of uitzending wordt verstaan (*Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 79).

17 Bijvoorbeeld hof Den Bosch 30 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1978, r.o. 3.6.4-3.6.5.

18 Art. 2 lid 1 WGBH/CZ.

19 Art. 7:669 lid 1 BW jo. Ontslagregeling paragraaf 3.

20 Art. 7:658a lid 1 BW, zoals uitgewerkt in de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter en de Werkwijzer Poortwachter.

21 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 13 en 34, onder verwijzing naar overweging 17 van de Richtlijn.

22 Bijvoorbeeld hof Den Bosch 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP8082. Het hof oordeelde dat het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst van een werknemer in de groenvoorziening niet discriminatoir was omdat de werknemer niet langer in staat was zijn functie uit te oefenen en geen andere passende werkzaamheden voorhanden waren.

dere functie alleen kan worden gevegd van de werkgever als de werknemer bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de functie te vervullen. Dit verhoudt zich goed tot het begrip passende functie dat wordt gehanteerd in het Nederlandse ontslagrecht: een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.<sup>23</sup> Voordat een werkgever toekomt aan een ontslag, zal de mogelijkheid tot herplaatsing binnen een redelijke termijn<sup>24</sup> altijd moeten worden onderzocht, behoudens bijzondere gevallen als een proeftijdontslag, het bereiken van de AOW-leeftijd, verwijtbaar handelen of een ontslag op staande voet. Dergelijke ontslagen worden in de regel niet gegeven op grond van een handicap, behalve wellicht het proeftijdontslag, wat dan vrijwel zeker discriminatoir is.<sup>25</sup> Ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid of frequent ziekteverzuim is in Nederland mogelijk.<sup>26</sup> Het Hof acht dergelijke ontslaggronden, mits het gevolg van een handicap, in beginsel een indirect onderscheid, gebaseerd op het uitgangspunt dat werknemers met een handicap in het algemeen een hoger ziekterisico hebben.<sup>27</sup> Tussen handicap/chronische ziekte en arbeidsongeschiktheid op grond van ziekte ex art. 7:629 BW bestaat bovendien overlap.<sup>28</sup> Een werknemer met een handicap is niet altijd arbeidsongeschikt, maar wanneer dit wel het geval is, zal de werkgever de werknemer moeten re-integreren. Lukt dat niet in de (aangepaste) eigen functie, dan in een andere passende functie. Uit de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter ('de Beleidsregels') volgt dat van de werkgever niet verwacht wordt dat hij met het oog op de re-integratie van een zieke werknemer een andere werknemer ontslaat.<sup>29</sup> De Beleidsregels gaan wel verder dan de Richtlijn; van een werkgever mag namelijk wel verwacht worden dat hij de zieke werknemer laat ruilen met een andere werknemer.<sup>30</sup> Ook spreken de Beleidsregels niet alleen over beschikbare arbeidsplaatsen om een werknemer met een handicap te kunnen plaatsen – waar het Hof spreekt over 'ten minste één vacature' –, maar ook over formatieruimte. Dit impliceert dat formatieruimte kan worden gebruikt om een arbeidsplaats te creëren. In de Werkwijzer Poortwachter wordt deze verplichting voor werkgevers om die formatieruimte te benutten en nieuwe functies te creëren

voor personen met een arbeidsbeperking jobcarving genoemd. Wat het Hof onevenredig belastend vindt, namelijk als niet ten minste één vacature bestaat om de werknemer met een handicap te plaatsen, is voor Nederlandse werkgevers dus al de realiteit op basis van nationale wet- en regelgeving.

