

ANNOTATIE

Is ontslag wegens vetzucht verboden?

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 18-12-2014, ECLI:EU:C:2014:2463 (GZR-2015-0077, AR-2014-1086)

1. Inleiding

Ontslag wegens zwaarlijvigheid voelt als discriminatie. De vraag is of elk discriminatoir ontslag wel verboden is. Volgens het recht van de Europese Unie is dat in ieder geval niet het geval. Als een werknemer heel dik is maar nog steeds prima in staat om zijn werk te doen, beschermt het Europese recht hem niet tegen een ontslag wegens zijn gewicht, zo blijkt uit het Kaltoft-arrest. Het Nederlandse recht biedt meer bescherming.

2. De feiten

Vanaf eind 1996 werkt Karsten Kaltoft voor de gemeente Billund in Denemarken als gastouder om in zijn woning op kinderen te passen. Al bij indiensttreding was Kaltoft 'zwaarlijvig' (ongeveer 160 kg). Kaltoft probeerde af te vallen, en de gemeente Billund heeft hem geholpen onder andere door mee te betalen aan fitnesscursussen. Kaltofts pogingen om gewicht te verliezen waren zo nu en dan succesvol, maar daarna kwam het er ook weer aan. Vanaf 2010 krijgt hij geregeld onaangekondigd bezoek van een ambtenaar die komt controleren hoe het met zijn gewicht gaat. Eveneens in 2010 krijgt Kaltoft minder kinderen toegewezen om op te passen (drie in plaats van vier). Vervolgens wordt hij uitgenodigd voor een gesprek over het voornemen van de gemeente om hem te ontslaan wegens de afnemende vraag naar gastouders. Kaltoft heeft tijdens dat gesprek gevraagd waarom hij de enige gastouder was in de gemeente die werd ontslagen om die reden. Tijdens deze bijeenkomst is zijn zwaarlijvigheid ter sprake gebracht. Kaltoft heeft bij brief van 10 november 2010 zijn vermoeden geuit dat zijn zwaarlijvigheid aan de grondslag lag van het voorgenomen ontslag. Bij brief van 22 november 2010 heeft de gemeente Billund hem ontslagen, waarbij zij te kennen gaf dat dit ontslag plaatsvond na 'een concrete beoordeling in verband met de vermindering van het aantal kinderen'. De gemeente Billund heeft geen enkele opmerking gemaakt over het door Kaltoft in zijn brief van 10 november 2010 geuite gevoel omtrent de werkelijke reden voor zijn ontslag.

3. De procedure

FOA, een vakbond die in rechte optreedt namens Kaltoft, heeft beroep ingesteld bij de rechtbank en daarbij betoogd dat Kaltoft bij zijn ontslag het slachtoffer was geweest van discriminatie op grond van zwaarlijvigheid en dat hij schadevergoeding moest krijgen wegens deze discriminatie. De rechtbank heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing. Kort samengevat wilde de rechter ten eerste weten of discriminatie op grond van zwaarlijvigheid in strijd is met Unierecht, bijvoorbeeld artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Daarnaast vroeg de rechter of zwaarlijvigheid kan worden beschouwd als een handicap die binnen de bescherming 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 valt, en, zo ja, welke criteria in een bepaald geval beslissend zijn bij de beoordeling of de zwaarlijvigheid van een persoon concreet tot gevolg heeft dat de betrokkene wordt beschermd door het verbod op discriminatie op grond van een handicap in deze richtlijn.

