

Overlap, verschil en verband tussen ziekte en handicap: Europese ontwikkelingen en de betekenis voor discriminatoir ontslag

mr. dr. Albertine Veldman*

1. Inleiding

Het is lang niet altijd duidelijk of iemand een ziekte of een handicap heeft. Toch is dat van belang, want een werknemer met een handicap heeft vaak een ruimere rechtsbescherming dan een zieke werknemer.¹ Dat geldt zeker bij ontslag. Ontslag wegens handicap is een discriminatoir ontslag en daarmee vernietigbaar. Ontslag wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid is onder voorwaarden echter mogelijk op de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) of de c-grond (veelvuldig ziekteverzuim). Het verschil of de overlap tussen ziekte en handicap kan eveneens van belang zijn bij het proeftijdontslag wegens ziekte of het niet voortzetten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wegens ziekte. Het arbeidsrecht biedt hier geen bescherming, tenzij de ziekte als handicap kan worden aangemerkt. In dat geval staat beroep open op de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz).

Naast het verschil tussen ziekte en handicap roept ook een mogelijk *verband* tussen beide begrippen vragen op. Indien bijvoorbeeld ziekteverzuim het directe gevolg is van een handicap, betekent dat dan dat ‘handicap-gereleerde’ ziekteperioden buiten beschouwing moeten blijven bij ontslagregels omtrent ziekte (zoals dat ook geldt voor zwangerschapsgereleerde perioden²)? Of is er alleen een indirect onderscheid dat objectief te rechtvaardigen valt? Of moet, nu het om handicap gaat, alleen gekeken worden of door de werkgever doeltreffende aanpassingen zijn verricht waardoor met de handicap verbonden ziekteverzuim voorkomen had kunnen worden? Kortom, in hoeverre is sprake van discriminatoir ontslag wanneer het ontslag van de gehandicapte werknemer is gegrond op ziekte of arbeidsongeschiktheid, en hoe moet dat precies getoetst worden?

In deze bijdrage staan twee vragen centraal, namelijk in hoeverre de begrippen ziekte en handicap elkaar overlappen en of een ontslag wegens ziekte geoorloofd is

wanneer de ziekte tevens een handicap vormt. Aan bod komt de Europese rechtsontwikkeling op dit gebied en de betekenis hiervan voor de Nederlandse ontslagpraktijk. Aanleiding is de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (verder: Hof) van 11 september 2019 in de zaak DW/Nobel Plastiques Ibérica (verder: *Nobel*). In deze zaak vervolgt het Hof de weg waarbij de begrippen handicap en ziekte steeds meer overlap vertonen. Met betrekking tot de toetsingswijze van een eventueel discriminatoir ontslag op grond van ziekte(verzuim) lijkt een nieuwe weg te worden ingeslagen. Hieronder wordt allereerst ingegaan op de voorafgaande ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof ten aanzien van het begrip handicap en de toetsing van een ‘arbeidsongeschiktheidsontslag’ wanneer er een samenhang bestaat tussen de ziekte en de handicap van de werknemer. Daarna wordt de Nobel-zaak weergegeven en volgt een bespreking daarvan, waarbij ook het mogelijke belang voor de Nederlandse rechtspraktijk aan bod komt.

2. Voorafgaande rechtsontwikkeling

2.1. Wettelijk kader

Het verbod op discriminatie op grond van handicap is neergelegd in Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Kaderrichtlijn). De richtlijn verbiedt discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Voor wat betreft de grond van handicap is de richtlijn geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte. Zowel de Nederlandse als Europese wetgeving geven geen definitie van het begrip handicap. Beide wetgevers veronderstelden dat het begrip aan maatschappelijke verandering onderhevig is en dat het daarom aan de rechtspraktijk overgelaten moet worden het begrip in te vullen.³ Wel strekt de Wgbh/cz zich naast handicap ook uit tot chronische ziekte. Het verschil is dat een handicap in beginsel permanent is,

* Albertine Veldman is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1. D.C. Houtzager, ‘Meer duidelijkheid over het begrip “handicap”’, *Handicap & Recht* 2017, nr. 1, p. 22-26.
2. Art. 7:670 lid 1 BW.

3. Houtzager 2017, p. 22; P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Den Haag: Boom 2018, p. 167.

terwijl chronische ziekte langdurig is maar herstel niet hoeft uit te sluiten.⁴

De Kaderrichtlijn verbiedt directe en indirecte discriminatie in het arbeidsproces op alle genoemde gronden (art. 2 lid 1 en 2 Kaderrichtlijn). Uitsluitend met betrekking tot personen met een handicap kent artikel 5 Kaderrichtlijn een aparte verplichting om te voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, indien nodig, passende maatregelen moet treffen om de werkplek zo aan te passen dat de gehandicapte werknemer in staat wordt gesteld aan het arbeidsproces deel te nemen, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. In de Wgbh/cz wordt gesproken van ‘doeltreffende aanpassingen’. Het niet voorzien in dergelijke aanpassingen is, anders dan in de Kaderrichtlijn, een vorm van discriminatie (art. 2 lid 1 Wgbh/cz).

2.2. Chacón Navas-arrest

2.2.1. Overlap en verschil tussen ziekte en handicap

In het arrest Chacón Navas uit 2006 geeft het Hof voor het eerst uitleg aan het begrip handicap.⁵ De verwijzende rechter wil weten of ontslag wegens ziekte onder de bescherming van de richtlijn valt. Het Hof bepaalt dat het begrip handicap dient te worden opgevat als ‘een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert’. Voorts moet het gaan – gezien het belang dat in de richtlijn aan maatregelen ter aanpassing van de werkplek wordt gehecht – om gevallen waarin de deelneming aan het beroepsleven voor een lange periode wordt belemmerd. Een beperking kan dus slechts een ‘handicap’ zijn indien het waarschijnlijk is dat deze van lange duur is. Door het gebruik van het begrip ‘handicap’ in artikel 1 Kaderrichtlijn heeft de wetgever bewust gekozen voor een term die verschilt van de term ‘ziekte’, aldus het Hof. Een eenvoudige gelijkstelling van de twee begrippen is dus uitgesloten.⁶ Hieruit volgt dat een persoon die uitsluitend wegens ziekte door zijn werkgever is ontslagen, niet onder de bescherming van de richtlijn valt.⁷

2.2.2. Verband tussen handicap en ziekte bij ontslag

Voor zover het gaat om bescherming van een gehandicapte werknemer tegen ontslag wegens ziekte maakt het Hof in hetzelfde arrest duidelijk dat uit de considerans volgt dat de richtlijn niet vereist ‘dat iemand in dienst gehouden wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betrokken functie uit te voeren, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien’. Het discriminatieverbod op grond van handicap, zoals neergelegd in de richtlijn, verzet zich dus niet tegen een dergelijk ontslag.⁸

