

*De conclusie ten aanzien van het petitum in hoger beroep*

6.31. Het hof stelt vast dat de werkgever in hoger beroep haar vordering in die zin heeft gewijzigd dat zij niet langer vordert dat de werknemer zal worden veroordeeld tot betaling van enig bedrag, maar slechts vordert dat het hof zal vaststellen dat de werknemer wegens overtreding van het geheimhoudingsbeding € 90.000,- aan boetes heeft verbeurd en wegens schending van het verbod op nevenwerkzaamheden € 36.000,-. Uit het voorgaande volgt dat het gevorderde met betrekking tot de overtreding van het geheimhoudingsbeding in beperkte mate toewijsbaar is. Het gevorderde met betrekking tot overtreding van het verbod op nevenwerkzaamheden is dat niet.

6.32. De werkgever heeft de vernietiging gevorderd "voor zover het betreft het in het dictum onder 3.15, 3.16, 3.22 en 3.23 bepaalde". Het hof stelt vast dat het dictum van het bestreden vonnis geen nummers als genoemd bevat, maar dat de werkgever hiermee doelt op de rechtsoverwegingen in het lichaam van het vonnis. De memorie van grieven bevat geen grief die specifiek is gericht op de vernietiging van het dictum onder het bestreden vonnis. Het petitum zoals dat onder de memorie van grieven is geformuleerd is slechts gericht op het verkrijgen van een verklaring van het hof dat meer overtredingen hebben plaatsgevonden (en dus een hoger bedrag aan boetes is verbeurd) dan in eerste aanleg aan de veroordeling ten grondslag is gelegd. De werkgever vordert niet de *betaling* van bedragen, maar de *bepaling* daarvan. Omdat het hof van oordeel is dat die bepaling in elk geval met zich brengt dat de werknemer meer dan het in eerste instantie toegewezen bedrag verschuldigd is en voorts in hoger beroep niet de vernietiging is gevorderd van de beslissing om de werknemer te veroordelen tot betaling van € 9.000,-, is het hof van oordeel dat geen grond bestaat om het vonnis in eerste aanleg te vernietigen. Het door de werkgever in hoger beroep gevorderde zal, voor zover toewijsbaar, worden toegewezen in aanvulling op hetgeen in eerste aanleg is beslist. Uit de aard van het in hoger beroep aanvullend gevorderde vloeit voort dat dit niet uitvoerbaar bij voorraad is.

6.33. Zoals hiervoor al overwogen ten aanzien van de proceskosten in eerste aanleg, worden partijen over en weer deels in het (on)gelijk gesteld. Dat geldt ook voor het geding in hoger beroep, waar slechts een beperkt aantal overtredingen van

het geheimhoudingsbeding is vastgesteld en de vordering die ziet op de overtreding op het verbod tot het verrichten van nevenwerkzaamheden wordt afgewezen. Het hof zal daarom ook in hoger beroep de proceskosten compenseren.

*7. De uitspraak*

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep en, in aanvulling daarop,

bepaalt dat de werknemer het geheimhoudingsbeding zes keer heeft overtreden door als bijlagen bij zes e-mailberichten bestanden naar zichzelf in privé te e-mailen;

bepaalt dat de werknemer een boete heeft verbeurd van € 27.000,- (zegge: zevenentwintigduizend euro), waarop de reeds betaalde boete wegens het overtreden van het geheimhoudingsbeding (€ 4.500,-) in mindering strekt;

compenseert de proceskosten in hoger beroep; wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

257

**Ontslag werknemer met beperkingen is geen discriminatie als werkplek is aangepast**

Hof van Justitie EU

11 september 2019, nr. C-397/18,

ECLI:EU:C:2019:703

(mr. Bonichot, mr. Toader, mr. Rosas, mr. Bay Larsen, mr. Safjan)

Noot mr. E.L.J. Bruyninckx

**Gelijke behandeling bij handicap/chronische ziekte. Ziekteverzuim en lage productiviteit als ontslaggronden. Plicht werkgever tot aanpassen werkplek.**

[Richtlijn 2000/78/EG art. 2 lid 2, 5]

*De werknemster is op 1 juli 2004 bij de werkgever in dienst getreden. Zij had als taak de aanleg en vormgeving van plastic buizen. Op 12 september 2011 is vastgesteld dat zij aan condylitis (tenniselleboog) lijdt. Haar aandoening is aangemerkt als 'beroepsziekte'. Per 16 december 2011 is de werknemster erkend als een werknemer die bijzonder gevoelig is voor beroepsziekten.*