4. Beantwoording van de prejudiciële vragen

Op de eerste vraag antwoordt het Hof van Justitie dat het algemene beginsel van non-discriminatie behoort tot de grondrechten die deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht en dat dit beginsel dus de lidstaten bindt wanneer de nationale situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (zie in die zin arrest *Chacón Navas*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56). In dit verband dient te worden vastgesteld dat geen enkele bepaling van het VEU of VWEU een verbod op discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als zodanig bevat. Met name verwijst artikel 10 VWEU noch artikel 19 VWEU naar zwaarlijvigheid. Ook vermeldt Richtlijn 2000/78 zwaarlijvigheid niet als discriminatiegrond. Volgens de rechtspraak van het Hof dient de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 niet naar analogie te worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden (zie arresten *Chacón Navas*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56, en *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, punt 46). In casu bevat het aan het Hof overgelegde dossier geen enkel element dat het mogelijk maakt vast te stellen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie, voor zover zij betrekking heeft op een ontslag dat op zwaarlijvigheid als zodanig gebaseerd zou zijn, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. In dit verband zijn de bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie evenmin van toepassing op een dergelijke situatie (zie, in die zin, arrest *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punten 21 en 22). Daarmee wordt de eerste vraag dus afwijzend beantwoord (en verliezen de tweede en derde prejudiciële vraag relevantie, zodat ik die verder onbesproken laat).

Het Hof beantwoordt vervolgens de vraag over de toepasselijkheid van het verbod op onderscheid wegens handicap. Daartoe herhaalt het Hof eerdere rechtspraak waaruit blijkt dat het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78/EG moet 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, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (zie arresten *HK Danmark*, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punten 37|39; *Z.*, C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, punt 76, en *Glatzel*, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350,

punt 45).

Dit begrip 'handicap' heeft niet enkel betrekking op de onmogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, maar ook op belemmeringen bij het uitoefenen van een dergelijke activiteit (zie arrest Z., C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De oorzaak van de handicap doet daarbij niet ter zake, ook niet de vraag in welke mate de betrokkene eventueel heeft bijgedragen tot het ontstaan van zijn handicap. Verder gaat de definitie van het begrip 'handicap' in de zin van artikel 1 van Richtlijn 2000/78 aan de vaststelling en de beoordeling van de passende maatregelen tot aanpassing als bedoeld in artikel 5 van deze richtlijn vooraf. Volgens punt 16 van de considerans van deze richtlijn beogen dergelijke maatregelen immers rekening te houden met de behoeften van personen met een handicap en derhalve zijn zij het gevolg en niet het wezenlijke bestanddeel van het begrip 'handicap' (zie in die zin arrest HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punten 45 en 46).

Toegepast op de onderhavige zaak betekent dit dat zwaarlijvigheid als zodanig geen 'handicap' vormt in de zin van Richtlijn 2000/78, omdat zij van nature niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat er sprake is van een beperking. Daarentegen valt de zwaarlijvigheid van de betrokken werknemer onder het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78 indien zij, gezien de omstandigheden, leidt tot een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels deze persoon kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is (zie in die zin arrest HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punt 41). Dat zou met name het geval zijn als de zwaarlijvigheid van de werknemer hem belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen als gevolg van een verminderde mobiliteit of van het feit dat zich bij deze persoon ziekteverschijnselen voordoen die hem beletten zijn werk te verrichten of hem belemmeren bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit.

In casu staat, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, vast dat Kaltoft zwaarlijvig was gedurende de volledige periode waarin hij door de gemeente Billund tewerkgesteld was, dat wil zeggen gedurende lange tijd. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of in het hoofdgeding de zwaarlijvigheid van Kaltoft, ondanks het feit dat Kaltoft gedurende ongeveer vijftien jaar zijn werk heeft verricht, heeft geleid tot een beperking die voldoet aan de in punt 53 van het onderhavige arrest bedoelde voorwaarden.

5. Commentaar

Interessant aan deze uitspraak is ten eerste het beroep op het algemene beginsel van non-discriminatie, dat besloten ligt in artikel 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Ten tweede is uiteraard van belang de toepassing op deze zaak van het begrip 'handicap', in het bijzonder bij zwaarlijvigheid. Opvallend daaraan is het feit dat het Hof van Justitie de voorwaarde herhaalt dat een klager gehandicapt is als hij daadwerkelijk

belemmerd wordt in de arbeidsverrichting, hetgeen bewezen moet worden door de klager in kwestie. Na de bespreking van deze twee aspecten komt aan de orde welke gevolgen deze uitspraak kan hebben voor de bescherming van zwaarlijvigen in Nederland.