2.3. De arresten HK Danmark, Daouidi en Ruiz Conejero

2.3.1. Overlap en verschil tussen handicap en ziekte

Het arrest *HK Danmark* uit 2013 brengt een belangrijke wijziging in de definitie van handicap.⁹ Werkneemster Ring was tussen 6 juni 2005 en 24 november 2005 meermaals afwezig wegens ziekte.¹⁰ Volgens de doktersattesten leed zij aan onbehandelbare rugpijn. Zij kon nog wel in deeltijd werken, maar het was onmogelijk om te voorstellen of en vanaf wanneer zij opnieuw voltijds zou kunnen werken. Op 24 november 2005 is zij ontslagen wegens arbeidsongeschiktheid. Het Deense recht kent een ‘arbeidsongeschiktheidsontslag’ dat opzegging met een verkorte termijn mogelijk maakt wanneer een werknemer in de laatste twaalf maanden gedurende 120 dagen met ziekteverlof is geweest met behoud van loon. Een eerste vraag van de Deense rechter luidt of een ongeneeslijke ziekte dan wel een tijdelijke ziekte onder het begrip handicap valt. In antwoord hierop introduceert het Hof allereerst een nieuwe definitie van handicap, gebaseerd op het VN-Gehandicaptenverdrag. Na het arrest *Chacón Navas* heeft de EU in 2010 het genoemde verdrag geratificeerd waardoor het deel is gaan uitmaken van de rechtsorde van de Unie. Richtlijn 2000/78 moet daarom zo veel mogelijk in overeenstemming met dit verdrag worden uitgelegd, aldus het Hof. Dit betekent dat het begrip ‘handicap’ moet worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.¹¹ Een ongeneeslijke ziekte, zowel als een geneeslijke (tijdelijke) ziekte, valt derhalve onder het begrip ‘handicap’ indien die ziekte tot een dergelijke beperking leidt, en de beperking langdurig is. Handicap is niet beperkt tot aangeboren handicaps, aldus het Hof, maar strekt zich ook uit tot handicaps die het gevolg zijn van ziekte of ongeval. Het zou immers in strijd zijn met het doel van gelijke behandeling indien de toepasselijkheid afhankelijk zou zijn van de oorzaak van de handicap.¹²

Waar in *Chacón Navas* de begrippen ziekte en handicap elkaar nog leken uit te sluiten, leidt *HK Danmark* tot meer overlap tussen de op zichzelf genomen verschillende begrippen. Hetzelfde geldt voor de begrippen handicap en (tijdelijke) arbeidsongeschiktheid als gevolg van een ongeval, zoals blijkt uit de Spaanse zaak *Daouidi* uit 2016.¹³

Daouidi werkt als keukenhulp op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Tijdens het werk glijdt hij uit op de keukenvloer van het restaurant en ontwricht

4. Vas Nunes 2018, p. 168.

5. HvJ EG 11 juli 2006, C-13/05, *EHRC* 2006/114, m.nt. Van Gulik, *JAR* 2006/191, *NJ* 2007, 496.

6. *Chacón Navas*, r.o. 44.

7. *Chacón Navas*, r.o. 47.

8. *Chacón Navas*, r.o. 49-51.

9. HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*), *JAR* 2013/142, m.nt. Laagland.

10. Het betreft hier de verzoekster in zaak C-335/11.

11. *HK Danmark*, r.o. 38-39.

12. *HK Danmark*, r.o. 40.

13. HvJ EU 1 december 2016, C-395/15 (*Daouidi*), *JAR* 2017/20, *EHRC* 2017/29, m.nt. Waddington.

daarbij zijn elleboog. Zijn arm moet in gips worden gezet en hij kan zijn werk niet meer uitvoeren. Na zes weken wordt hij met onmiddellijke ingang ontslagen omdat hij onvoldoende presteert. De verwijzende rechter veronderstelt dat de werkelijke reden van het ontslag de voor onbepaalde tijd aanhoudende ‘tijdelijke’ arbeidsongeschiktheid is en wil weten of dit een discriminatoir ontslag wegens handicap oplevert.

Het Hof herhaalt dat onder de richtlijn ook door een ongeval veroorzaakte handicaps vallen. Vervolgens wordt geconstateerd dat de ontwrichting van de elleboog van Daouidi in beginsel omkeerbaar is.¹⁴ De omkeerbaarheid van de ziekte en de tijdelijkheid van de arbeidsongeschiktheid betekenen echter niet dat geen sprake is van een handicap. Volgens het Hof ondervindt Daouidi een functiebeperking die het gevolg is van een lichamelijke aandoening. Om te bepalen of dit een handicap in de zin van de richtlijn oplevert, moet derhalve worden onderzocht of die functiebeperking ‘langdurig’ is. Dit begrip moet autonoom worden uitgelegd en kan niet afhankelijk zijn van het feit dat betrokkene als tijdelijk arbeidsongeschikt wordt aangemerkt volgens de nationale wetgeving.¹⁵ Aanwijzingen voor de rechter om te bepalen of een beperking langdurig is, zijn volgens het Hof of er op het moment van het ontslag geen duidelijk vooruitzicht bestaat op het herstel van de werknemer op de korte termijn en daarnaast of de ongeschiktheid tot werken lang kan voortduren. De rechter moet zich daarbij baseren op de beschikbare (objectieve) medische gegevens van deze werknemer.

68

2.3.2. Verband tussen handicap en ziekte bij ontslag

Of het ontslag van Daouidi ook een discriminatoir ontslag oplevert wanneer zou blijken dat zijn arbeidsongeschiktheid inderdaad ‘langdurig’ is, wordt niet inhoudelijk beantwoord door het Hof. Het volstaat met erop te wijzen dat een nadelige behandeling op grond van handicap slechts in strijd met de richtlijn is voor zover zij discriminatie oplevert in de zin van artikel 2 lid 1.¹⁶ In *HK Danmark* wordt deze vervolgvraag wel behandeld. Het ging in *HK Danmark*, zoals gezegd, om een werkneemster met onbehandelbare rugpijn die nog wel in deeltijd kon werken. Dit werk wordt haar echter niet aangeboden. In plaats daarvan wordt haar arbeids-overeenkomst, overeenkomstig de Deense ontslagregeling in het geval van zieke werknemers, met een verkorte opzegtermijn beëindigd nadat ze in de laatste twaalf maanden gedurende 120 dagen met ziekteverlof is geweest met behoud van loon.