Voor de plaatsing van een werknemer met een handicap in een andere functie zal mijns inziens hetzelfde aan redelijke/doeltreffende aanpassingen van de werkgever verwacht mogen worden als voor diens eigen functie. Een andere (mogelijk in het kader van jobcarving te creëren) functie kan dus ook geschikt moeten worden gemaakt voor de werknemer met een handicap. Of dit onevenredig belastend is voor een werkgever is een vraag van proportionaliteit.<sup>31</sup> Dit zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, zoals de omvang van de organisatie, de noodzakelijke investeringen en kosten en financiële draagkracht, en de operationele en technische haalbaarheid van de aanpassingen.<sup>32</sup> Van onevenredige belasting is niet snel sprake, zeker bij grote ondernemingen.<sup>33</sup>

### Conclusie

Met zijn oordeel in deze zaak heeft het Hof het Europeesrechtelijk kader inzake het discriminatieverbod wegens handicap verder verduidelijkt. De bescherming van personen met een handicap op grond van de Richtlijn gaat verder dan wellicht eerder gedacht. Het doel van de Richtlijn en het VN-Verdrag – namelijk het in staat stellen van een persoon met een handicap toegang tot de arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen door maatregelen die hem in staat stellen volledig, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen – komt hierdoor beter tot uitdrukking. Ik verbeeld mij dat dit voor Europese wetgevers en werkgevers gevolgen zal hebben als de nationale wetgeving met deze uitleg nog geen rekening houdt. Zo ook in de Belgische zaak die aan de uitspraak van het Hof ten grondslag ligt. Voor de Nederlandse wetgever en werkgevers verandert naar mijn mening niet veel, nu de verplichting tot (her)plaatsing in ander passend werk – voor zowel werknemers met als zonder handicap – reeds voortvloeit uit het ontslagrecht en de Wet verbetering poortwachter.

mr. B. Leeuwestein  
advocaat bij Ploum

23 Art. 9 lid 3 Ontslagregeling.

24 Voor werknemers met een arbeidshandicap geldt een verlengde redelijke termijn van 26 weken op grond van art. 10 lid 2 en 3 Ontslagregeling.

25 Zie voetnoot 14.

26 Art. 7:669 lid 1 aanhef en onder b en c BW, al lijkt de drempel van de c-grond in de praktijk onmogelijk te nemen (P. Kruit & I. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2020: een bijzonder WAB- en coronajaar', *ArbeidsRecht* 2021/52, p. 31).

27 HvJ EU 11 september 2019, ECLI:EU:C:2019:703, punt 59; HvJ EU 18 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:17, punt 39; HvJ EU 11 april 2013, ECLI:EU:C:2013:222, punt 76.

28 Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan A. Veldman, 'Overlap, verschil en verband tussen ziekte en handicap: Europese ontwikkelingen en de betekenis voor discriminatoir ontslag', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2020, p. 66-74 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

29 De A-G concludeerde hetzelfde ten aanzien van herplaatsing van een werknemer met een handicap als redelijke aanpassing; conclusie A-G Rantos 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:916, punt 77.

30 De A-G overwoog uitdrukkelijk dat herplaatsing van een werknemer met een handicap er niet toe mag leiden dat een andere werknemer wordt gedwongen van baan te wisselen; conclusie A-G Rantos 11 november 2021, ECLI:EU:C:2021:916, punt 77.

31 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 28.

32 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 28.

33 Als onevenredig belastend werd bijvoorbeeld aangemerkt: een forse verbouwing voor installatie van een traplift en invalidentoilet voor een stage van vijf maanden, waarbij de werkgever het alternatief had geboden te werken op een andere locatie waar deze faciliteiten wel aanwezig waren (ktr. Amsterdam 26 januari 2018, «JAR» 2018/39), het wijzigen van alle werkroosters van het personeel om een werknemer met een nieraandoening te faciliteren (ktr. Haarlem 27 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM8190), het afstemmen van de hele organisatie van een (kleine) werkgever op de behoeften van een werknemer met autisme (hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:261). Niet onevenredig belastend was bijvoorbeeld de aanschaf van een traplift, wat de werknemer een schadevergoeding opleverde wegens kennelijk onredelijk ontslag (ktr. Den Bosch 22 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV2279) en het inzetten van een gebarentolk voor een dove werknemer voor werkbesprekingen (CGB 13 december 2011, oordeel 2011-191).