5.1 Het algemene beginsel van non-discriminatie

Het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie is een beginsel dat algemeen op steun kan rekenen in het recht. Onze grondwet opent ermee: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.' Door velen wordt het gelijkheidsbeginsel beschouwd als een van de belangrijkste, zo niet het belangrijkste grondrecht. Het algemene beginsel van gelijkheid kan worden beschouwd als een uitdrukking van een verbod op willekeur. Onderscheid maken is op zichzelf niet verboden, en dat kan ook niet, want regels differentiëren per definitie. Maar onderscheid maken op willekeurige, irrelevante gronden, is verboden. Dat betekent dat de wetgever moet kunnen rechtvaardigen op welke gronden onderscheid is gemaakt (E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, art. 1 van de Grondwet als constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle: Van Loghum Slaterus/W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 145). Om zekerheid te geven over wat in ieder geval irrelevante of verdachte gronden zijn, bevat artikel 1 Gw ook een aantal expliciet verboden gronden: discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht is niet toegestaan. Maar het discriminatieverbod in de Grondwet gaat verder dan dat: discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan. Ook artikel 26 IVBPR bevat geen limitatieve opsomming van verdachte gronden.

In deze casus ging het bij de eerste prejudiciële vraag zagezegd over 'discriminatie op welke grond dan ook'. Zwaarlijvigheid is op zichzelf niet aangemerkt als een verdachte grond in de Europese wetgeving. De vraag was of de verplichting om niet te discrimineren toch aan het Europese recht ontleend kon worden. Die vraag is niet vreemd omdat zwaarlijvigheid op zichzelf als reden voor ontslag in veel gevallen irrelevant lijkt. In de Europese Richtlijnen wordt geen melding gemaakt van een discriminatieverbod op deze gronden, maar kan het dan toch niet in strijd zijn met het algemene recht op gelijke behandeling? Dezelfde vraag zou gesteld kunnen worden voor andere voorbeelden van op het eerste gezicht irrelevante gronden voor ontslag, zoals ontslag wegens een lelijk gezicht of een West-Fries accent.

In het recht van de Europese Unie is het gelijkheidsbeginsel prominent aanwezig. Artikel 2 VEU bepaalt: 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor (...) gelijkheid en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren.' Artikel 3 VEU verwoordt de ambitie om sociale uitsluiting en discriminatie te bestrijden. Artikel 20 van het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (HGEU) stelt: 'Eenieder is gelijk voor de wet.' Dit artikel komt blijkens de toelichting op het Handvest overeen met een algemeen rechtsbeginsel dat in alle Europese grondwetten is opgenomen en dat door het Hof is aangemerkt als een fundamenteel beginsel van het Gemeenschapsrecht.

In de nadere uitwerking van het gelijkheidsbeginsel in het Unierecht wordt echter steeds

gerefereerd aan specifieke discriminatiegronden, die alsdan limitatief worden opgesomd. In artikel 10, 18 en 19 VWEU wordt alleen de bestrijding van discriminatie op specifieke verdachte gronden genoemd: geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele gerichtheid en nationaliteit. Dit geldt ook voor artikel 21 HGEU. De Europese non-discriminatie-richtlijnen richten zich dan ook uitsluitend tegen discriminatie op deze gronden (zie m.n. de uitputtende opsomming in Richtlijn 2000/78).

De Deense rechter was er toch niet zeker van dat een ontslag op een willekeurige grond buiten deze verdachte gronden niet geraakt werd door het Europese recht. Blijkens het arrest heeft deze rechter de grondslag daarvoor gezocht in artikel 6 HGEU, dat ziet op rechtmatige detentie; vermoedelijk is bedoeld artikel 6 VEU, volgens welke de grondrechten uit het EVRM en uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie. Daarnaast was mogelijk geweest een beroep op het eerder genoemde artikel 20 HGEU.