Het Hof gaat eerst in op de vraag of het ontslag discriminatoir is wanneer de perioden van ziekteverzuim zijn veroorzaakt door het gebrek van de werkgever om in redelijke aanpassingen te voorzien. Het antwoord daarop is bevestigend. Daarvóór had het Hof al uitgesproken dat het aanbieden van de mogelijkheid om in deeltijd te werken een redelijke aanpassing in de zin van artikel 5

vormt. De werkgever had dit bestreden omdat de richtlijn zich niet verzet tegen het ontslag van een gehandicapte werknemer die niet beschikbaar is om de essentiële taken van de betrokken functie uit te voeren, en werkneemster Ring niet volledig beschikbaar is. Het Hof wijst echter onder meer op overweging 20 uit de considerans. Hieruit blijkt dat redelijke aanpassingen bijvoorbeeld aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, taakverdeling of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen kunnen zijn. ‘Aangezien punt 20 (...) dus niet enkel materiële maar ook organisatorische aanpassingen verlangt en het begrip “arbeidsritme” moet worden begrepen als het tempo waarin of de snelheid waarmee de arbeid wordt verricht, valt niet uit te sluiten dat een arbeidstijdvermindering een van de in artikel 5 van deze richtlijn bedoelde maatregelen kan vormen.’¹⁷

Ten slotte toetst het Hof – onder de aanname dat wel in redelijke aanpassingen is voorzien – of de ontslagregeling van een zieke, gehandicapte werknemer na 120 dagen ziekteverlof met behoud van loon, discriminatoir is als het ziekteverzuim (deels) het gevolg is van handicap. Er is geen sprake van direct onderscheid volgens het Hof, want de ontslagregeling bij ziekte geldt op een gelijke wijze voor gehandicapte en niet-gehandicapte werknemers. Wel is sprake van indirect onderscheid omdat gehandicapte werknemers een verhoogd risico lopen om wegens ziekte afwezig te zijn, aldus het Hof.¹⁸ Op grond van artikel 2 lid 2 sub b onder i moet worden gekeken of dit objectief gerechtvaardigd wordt. Het Hof acht de doelstelling van het arbeidsongeschiktheidsontslag wegens ziekte legitiem. ‘De verkorte opzegtermijn stimuleert werkgevers om werknemers aan te werven die een bijzonder ziekterisico lopen door aan hen de mogelijkheid te geven van een versneld ontslag indien de werknemers zeer lang afwezig zijn.’¹⁹ Daartegenover staat dat deze werknemers tijdens hun ziekte hun baan kunnen behouden. De 120 dagen-termijn lijkt een geschikt middel, maar de nationale rechter dient na te gaan of de wetgever voldoende rekening heeft gehouden met de bijzondere behoeften van gehandicapten die in het algemeen meer moeite hebben om een nieuwe werkring te vinden. Verwezen wordt naar het *Odar*-arrest waarin een (gedeeltelijke) pensioenaftopping van een ontslagvergoeding bij reorganisatie passend en noodzakelijk was voor oudere werknemers, maar niet voor oudere arbeidsgehandicapten.²⁰

In de zaak *Ruiz Conejero* uit 2018 wordt een vergelijkbaar (Spaans) arbeidsongeschiktheidsontslag getoetst.²¹ Deze regeling rechtvaardigt ontslag wanneer een nader bepaald aantal verzuimdagen wegens onder andere ziekte is overschreden. *Ruiz Conejero* is werkzaam als schoonmaker. Hij is een erkend arbeidsgehandicapte als

14. *Daouidi*, r.o. 46.

15. *Daouidi*, r.o. 52.

16. *Daouidi*, r.o. 58.

17. *HK Danmark*, r.o. 55.

18. *HK Danmark*, r.o. 76.

19. *HK Danmark*, r.o. 78.

20. HvJ EU 6 december 2012, C-152/11, *JAR* 2013/19, m.nt. Koster.

21. HvJ EU 18 januari 2018, C-270/16, *JAR* 2018/55.

gevolg van onder meer zwaarlijvigheid. Na verschillende verzuimperioden als gevolg van ziekte die samenhangt met zijn handicap, wordt hij conform de genoemde ontslagregeling ontslagen.

Het Hof constateert dat de ontslagregeling indirect onderscheid op grond van handicap maakt omdat een gehandicapte werknemer in principe een groter risico loopt op ontslag. In vergelijking met een werknemer zonder handicap loopt een werknemer met een handicap immers het bijkomende risico om afwezig te zijn wegens een ziekte die verband houdt met zijn handicap. Daardoor loopt hij een verhoogd risico op ziekteverzuim, en dus op het bereiken van de genoemde maxima van de regeling.²²

Precies zoals in *HK Danmark* het geval was, gaat het Hof vervolgens na of het indirecte onderscheid op grond van artikel 2 lid 2 sub b onder i objectief gerechtvaardigd wordt.²³ Het doel, zijnde de bestrijding van absentisme op het werk, is op zichzelf legitiem aangezien het om een beleidsmaatregel inzake werkgelegenheid gaat. Bij de beoordeling van de evenredigheid van het middel moet de verwijzende rechter onderzoeken of de Spaanse wetgever heeft nagelaten rekening te houden met een aantal relevante factoren die in het bijzonder werknemers met een handicap betreffen, aangezien zij doorgaans meer moeite hebben dan werknemers zonder handicap om een nieuwe werkkring te vinden.²⁴ Hoewel de regeling bepaald ziekteverzuim buiten beschouwing laat, moet vastgesteld worden dat dit niet ziet op alle situaties waarin sprake is van een 'handicap', aldus het Hof. Bij de beoordeling dient ten slotte ook rekening te worden gehouden met de plicht om redelijke aanpassingen te treffen. Dergelijke aanpassingen kunnen immers de door de handicap veroorzaakte nadelen, met inbegrip van eventuele aan de handicap verbonden ziekten, voorkomen of compenseren.²⁵

3. Het Nobel-arrest

In de recente uitspraak van het Hof van 11 september 2019 in de zaak van werknemer DW tegen Nobel Plásticos Ibérica S.A. (verder: *Nobel-arrest*)²⁶ komen opnieuw de twee vragen aan de orde die onderwerp zijn van deze bijdrage, namelijk wanneer ziekte ook een handicap is en of het ontslag van de gehandicapte werknemer wegens ziekte discriminatoir is wanneer de ziekte tevens een handicap vormt.

3.1. Feiten en vragen

Werkneemster DW is op 1 juli 2004 bij de werkgever in dienst getreden. Zij had als taak de assemblage van plastic buizen. Op 12 september 2011 is vastgesteld dat zij

aan epicondylitis (tenniselleboog) lijdt. Haar aandoening is aangemerkt als 'beroepsziekte' en per 15 december 2011 is de werkneemster erkend als een 'werknemer die bijzonder gevoelig is voor beroepsrisico's' in de zin van de Spaanse wet ter preventie van beroepsrisico's. In de jaren daarna is DW gedurende meerdere perioden tijdelijk arbeidsongeschikt geweest vanwege haar ziekte. In 2016 is DW meermaals bij de medische dienst geweest in verband met pijn in haar elleboog en heeft zij meerdere malen gevraagd om aanpassing van haar taken. De medische dienst heeft haar na elke werkhervatting steeds arbeidsgeschikt verklaard met beperkingen voor haar eigen functie. In het jaar 2016 is zij bij voorkeur ingezet voor taken gerelateerd aan de bewerking van kleine buizen, omdat dit minder bezwaarlijk was.

Eind 2016 stelt de werkgever vanwege een voorgenomen bedrijfseconomisch ontslag vier ontslagcriteria vast die zien op het jaar 2016: werkzaam in de assemblage, een productiviteit van minder dan 95%, een lage inzetbaarheid en een hoog ziekteverzuim. DW voldoet aan deze criteria en wordt in 2017 met negen andere werknemers om bedrijfseconomische redenen ontslagen. DW vecht het ontslag aan. De arbeidsinspectie stelt voor om Nobel een sanctie op te leggen omdat de werkgever geen maatregelen heeft getroffen om de taken van DW zodanig aan te passen dat zij verenigbaar waren met haar gezondheidstoestand.

De verwijzende rechter vraagt ten eerste of werknemers die zijn aangemerkt als bijzonder gevoelig voor bepaalde beroepsrisico's kunnen worden beschouwd als personen met een handicap in de zin van de Kaderrichtlijn wanneer zij om die reden bepaalde taken niet kunnen vervullen. Ten tweede wil de rechter weten of het ontslag op grond van de criteria productiviteit, inzetbaarheid en ziekteverzuim een directe of indirecte discriminatie vormt wanneer de werknemer als gevolg van zijn handicap moeite heeft om het vereiste productiviteitsniveau te halen, niet in alle functies inzetbaar is en een hoog ziekteverzuim heeft gehad.

3.2. Oordeel van het Hof

Het Hof onderzoekt eerst of de gezondheidstoestand van een werknemer die is aangemerkt als iemand die bijzonder gevoelig is voor beroepsrisico's in de zin van het nationale recht, valt onder het begrip 'handicap' in de zin van die richtlijn. Dat is het geval als sprake is van 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. Volgens het Hof blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de werkneemster door een ziekte langdurig beperkt is in haar arbeidsgeschiktheid als gevolg van een lichamelijke aandoening.²⁷ Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze gezond-

22. Ruiz Conejero, r.o. 39.

23. Ruiz Conejero, r.o. 40.

24. Ruiz Conejero, r.o. 50-51.

25. Ruiz Conejero, r.o. 54-55.

26. HvJ EU 11 september 2019, C-397/18, JAR 2019/257, m.nt. Bruyninckx; TRA 2019/112, m.nt. Gundt.

27. Nobel, r.o. 47.

heidstoestand heeft geleid tot een beperking die voldoet aan de genoemde uitleg van het begrip handicap.²⁸

Met betrekking tot de selectiecriteria productiviteit, multi-inzetbaarheid en ziekteverzuim geldt dat zij zonder onderscheid van toepassing zijn op personen met en zonder een handicap. Bijgevolg is er geen directe discriminatie, aldus het Hof. Wel leveren de selectiecriteria indirecte discriminatie op. Wat betreft in het bijzonder het criterium van ziekteverzuim meent het Hof dat een gehandicapte werknemer in beginsel een groter risico loopt op een hoog ziekteverzuim dan een 'gewone' werknemer, vanwege het bijkomende risico om afwezig te zijn wegens een ziekte die verband houdt met zijn handicap. Het ontslagcriterium is daarom indirect nadelig. Dit geldt ook voor de ontslagcriteria die zijn gebaseerd op productiviteit en multi-inzetbaarheid, omdat de kans dat een werknemer met een handicap wegens de beperking van zijn geschiktheid goede resultaten behaalt in beginsel minder groot is dan in het geval van een werknemer zonder handicap.²⁹

Hoewel op grond van de eerder besproken rechtspraak te verwachten zou zijn dat het Hof vervolgens nagaat of het indirect onderscheid op grond van artikel 2 lid 2 sub b onder i objectief gerechtvaardigd kan worden, gaat het Hof hier geheel niet op in. In plaats daarvan wordt gewezen op artikel 2 lid 2 sub b onder ii. Hierin wordt, in de woorden van het Hof, bepaald dat er sprake is van indirecte discriminatie tenzij de werkgever krachtens de nationale wetgeving verplicht is passende maatregelen te nemen die overeenkomen met de in artikel 5 vervatte beginselen.³⁰ Het Hof licht toe dat met de in artikel 5 bedoelde 'redelijke aanpassingen' de verwijdering wordt bedoeld van de verschillende drempels die personen met een handicap beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Indien de verwijzende rechter tot de conclusie komt dat de werkgever niet heeft voorzien in redelijke aanpassingen dan vormt het ontslag op basis van de genoemde selectiecriteria een (verboden) indirecte discriminatie. Heeft de werkgever daarentegen wel voorzien in redelijke aanpassingen dan kan niet worden geoordeeld dat het ontslag indirecte discriminatie vormt.³¹ De Richtlijn eist namelijk niet dat iemand in dienst wordt gehouden die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te oefenen, ervan uitgaande dat is voorzien in redelijke aanpassingen.