Ter beantwoording van de vraag bevestigt het Hof dat het algemene beginsel van non-discriminatie behoort tot de grondrechten die deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht. Echter, dit beginsel bindt de lidstaten slechts wanneer de nationale situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (zie in die zin arrest *Chacón Navas*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56). Volgens de rechtspraak van het Hof dient de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 niet naar analogie te worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden (zie arresten *Chacón Navas*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56, en *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, punt 46). Aldus is er geen sprake van uitvoering van het Unierecht, en kan dus ook geen beroep worden gedaan op algemene beginselen van Unierecht.

Het komt wat formalistisch over om zo stellig te poneren dat op onderscheid wegens zwaarlijvigheid geen Unierecht van toepassing is, omdat zwaarlijvigheid (in extreme vorm) zo dicht aanligt tegen handicap of chronische ziekte, en het Unierecht zich daar uiteraard wel mee bezighoudt. De toepasselijkheid daarvan wordt door het Hof echter, zoals we al zagen, bij de beantwoording van de volgende vraag onderzocht. De werking van het algemene gelijkheidsbeginsel wordt aldus terughoudend toegepast.

Met deze restrictieve benadering van de werking van algemene beginselen van Unierecht handelt het Hof conform de bedoeling van de opstellers van het HGEU. Om te voorkomen dat de Europese wetgever en Europese rechter meer bevoegdheden naar zich toe zouden trekken dan thans voorzien in het VEU en VWEU, is in artikel 51 lid 1 en artikel 52 lid 5 HGEU vastgelegd dat het Handvest, alsmede de algemene beginselen opgenomen in het Handvest uitsluitend van toepassing zijn wanneer uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht (zie o.a. T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBPlus* 2014). Als daarvan wel sprake is, is het Hof minder terughoudend. Een voorbeeld is het geval van *Glatzel* (C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350), wiens rijbewijs niet verlengd werd wegens een visuele handicap.

Aangezien Richtlijn 2006/116 ziet op de harmonisering van voorschriften inzake het rijbewijs, paste het Hof in deze zaak wel artikel 20 en 21 HGEU toe. Aldus toetste het Hof of de betreffende voorwaarde aan de afgifte van een rijbewijs geen ongerechtvaardigde inbreuk maakte op het recht van gehandicapten om deel te nemen aan het verkeer. Het algemene gelijkheidsbeginsel heeft dus wel degelijk een meer dan symbolische werking in het Europese recht, maar pas wanneer is vastgesteld dat Unierecht van toepassing is.

5.2. Discriminatie op grond van zwaarlijvigheid

De tweede vraag die het Hof beantwoordt is de vraag of Kaltoft dan niet beschermd zou worden tegen ontslag wegens zwaarlijvigheid, omdat dit aangemerkt kan worden als een handicap.

In de zaak HK Danmark heeft het Hof, onder verwijzing naar het VN-Verdrag betreffende personen met een handicap, geoordeeld dat het begrip 'handicap' moet 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, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (arresten HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punten 37|39; zie hierover A.R. Houweling in AR_2013_0331; zie ook reeds arrest Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, JAR 2006/191). Thans benadrukt het Hof nog eens dat de omvang of oorzaak van de handicap daarbij niet ter zake doet, dus evenmin de vraag of iemand zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van zijn handicap. Ook is niet van belang of daadwerkelijk maatregelen zijn genomen door een werkgever om de gehandicapte tegemoet te komen. Wat echter wel van belang is, is dat er sprake moet zijn van een belemmering om aan het beroepsleven deel te nemen. Dat zou bij zwaarlijvigheid het geval kunnen zijn, bijvoorbeeld als gevolg van verminderde mobiliteit of ziekteverschijnselen.