4. Bespreking

4.1. Overlap en verschil tussen handicap en ziekte

4.1.1. Maatschappelijke definitie

De *Nobel*-uitspraak bevestigt, als het om de uitleg van het begrip handicap gaat, de lijn van de rechtspraak zoals hiervoor is besproken. Sinds het *HK Danmark*-arrest sluit die uitleg nauw aan bij het VN-Gehandicaptenverdrag. Kenmerkend voor de 'nieuwe' definitie van handicap is dat deze meer op een 'maatschappelijk model' dan op een 'medisch model' van handicap berust.³² De definitie uit *Chacón Navas* leek zich vooral te richten op de medische aandoening zelf, en niet op praktische drempels in de samenleving. Binnen het maatschappelijke model is niet bepalend of een bepaalde aandoening of ziekte in zichzelf als 'handicap' moet worden beschouwd; het doorslaggevende criterium betreft de beperkingen die iemand ondervindt in zijn omgeving als gevolg van de aandoening.³³ Doordat de nadruk in de definitie is verschoven naar het vaststellen van een beperking als gevolg van de wisselwerking tussen een aandoening en praktische drempels, lijkt de oorzaak van die aandoening er minder toe te doen. Een handicap hoeft niet aangeboren te zijn, maar kan ook het gevolg zijn van een ongeval of ziekte. Zelfs een tijdelijke of omkeerbare ziekte sluit een handicap niet uit, mits de beperking 'langdurig' is (*Daouidi*). Het begrip handicap uit de Kaderrichtlijn lijkt daarmee ook het begrip 'chronische ziekte' uit de Wgbh/cz (zie § 2.1) in te sluiten en waarschijnlijk nog wel meer.³⁴ Het College voor de Rechten van de Mens (CRM) en de Nederlandse rechter hebben onder het ruime begrip van handicap en chronische ziekte onder andere al verstaan: ADHD, bekkeninstabiliteit, suikerziekte, astma, manische depressie, dyslexie, dyscalculie, whiplash, RSI, autisme en HIV.³⁵ Ook obesitas of een verslaving kunnen onder omstandigheden een handicap zijn.³⁶ Omdat soms wordt aangenomen dat dit niet zozeer ziektes zijn maar een probleem dat door toedoen van de werknemer zelf is ontstaan, is het meer omstrede of in dergelijke situaties de werkgever voor dit 'probleem' doeltreffende aanpassingen moet treffen.³⁷

28. *Nobel*, r.o. 50.

29. *Nobel*, r.o. 57-60.

30. *Nobel*, r.o. 62.

31. *Nobel*, r.o. 71 en 73.

32. Hierover o.a. Houtzager 2017; A.C. Hendriks, 'Hof van Justitie ontwikkelt nieuwe visie op begrip handicap – en daarmee op non-discriminatie-recht?', *NtER* 2015-7, p. 232-236 en L. Waddington, 'Chacón Navas v. Eures Colectividades SA', *Common Market Law Review* 2007, p. 487.

33. J.H. Gerards, noot bij *HK Danmark*, *EHRC* 2013/133.

34. A.R. Houweling, noot bij *HK Danmark*, *AR* 2013-0331 (*AR-Updates*).

35. Vas Nunes 2018, p. 169. Zie aldaar voor meer vindplaatsen.

36. CGB 2004-107; Ktr. Tilburg 23 september 2011, *JAR* 2011/289; Ktr. Zwolle 4 november 2011, *JAR* 2011/309; Ktr. Leiden 22 augustus 2012, *JAR* 2012/303; Ktr. Groningen 28 mei 2014, *JAR* 2014/184; HvJ EU 18 december 2014, C-354/13 (*Kaltoft*), *JAR* 2015/37; HvJ EU 18 januari 2018, C-270/16 (*Ruiz Conejero*), *JAR* 2018/55.

37. Hierover o.m. E.A. Jacz, 'De arbeidsrechtelijke stand van zaken rondom obesitas', *AR* 2017, 51; S.F. Sagel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluit voor het arbeidsrecht?', *AR* 2009, 24 (deel 1) en *AR* 2010, 2 (deel 2).

4.1.2. Langdurige ongeschiktheid

Een ruim begrip van handicap leidt in beginsel tot een grotere overlap tussen ziekte en handicap. Weliswaar moet in dat geval de ziekte in wisselwerking met diverse drempels ook nog een langdurige beperking opleveren om tevens als handicap te gelden. Maar als we gemakshalve over ‘ziekte’ spreken in het arbeidsrecht, bedoelen we eigenlijk ‘de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte’.³⁸ Van een functiebeperking zal daarom bij ziekte bedoeld in een arbeidsrechtelijke zin gemakkelijk sprake zijn. Dit blijkt ook uit *Nobel*, waarin arbeidsongeschiktheid als gevolg van een tennisleboog tot een handicap kan leiden.

Doorslaggevend voor de vraag of arbeidsongeschiktheid wegens ziekte ook een handicap oplevert, lijkt daarom met name de vaststelling of de ziekte of aandoening ‘langdurig’ is. Dit is niet eenvoudig vast te stellen. Moet iemand zijn leven lang hinder hebben van de gevolgen van een ziekte? Of enkele jaren? De aanwijzingen die het Hof geeft, hoewel niet erg concreet, lijken geen torenhoge drempels op te werpen: het gaat erom of er geen duidelijk vooruitzicht bestaat op herstel op korte termijn en het dient (objectief) bekend te zijn dat de ongeschiktheid lang *kan* (cursivering auteur) voortduren. Beide aanwijzingen betreffen in feite verwachtingen zoals die bestaan op het moment van de vermeende discriminatoire handeling. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat discussie met name mogelijk is bij aandoeningen als bijvoorbeeld een hartinfarct of kanker.³⁹ Indien de aandoening niet langdurig zou zijn en daarmee geen handicap, kan op grond van de Wgbh/cz echter nog sprake zijn van een *vermeende* handicap omdat de werkgever ten onrechte meent dat de aandoening duurzaam is.⁴⁰ Omdat het niet duidelijk is of het begrip handicap uit de richtlijn ook vermeende handicap omvat, moet aangenomen worden dat de Wgbh/cz op dit punt dus verdergaande bescherming biedt aan de werknemer.

4.1.3. Overlap tussen ziekte en handicap in het Nederlands ontslagrecht

De ruime uitleg van handicap verhoogt uiteraard de kans dat een ziekte binnen een bepaalde context ook een handicap kan opleveren, ook wanneer dat op basis van het algemeen spraakgebruik niet direct te verwachten is. Dat betekent dat de werkgever zich hiervan bewust moet zijn bij ontslag. Dat geldt met name in de gevallen waarin ziekte geen bijzondere bescherming toekomt en

handicap wel, zoals bij het proeftijdontslag⁴¹ of het niet verlengen van een tijdelijk contract.⁴² Het laatste zal overigens niet als discriminatoir ontslag gekwalificeerd kunnen worden, maar als discriminatie bij werving en selectie.⁴³

Hoewel er extra bescherming bestaat wanneer ziekte ook een handicap vormt, zal het, ondanks het bewijsvermoe-den bij discriminatie,⁴⁴ wel een belangrijke hobbel kunnen zijn om te bewijzen dat de ziekte/handicap de reden vormde van het proeftijdontslag.⁴⁵ Ten slotte geldt nog wanneer de ziekte/handicap de werknemer ongeschikt zou maken voor de essentiële functietaken, onverminderd de plicht tot redelijke aanpassing, dat het geen discriminatoir ontslag betreft. Evenwel zal bij een proeftijdontslag of het niet verlengen van een tijdelijk contract van een zieke werknemer vaak niet zijn onderzocht of er redelijke aanpassingen mogelijk waren.⁴⁶

4.2. Is het ontslag van een gehandicapte werknemer wegens ziekte discriminatoir?

In *HK Danmark* en *Ruiz Conejero* worden twee nationale ontslagregelingen die zijn gegrond op ziekte(verzuim) en langdurige arbeidsongeschiktheid getoetst op discriminatie op grond van handicap. In *Nobel* gaat het om bedrijfseconomisch ontslag, maar wordt voor de ontslagvolgorde geselecteerd op onder andere ‘hoog ziekte-verzuim’. In alle drie de zaken beslist het Hof dat een ontslag gegrond op ziekteverzuim, indien die afwezigheid het gevolg is van handicap, een indirect verschil in behandeling oplevert. Het Hof baseert dit op het uitgangspunt dat gehandicapte werknemers in het algemeen een hoger ziekterisico hebben. In dezelfde trant neemt het Hof in *Nobel* ook aan dat de gehandicapte werknemer in beginsel een minder grote kans heeft om goede resultaten te behalen dan een werknemer zonder handicap.⁴⁷

4.2.1. Switch in de toetsingswijze van indirect onderscheid bij ontslag

Bij indirect onderscheid op grond van handicap is tot aan het *Nobel*-arrest altijd onderzocht of er een objectie-

38. Vgl. art. 7:670 lid 1 BW.

39. Ktr. Utrecht 21 mei 2010, *JAR* 2010/176 (hartinfarct wel h/cz); Hof Amsterdam 10 november 2015, *JAR* 2015/309 (hartinfarct geen h/cz); Ktr. Utrecht 27 november 2008, *JAR* 2009/4 (kanker wel h/cz); CRM 2015-17 (kanker wel h/cz).

40. Tot 2011 stond dit met zoveel woorden in de wet, maar bij latere wijziging is dit weggefallen zonder dat een materiële wijziging is beoogd; bevestigd in Hof Amsterdam 10 november 2015, *JAR* 2015/309, m.nt. Vegter. Hof Amsterdam (*JAR* 2015/309) en Ktr. Utrecht (*JAR* 2010/176) nemen aan dat de gevolgen van een hartinfarct althans een vermeende h/cz kunnen vormen.

41. Bijv. Ktr. Amersfoort 27 november 2008, *JAR* 2009/4 (proeftijdontslag wegens leukemie); Ktr. Utrecht 21 mei 2010, *JAR* 2010/176 en *JIN* 2010/507, m.nt. Houweling (proeftijdontslag wegens hartinfarct voor eerste werkdag); Rb. Limburg 27 september 2018, *Prg.* 2018/302 (proeftijdontslag wegens verwonde vinger).

42. Bijv. Ktr. Almelo 13 november 2007, *JAR* 2007/291.

43. Vas Nunes 2018, p. 690 e.v.

44. Art. 10 Wgbh/cz.

45. Naar analogie Rb. Midden-Nederland 11 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7587 (niet bewezen dat HIV de reden is voor ontbinding), hierover Marieke ten Broeke, ‘Discriminatoir ontslag in de diverse samenleving’, *TvO* 2017, nr. 4, p. 200.

46. Rechtbank Limburg nam wel aan dat een verwonde vinger – de reden voor het proeftijdontslag – een chronische ziekte vormde, maar dat het proeftijdontslag niet discriminatoir was omdat de werknemer door de ziekte niet geschikt was om de essentiële functietaken uit te oefenen. De rechtbank lijkt hier ten onrechte niet mee te nemen of deze ongeschiktheid is vastgesteld *nadat* de werkgever redelijke aanpassingen heeft gedaan of althans heeft onderzocht (Rb. Limburg 27 september 2018, *Prg.* 2018/302).

47. Gerards heeft zich eerder afgevraagd of dergelijke aannames door cijfers worden gestaafd of misschien juist vooroordeelbevestigend zijn (J.H. Gerards, noot bij *HK Danmark*, *EHRC* 2013/133).

ve rechtvaardiging bestaat voor het verschil op grond van artikel 2 lid 2 sub b onder i van de Kaderrichtlijn (zie paragraaf 2.3). In *Nobel* switcht het Hof echter naar de tweede grond van artikel 2 lid 2 sub b en beslist op grond hiervan dat de conclusie of sprake is van een verboden indirect discriminerend ontslag afhangt van het feit of de werkgever wel of niet heeft voorzien in redelijke aanpassingen. De tekst van artikel 2 lid 2 sub b maakt duidelijk dat een indirect nadelige bepaling een verboden indirecte discriminatie vormt:

- ‘
- i. tenzij die bepaling (...) wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, of
 - ii. tenzij de werkgever (...) voor personen met een *bepaalde* handicap krachtens de nationale wetgeving verplicht is passende maatregelen te nemen die overeenkomen met de in artikel 5 vervatte beginselen, teneinde de nadelen die die bepaling (...) met zich brengt, op te heffen (cursivering auteur).
- ’

Zoals Vas Nunes constateert, is subonderdeel ii lastig te doorgronden, evenals de verhouding tussen de twee onderdelen.⁴⁸ Het Hof heeft tot nu toe niet eerder enige aandacht aan de bepaling besteed. De tekst spreekt van een verplichting tot redelijke aanpassing ‘krachtens de nationale wetgeving’ en alleen voor personen met een ‘bepaalde’ handicap. Subonderdeel ii is niet geïmplementeerd in de Wgbh/cz. Het Hof citeert het subonderdeel losjes en legt het uiteindelijk uit als ‘tenzij de werkgever vooraf ten aanzien van die werknemer heeft voorzien in redelijke aanpassingen als bedoeld in artikel 5 van de richtlijn’ (dictum onder 2e). Dit lijkt wel iets anders dan er staat, maar belangrijker is de verhouding tussen de onderdelen. Kan of moet aan beide getoetst worden of is het tweede onderdeel bij uitsluiting van toepassing op de grond van handicap, zoals de *Nobel*-uitspraak suggereert?