Eenzijds kan deze uitspraak worden opgevat als een uitbreiding van de zorgplicht van werkgevers voor gehandicapten. Vast staat nu dat obesitas een handicap kan zijn, en dat betekent dat werkgevers verplicht zijn om naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hen een onevenredige belasting vormen (art. 2 WGBH/CZ resp. art. 5 Richtlijn 2000/78). Dit geldt ongeacht de oorzaak van de vetzucht. Werkgevers in Groot-Brittannië, waar de obesitas een ware epidemie dreigt te worden, klagen al dat zij nu werkplekken en taken moeten gaan aanpassen aan zwaarlijvigen (*The Guardian*, 18 december 2014).

Anderzijds laat de uitspraak echter een onverwacht gevolg zien van de gekozen omschrijving van het begrip handicap. Waddington en Gijzen merkten al in hun commentaar op Chacón Navas in 2006 op dat het Hof met zijn definitie kiest voor een 'medische' omschrijving van het begrip handicap (L.B. Waddington en M.H.S. Gijzen, '(Her)definitie van het begrip "handicap" in de EG en Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving', *NTER* 2006/12). Een door hen geprefereerd alternatief daarvoor was geweest een 'maatschappelijke' benadering van het begrip 'handicap'. Het maatschappelijke model is gebaseerd op de gedachte dat het grootste

probleem voor gehandicapten is het onvermogen van de maatschappelijke omgeving om zich aan te passen aan de mogelijkheden van de gehandicapte, hetgeen resulteert in vooroordelen, stigmatisering en uitsluiting van gehandicapten. Het nadeel van de medische benadering, constateerden zij reeds, is dat als de definitie is gebaseerd op de gezondheidstoestand van de individuele persoon, gehandicapten eerst moeten voldoen aan de criteria van de begripsomschrijving, voordat zij aanspraak kunnen maken op bescherming. Bleef dat toen wellicht een wat abstracte redenering, hier zien we precies het nadelige effect daarvan. Kaltoft moet namelijk eerst aantonen dat hij in zijn beroepsleven daadwerkelijk belemmerd werd door zijn zwaarlijvigheid, zoals een zekere vorm van disfunctioneren of uitval wegens zijn omvang. De nationale rechter moet nagaan of dat het geval was in het geval van Kaltoft. En dat zal niet makkelijk zijn, nu Kaltoft zelf nu juist van mening was dat zijn zwaarlijvigheid hem helemaal niet beperkte in zijn functioneren. Uit een interview met hem in *The Telegraph* op 18 December 2014 blijkt zijn strijdlust op dit punt:

‘Far from claiming disability, Mr Kaltoft has always insisted that he was perfectly able to do his job and hit back at reports that he was too fat to bend low enough to tie the shoelaces of the children in his care. “I took my case to court because when you get told you’re being fired because your weight is too high it hits you very personally. I don’t think that’s fair,” he told the Telegraph.’

Hoewel Kaltoft zelf deze uitspraak blijkens hetzelfde interview ervaarde als een overwinning, zal hij vermoedelijk na terugverwijzing in Denemarken het lid op de neus krijgen, juist omdat hij zelf niet als gehandicapte wil worden aangemerkt.

De benadering van het Hof heeft aldus het merkwaardige gevolg dat gehandicapten niet beschermd worden als zij worden gediscrimineerd op grond van louter onjuiste vooroordelen. Dit gevolg is onverwacht en wat mij betreft ongewenst. Een belangrijk doel van gelijkebehandelingswetgeving is juist de bescherming tegen onjuiste vooroordelen en stereotypering, en dat geldt uiteraard ook voor vooroordelen tegen dikke mensen (zie o.a. College voor de Rechten van de Mens, ‘De juiste persoon op de juiste plaats. De rol van stereotypering bij de toegang tot de arbeidsmarkt’, juli 2013, p. 20). Natuurlijk bestaat bij gehandicapten niet alleen behoefte aan bescherming tegen vooroordelen, maar ook aan een aanpassing van de werkplek zodat ze kunnen deelnemen aan de arbeid. Deze ‘materiële’ invulling van het gelijkheidsbeginsel wordt ook beoogd blijkens artikel 5 Richtlijn/artikel 2 WGBH/CZ inzake de aanpassingsverplichting. Maar dat betekent niet dat ze niet ook behoefte hebben aan bescherming tegen vooroordelen. Het Hof zou die bescherming gemakkelijk kunnen bieden door de personele werkingssfeer van het verbod van discriminatie op grond van handicap uit te breiden met personen van wie anderen verwachten dat zij vanwege een handicap een belemmering ervaren in het beroepsleven. Of het Hof had gebruik kunnen maken van de bewijslastverlichting van artikel 10 van de richtlijn, volgens welke personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, slechts feiten hoeven aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, waarna de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Deze casus leende zich goed voor deze benaderingen