Wanneer het Hof inderdaad een switch heeft gemaakt met *Nobel* lijkt dat niet zonder meer toe te juichen vanuit het oogpunt van gelijke behandeling van gehandicapten. De beoordeling van indirect onderscheid aan de hand van uitsluitend de plicht tot redelijke aanpassing, conform artikel 5 van de richtlijn, gaat uit van de idee dat deze aanpassingen de veroorzaakte nadelen *volledig* opheffen. Hierdoor is de gehandicapte werknemer in een gelijke situatie gebracht als de ‘gewone’ werknemer en hoeft hij geen bijzondere bescherming meer. In werkelijkheid hoeft dat echter niet zo te zijn. De gedachte miskent dat redelijke aanpassingen niet altijd mogelijk zijn, niet voor iedere handicap mogelijk zijn, of een onevenredige belasting voor de werkgever

kunnen vormen.⁴⁹ In deze minder ideale gevallen zal het kunnen dat de gehandicapte werknemer, ondanks de aanpassingen, nog steeds een verhoogd ziekterisico loopt, niet op topniveau kan presteren of een beperkt aantal taken niet kan verrichten. De nadelen van ontslagcriteria als ziekteverzuim, productiviteit of multi-inzetbaarheid zijn dan niet opgeheven en zouden een objectieve rechtvaardiging behoeven waarbij, zoals in *HK Danmark* en *Ruiz Conejero* wordt gesteld, rekening wordt gehouden met de bijzondere behoeften van gehandicapten die in het algemeen meer moeite hebben om een nieuwe werkring te vinden.

Volgens vaste rechtspraak is de ondergrens dat de werkgever geen gehandicapte werknemer in dienst hoeft te houden die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te oefenen, ervan uitgaande dat is voorzien in redelijke aanpassingen. Maar een *volledige* beschikbaarheid is niet vereist, zo blijkt uit *HK Danmark*. Vermindering van uren wordt als een redelijke aanpassing gezien. Betekent dit dat ook enige concessie van de werkgever kan worden gevraagd als het gaat om productiviteit en inzetbaarheid? Redelijke aanpassingen omvatten volgens het Hof ook organisatorische aanpassingen van bijvoorbeeld het tempo waarmee de arbeid wordt verricht of de taakverdeling. Dit wijst er volgens mij op dat van de werkgever een zekere inspanning wordt gevraagd tot integratie van de gehandicapte werknemer, ook al leidt dat tot wat langzamer werken of uitvoering van minder taken, zolang bij dit alles nog wel de essentiële functietaken worden verricht.⁵⁰

De toetsing uit *Nobel* kan dus mogelijk een stap achteruit betekenen. Opvallend genoeg maakt het Hof deze switch juist in een zaak die zonder conclusie is berecht. In de zaken *HK Danmark* en *Ruiz Conejero* volgde het Hof, respectievelijk, A-G Kokott en A-G Sharpston. Beiden toetsten indirecte discriminatie op een mogelijke objectieve rechtvaardiging. A-G Sharpston bepleitte in de conclusie bij *Ruiz Conejero* om de twee subonderdelen i en ii daarbij in samenhang te lezen.⁵¹ Dat is wat het Hof in die zaak uiteindelijk ook doet: bij de beoordeling van de evenredigheid van het middel op grond van subonderdeel i moet de verwijzende rechter rekening houden met een aantal relevante factoren die in het bijzonder werknemers met een handicap betreffen, maar ook met de plicht om redelijke aanpassingen te treffen die eventueel aan de handicap verbonden ziekten voorkomen of compenseren (zie § 2.3). Waarom het Hof deze toetsingswijze in *Nobel* verlaat, is bij gebrek aan een conclusie moeilijk te doorgronden. Verwarrend is bovendien dat het Hof in dit verband erop wijst dat artikel 2 van het VN-Gehandicaptenverdrag alle vormen

48. Vas Nunes 2018, p. 177.

49. Zie ook A-G Sharpston in haar conclusie bij *Ruiz Conejero*, ECLI:EU:C:2017:788, punt 50.

50. Over de beoordeling in de (bescheiden) Nederlandse rechtspraak van de ‘ongeschiktheidsexceptie’: Vas Nunes 2018, p. 670-675 en p. 776-777.

51. Conclusie van 19 oktober 2017, punt 33.

van discriminatie omvat, met inbegrip van de weigering van redelijke aanpassingen.⁵² Daaruit zou eerder volgen dat het verzaken van het treffen van redelijke aanpassingen in zichzelf al tot discriminatie leidt, ook zonder bijkomende, indirect discriminerende regeling of handeling. Hetzelfde volgt overigens uit artikel 2 lid 1 Wgbh/cz (zie § 2.1).

4.2.2. *Verband tussen handicap en ziekte in het Nederlandse ontslagrecht*

Op basis van de Wwz zijn er twee ontslaggronden die gerelateerd zijn aan ziekte en arbeidsongeschiktheid. Het gaat om de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) en de c-grond (veelvuldig ziekteverzuim) van artikel 7:669 lid 3 BW. Uit de besproken Europese rechtspraak volgt dat de beide ontslaggronden indirect onderscheid maken op grond van handicap. Het Hof heeft immers al meerdere malen aangenomen dat de gehandicapte werknemer een hoger ziekterisico loopt. Het Nederlandse arbeidsrecht kent echter verregaande re-integratieplichten, waardoor aangenomen mag worden dat beide ontslaggronden geen probleem opleveren met de Kaderrichtlijn, ongeacht de toets (subonderdeel i of ii of beide). De b-grond lijkt een evenredige maatregel. Deze houdt rekening met de bijzondere behoeften van langdurig arbeidsongeschikten doordat vereist wordt dat het tweejarig opzegverbod bij ziekte is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Op het moment van ontslag geldt dat herplaatsing binnen een redelijke termijn in een andere passende functie niet mogelijk moet zijn (art. 7:669 lid 1 BW). De re-integratieplichten strekken verder dan artikel 5 Kaderrichtlijn vereist omdat deze zich in beginsel niet beperken tot de eigen functie.

De c-grond kent een hoge drempel en wordt in de praktijk daarom niet vaak toegepast. Het frequent ziekteverzuim van een werknemer moet tot 'onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering' leiden en niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden. Ook dient aannemelijk te zijn dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. De werkgever moet hier een deskundigenverklaring van het UWV overleggen (art. 7:671b lid 4 BW). Er geldt ten slotte ook een herplaatsingsplicht in andere passende arbeid waarin het veelvuldig ziekteverzuim tot aanvaardbare proporties kan worden teruggebracht of het verstorend effect op de bedrijfsvoering niet of in mindere mate optreedt.

In de zaak *Nobel* betrof het een bedrijfseconomisch ontslag. Het Nederlandse bedrijfseconomisch ontslag, de a-grond, gaat uit van de toepassing van het afspiegelings-/anciënniteitsbeginsel als selectie nodig is. Dit lijkt een neutrale regel. Volgens de memorie van toelichting bij de Wgbh/cz hebben gehandicapten echter meer

moeite om werk te vinden, waardoor selectie op het kortste dienstverband indirect nadelig kan zijn.⁵³ Het oude Ontslagbesluit droeg het UWV specifiek op om extra aandacht te besteden aan het tegengaan van discriminatie bij bedrijfseconomisch ontslag,⁵⁴ een bepaling die met de Ontslagregeling geschrapt is. De rechter neemt evenwel aan dat voor zover het afspiegelingsbeginsel gehandicapten of chronisch zieken indirect zou benadelen, dit objectief gerechtvaardigd is.⁵⁵ Ook houdt het ontslag rekening met bijzondere behoeften van arbeidsgehandicapten in die zin dat voor hen een verlengde 'redelijke termijn' van 26 weken geldt bij de herplaatsingsplicht.⁵⁶

Bedrijfseconomisch ontslag op basis van afspiegeling zal in de regel geen strijd met de Wgbh/cz opleveren. Toch zou selectie op prestatie-, inzetbaarheids- of verzuimcriteria nog denkbaar kunnen zijn bij een 'stoelendansmethode' of wanneer sprake is van een ontslagcommissie en bij cao is afgeweken van het afspiegelingsbeginsel (art. 7:669 lid 6 BW). Uit *Nobel* volgt dat deze criteria indirect nadelig zijn voor gehandicapte werknemers. Ik zou menen dat hiervoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat op grond van de Wgbh/cz, omdat een dergelijke prestatieselectie nalaat voldoende rekening te houden met een aantal relevante factoren die in het bijzonder werknemers met een handicap treffen. Zo zou bijvoorbeeld ziekteverzuim of een minder grote inzetbaarheid die is veroorzaakt door een handicap, buiten beschouwing gelaten kunnen worden bij de ontslagselectie (*Ruiz Conejero*). Als echter op grond van *Nobel* slechts gekeken moet worden of de werkgever vooraf ten aanzien van de voor ontslag geselecteerde werknemer in redelijke aanpassingen heeft voorzien, dan zal de kans hoogstwaarschijnlijk kleiner zijn dat prestatiecriteria in strijd met de Wgbh/cz zijn.

5. Conclusie

Het is niet altijd duidelijk of iemand ziek is of een handicap heeft. Dat is van belang bij ontslag omdat de gehandicapte werknemer een ruimere ontslagbescherming heeft dan een zieke werknemer. Uit de Europese rechtsontwikkeling blijkt dat de kans dat de begrippen overlappen en een ziekte ook een handicap kan zijn, is toegenomen. Dit komt met name door het gebruik van een 'maatschappelijke' definitie in plaats van een 'medische'. Een handicap hoeft niet aangeboren te zijn, maar kan ook het gevolg zijn van een ongeval of ziekte. Die ziekte mag ook tijdelijk of omkeerbaar zijn, mits de beperking 'langdurig' is. Indien ziekte inderdaad overlapt met handicap dan zal de werkgever zich hiervan bewust moeten zijn, met name bij het proeftijdontslag. Een ontslag wegens handicap is vernietigbaar, al moet er wel sprake zijn van discriminatie. Dat is niet het geval

52. *Nobel*, r.o. 72.

53. *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 36.

54. Art. 7.

55. Ktr. Den Bosch 8 februari 2013, *Prg.* 2013/116.

56. Art. 10 Ontslagregeling.

wanneer de ziekte/handicap – onverminderd de plicht voor de werkgever om redelijke aanpassingen te treffen – de werknemer ongeschikt zou maken voor zijn essentiële functietaken. Dit veronderstelt echter wel dat de werkgever de mogelijkheid van redelijke aanpassingen heeft onderzocht voordat een proeftijdontslag van de zieke werknemer volgt.

De tweede vraag die onderzocht is, vloeit voort uit de overlap van ziekte en handicap. Is een ontslag wegens veelvuldig ziekteverzuim of langdurige arbeidsongeschiktheid in strijd met de Wgbh/cz wanneer de ziekte tevens een handicap vormt? Uit de Europese rechtsontwikkeling blijkt dat het Hof tot nu toe altijd heeft aangenomen dat dit een indirect onderscheid oplevert. Dat blijkt ook op te gaan voor selectie bij bedrijfs-economisch ontslag op grond van de criteria ziekteverzuim, multi-inzetbaarheid en productiviteit. Voor wat betreft de vraag of het indirecte onderscheid ook tot een vernietigbaar ontslag leidt, wijkt het recente *Nobel*-arrest af van de voorgaande arresten *HK Danmark* en *Ruiz Conejero*. Volgens de laatstgenoemde arresten moet het onderscheid worden getoetst op een mogelijke objectieve rechtvaardiging. Volgens *Nobel* lijkt uitsluitend gekeken te moeten worden of de werkgever vooraf wel of niet redelijke aanpassingen heeft getroffen. Deze uitspraak lijkt minder gunstig voor de gehandicapte werknemer omdat de toetsing aan een objectieve rechtvaardigingsgrond impliceerde dat, naast de getroffen redelijke aanpassingen, ook meegewogen moest worden of de werkgever bij het ontslag voldoende rekening heeft gehouden met een aantal relevante factoren die in het bijzonder werknemers met een handicap betreffen, omdat zij meer moeite kunnen hebben om een nieuwe werkkring te vinden dan werknemers zonder handicap.

Het belang van dit alles voor het Nederlandse ontslag op de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) of c-grond (veelvuldig ziekteverzuim) is beperkt omdat beide gronden, gezien de vele re-integratievereisten, aan beide Europese toetsingswijzen lijken te voldoen. In de weinige gevallen dat selectie op individuele kwaliteit of prestatie mogelijk is bij ontslag op de a-grond, zullen criteria zoals ziekteverzuim, multi-inzetbaarheid en productiviteit waarschijnlijk niet objectief gerechtvaardigd kunnen worden. Maar wanneer *Nobel* zou moeten worden gevolgd, lijkt kwaliteitsselectie wel mogelijk, mits de werkgever vooraf ten aanzien van de gehandicapte werknemer heeft voorzien in redelijke aanpassingen. De toets uit *Nobel* berust op een rechtsgrond uit de Kaderrichtlijn (artikel 2 lid 2 sub b onder ii) die niet geïmplementeerd is in de Wgbh/cz. Of de rechter de Wgbh/cz richtlijnconform moet gaan uitleggen op dit punt, zou naar mijn mening eerst een bevestiging vergen van de nieuwe lijn uit *Nobel*.