maar daar heeft het Hof helaas niet voor gekozen.

5.3. Gevolgen voor nationaal recht

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft al meermalen aangenomen dat morbide obesitas *als zodanig* een chronische ziekte is (biv. oordelen 2010-131; 2011-78; 2014-158). Daarbij wordt door het College niet de eis gesteld dat de klager moet aantonen dat er sprake is van een daadwerkelijke belemmering voordat sprake is van een gehandicapte in de zin van de wet. Onder verwijzing naar het feit dat een van de doelstellingen van de WGBH/CZ nu juist is om te voorkomen dat werkgevers zich bij hun aannamebeleid laten leiden door stereotype verwachtingen en vooronderstellingen, stelt het College zelfs dat het aan de werkgever is om onderzoek te doen naar de vraag in hoeverre veronderstelde beperkingen bestaan bij de obese persoon, en of deze kunnen worden opgeheven door doeltreffende aanpassingen te doen (Oordeel 2014-158). Aldus ligt de bewijslast bij de werkgever om aan te tonen dat hij geen onjuiste vooroordelen hanteert over de aanwezigheid en gevolgen van een handicap als obesitas, in plaats van dat de bewijslast bij de werknemer ligt om aan te tonen dat er sprake is van daadwerkelijke belemmeringen. Naar mijn mening kan het CRM deze lijn vasthouden ondanks de strengere benadering van het Hof van Justitie, aangezien het de wetgever is toegestaan om gunstiger bepalingen op te nemen dan zijn voorzien in Richtlijn 2000/78 (art. 8).

5.4. Ontbindingsbeschikkingen

In het nationale recht kennen we ook enkele casus uit de ontbindingsrechtspraak waarin een werknemer werd ontslagen mede wegens zwaarlijvigheid. In alle gevallen ging het daarbij om werknemers die daadwerkelijk belemmeringen ervoeren bij de uitoefening van de arbeid. Niet alle kantonrechters achtten zich in deze zaken gebonden aan de WGBH/CZ. Hoewel de obesitas in de meeste uitspraken wel als een chronische ziekte werd aangemerkt, behandelde de kantonrechter het daarbij horende discriminatieverbod soms slechts als een 'gezichtspunt', en maakte vervolgens zijn eigen afweging. Zie bijvoorbeeld de kantonrechter te Tilburg (23 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6716, JAR 2011/289, m.nt. M.W. Koole), die overwoog: 'Nu de werkgever in de kern genomen de (terugkerende) arbeidsongeschiktheid aan de gewenste ontbinding ten grondslag legt, is artikel 4 WGBH/CZ van toepassing. Het feit dat de werkneemster zich kan beroepen op de aanwezigheid van dit bijzonder opzegverbod staat echter niet automatisch aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg (...). Ontbinding kan plaatsvinden (...) indien een situatie ontstaat die niet langer werkbaar is, of die een onevenredige belasting voor werkgever vormt, hetzij door organisatorische problemen, hetzij door andere omstandigheden.'

De WGBH/CZ verbiedt elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een handicap (art. 4 onder b), op straffe van vernietigbaarheid van de beëindiging (art. 9). Het vergewisgebod van artikel 7:685 lid 1 BW bindt de kantonrechter niet letterlijk aan dit opzegverbod, maar een richtlijnconforme interpretatie van artikel 3 lid 1 onder c Richtlijn 2000/78 (verbod van discriminatoir ontslag) brengt mijns inziens met zich dat de rechter

alsdan moet onderzoeken of de beëindiging van de overeenkomst verboden is wegens strijd met het discriminatieverbod. Gaat het om indirecte discriminatie, dan kan de beëindiging gerechtvaardigd zijn, mits er sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Gaat het om directe discriminatie, dan kan de overeenkomst alleen beëindigd worden als de werknemer in kwestie niet meer voldoet aan een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is (art. 4 lid 1 Richtlijn 2000/78). Wel moet daarbij rekening worden gehouden met de verplichting om doeltreffende aanpassingen te doen (art. 5). In de Tilburgse zaak was er bij de doktersassistente geen sprake van ongeschiktheid voor een wezenlijk functievereiste. Er was (slechts) sprake van een zekere te verwachten uitval door geplande operaties, terwijl zij verder goed functioneerde. Met mij twijfelde annotator M.W. Koole of in dit geval wel gezegd kon worden dat het zoeken van vervanging tijdens haar afwezigheid in redelijkheid niet meer van de werkgever geveerd kon worden.

Ook de kantonrechter te Zwolle hanteerde zijn eigen toetsingskader bij ontslag wegens obesitas (Kantonrechter Zwolle 4 november 2011, *JAR* 2011/309). Het ontbindingsverzoek van de werkgever, productief in de verpakkingindustrie, met een obese werknemer, werd in deze zaak afgewezen omdat de werknemer niet duidelijk genoeg was gezegd dat hij gewicht diende te verliezen. Daarmee werd de werkgever in wezen afgerekend op het niet nakomen van een zorgplicht c.q. waarschuwingsplicht. Dit argument past niet goed bij het toetsingskader van de WGBH/CZ. De uitkomst is wel in overeenstemming daarmee aangezien de arbeidsovereenkomst niet beëindigd werd. De vraag is wat het gevolg zou zijn als de kantonrechter had geoordeeld dat de werknemer wel voldoende was gewaarschuwd, zodat de overeenkomst kon worden ontbonden. Van de obese werknemer die de bedongen arbeid nog gewoon kan verrichten kan mijns inziens niet gevraagd worden om zijn levensstijl aan te passen, omdat dat discriminatoir zou zijn – maar het Hof van Justitie zou in dat geval blijkens het Kaltoft-arrest zeggen dat hij niet gehandicapt is, zodat deze werknemer zijn bescherming niet aan het recht op gelijke behandeling kan ontnemen. In dat geval kan hij zijn bescherming wellicht ontnemen aan het recht op privacy (art. 8 EVRM), en de beperkte zeggenschap van de werkgever over zijn privéleven (zie hierover o.a. mijn dissertatie *Werk en privé* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 9).

In het geval er sprake is van uitval of veelvuldig ziekteverzuim als gevolg van obesitas, dan kan naar nationaal recht een andere route gevolgd worden, namelijk die van de reflexwerking van het opzegverbod bij ziekte (art. 7:670 lid 1 BW). Dat gebeurde in de uitspraak van de kantonrechter te Leiden (22 augustus 2012, *JAR* 2012/303) inzake een obese vorkheftruckchauffeur die geleidelijk aan steeds meer administratief werk was gaan doen. De kantonrechter oordeelde dat het (nog steeds) van de werkgever te vergen viel om de werknemer passende arbeid aan te bieden. Hoewel bij deze route niet expliciet acht werd geslagen op het toetsingskader van de WGBH/CZ, zal de toetsing aan artikel 7:670 lid 1 BW en de re-integratieverplichtingen bij ziekte mijns inziens doorgaans in overeenstemming zijn met de verplichtingen uit de WGBH/CZ. Bij de beoordeling of is voldaan aan re-integratieverplichtingen wordt immers ook bekeken welke aanpassingen van de werkgever te

vergen zijn, met inachtneming van de duur en de te verwachten uitkomst daarvan.

In een uitspraak van de kantonrechter te Groningen (28 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2793, JAR 2014/184) werd wel het stramien van de WGBH/CZ gevolgd. Het ging hier opvallend genoeg net als in het Kaltoft-arrest om een mannelijke medewerker die al sinds 1981 werkte als groepsleider bij een kinderdagcentrum met een BMI van > 69 (bijna het drievoud van hetgeen als een gezond gewicht wordt beschouwd). Niet betwist was dat er sprake was van chronische ziekte, maar volgens de kantonrechter voldeed de werknemer niet aan de wezenlijke beroepsvereisten, omdat hij niet meer in staat was om activiteiten met de kinderen in zijn groep te ondernemen. Nadat was vastgesteld dat een redelijke aanpassing aan deze omstandigheid ook niet mogelijk was, werd dit aangemerkt als een toereikende rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 3 lid 2 WGBH/CZ. Strikt genomen is artikel 3 lid 2 alleen van toepassing bij indirecte discriminatie, en niet bij directe zoals hier het geval was. De redenering van de kantonrechter had aldus eigenlijk moeten luiden dat er geen sprake was van directe discriminatie omdat de werknemer niet aan een wezenlijk beroepsvereiste voldeed.

5.5. Discriminatoire ontbinding in de Wwz

Per 1 juli 2015 zal als bekend de Wet werk en zekerheid (Wwz) in werking treden, waardoor de ontbindingspraktijk van artikel 7:685 BW zal verdwijnen. In de Wwz worden ontbindingsverzoeken als deze veel strakker ingekaderd door het vereiste dat de werkgever zijn verzoek op een van de limitatief opgesomde gronden van artikel 7:669 lid 3 BW dient te baseren (zie ook art. 7:671b BW). In het geval van de obese werknemer zal het dan moeten gaan om ofwel langdurige ziekte (onder b), veelvuldig ziekteverzuim (onder c), of ongeschiktheid anders dan door ziekte of gebreken (onder d). Aan de voorwaarden, in deze gronden gesteld, zal in ieder geval voldaan moeten worden. Het is blijkens het voorgaande goed mogelijk dat tegelijkertijd ook een opzegverbod wegens handicap van toepassing is. Artikel 7:671b lid 6 nieuw BW maakt het mogelijk de overeenkomst dan toch te ontbinden, indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben, waarbij een billijke vergoeding kan worden toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (lid 8 onder c). Onder omstandigheden kan ook een beroep op artikel 7:681 (nieuw) BW in de rede liggen, bijvoorbeeld bij opzegging op bedrijfseconomische gronden, waarvan de werknemer meent dat deze in strijd is met het opzegverbod op grond van de WGBH/CZ, zoals in de Deense casus het geval was. De werknemer kan in dat geval volgens artikel 7:681 lid 1 (nieuw) BW de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen. De regering noemde discriminatie als grond voor toekenning van een billijke vergoeding (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34*).

Deze bepalingen moeten in geval van toepasselijkheid van een Europeesrechtelijk discriminatieverbod, richtlijnconform geïnterpreteerd worden. Dat brengt mee dat de kantonrechter (ook) moet toetsen of de beëindiging van de arbeidsrelatie al dan niet in strijd is met een discriminatieverbod met behulp van het daarbij horende toetsingskader. Wordt de

arbeidsrelatie beëindigd in strijd met een discriminatieverbod, dan moet de toegekende vergoeding een afschrikwekkend effect hebben (zie daarover mijn bedrage 'Geen verlenging wegens zwangerschap, wat nu?', *TAP* 2014/7). Obese werknemers kunnen aldus alleen ontslagen worden wegens obesitas als zij niet meer voldoen aan wezenlijke beroepsvereisten en redelijke aanpassingen van het werk of de werkplek niet meer mogelijk zijn, of als alternatief, als het ontslag met een voldoende afschrikwekkende vergoeding wordt gecompenseerd.