## NOOT

De WGBH/CZ heeft een ruimer toepassingsbereik dan Richtlijn 2000/78/EG. De WGBH/CZ kent, anders dan de Richtlijn, naast het begrip 'handicap' ook het begrip 'chronische ziekte'. Bovendien legt het College voor de Rechten van de Mens de begrippen 'handicap' en 'chronische ziekte' in de WGBH/CZ ruim uit. Zo zijn onder meer ADHD (oordeel 2005-2), straatvrees (oordeel 2005-133), stofallergie (oordeel 2018-70) en chronische slaapproblemen (oordeel 2018-148) volgens het College chronische ziekten. Daarvan is sprake volgens het College als de beperking/aandoening langdurig van aard is en voor de betrokkene belemmeringen oplevert bij deelname aan de arbeid en het maatschappelijk leven. Of een chronische ziekte een handicap is in de zin van de Richtlijn zal per geval moeten worden beoordeeld aan de hand van de door het HvJ EU in eerdere arresten gegeven definitie («JAR» 2017/20 (*Daouidi*) en «JAR» 2013/142, m.nt. Laagland (*HK Danmark*)). Een handicap is volgens het HvJ EU 'een beperking als gevolg van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse sociale en fysieke drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen'. Een handicap in de zin van de Richtlijn moet dus worden begrepen als een hinderpaal en niet als een onmogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen. De definitie is gebaseerd op het VN-Verdrag inzake personen met een handicap dat acht jaar na ratificatie op 14 juli 2016 voor Nederland in werking is getreden. Het doel van het VN-Verdrag is de volledige inclusie van personen met een beperking in de maatschappij: zij moeten op voet van gelijkheid met anderen kunnen genieten van alle mensenrechten en fundamentele vrijheden.

Indien sprake is van een handicap in de zin van de Richtlijn, hetgeen de nationale rechter zal moeten vaststellen, zal moeten worden beoordeeld of sprake is van ongelijke behandeling op die grond. Bij die beoordeling is van belang of de werkgever heeft voorzien in redelijke aanpassingen van de werkplek in verband met de handicap. Zo nee, dan kan volgens het HvJ EU sprake zijn van (in)directe discriminatie in de zin van de

Richtlijn. Als sprake zou zijn van (in)directe discriminatie op de grond handicap, maar er zijn redelijke aanpassingen door de werkgever gerealiseerd, dan is er geen sprake van discriminatie. Art. 5 VN-Verdrag definieert redelijke aanpassingen als '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'. Een redelijke aanpassing is dus elke verandering in het takenpakket of de werkomgeving die nodig is om iemand met een handicap in staat te stellen te solliciteren, een functie uit te oefenen en er beter in te worden, en een opleiding te volgen. Er moeten doeltreffende maatregelen worden getroffen die gericht zijn op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, waaronder bijvoorbeeld technische oplossingen zoals aangepaste apparatuur. 'Doeltreffend' wil zeggen dat de aanpassingen geschikt en noodzakelijk moeten zijn om de werknemer als ieder ander te laten deelnemen aan de arbeid. Een medisch of arbeidsdeskundig advies van bijvoorbeeld de Arbodienst kan een belangrijke rol spelen bij de beoordeling wat als doeltreffend moet worden aangemerkt. De verplichting tot het treffen van een doeltreffende aanpassing is geen generieke verplichting, maar een verplichting die afhankelijk van de situatie specifiek ingevuld moet worden. Het is dus niet algemeen te bepalen wanneer sprake is van een redelijke aanpassing. Indien de werkgever wil beoordelen of een aanpassing noodzakelijk is, en zo ja welke aanpassing redelijk is, dan kan hij zich daarover het beste laten adviseren door een onafhankelijke deskundige zoals de Arbodienst. Het weigeren om een redelijke aanpassing te doen levert per definitie discriminatie op indien sprake is van een handicap in de zin van de Richtlijn, tenzij dergelijke aanpassingen een onevenredige last voor de werkgever betekenen. De nationale rechter zal dit moeten beoordelen.

In de onderhavige zaak zal de Spaanse rechter eerst moeten vaststellen of sprake is van een handicap in de zin van de Richtlijn. Het HvJ EU overweegt dat het aanmerken van een persoon als een werknemer die bijzonder gevoelig is voor

beroepsrisico's in de zin van het Spaanse recht, op zich niet betekent dat die persoon een handicap heeft in de zin van de Richtlijn. Dit is alleen het geval als die gezondheidstoestand leidt tot een beperking zoals gedefinieerd door het HvJ EU. De kans dat de Spaanse rechter zal oordelen dat sprake is van een handicap schat ik vrij groot in. Er is immers zonder twijfel sprake van een langdurige beperking (waarvan sprake is als er geen duidelijk vooruitzicht bestaat op een beëindiging op de korte termijn van de ongeschiktheid), nu al in 2011 is vastgesteld dat de werknemer lijdt aan epicondylitis waardoor zij regelmatig arbeidsongeschikt is geweest en die haar beperkt ten volle, effectief en op voet van gelijkheid met andere werknemers te participeren. Resteert de beantwoording van de vervolgvraag of sprake is van (in)directe discriminatie wegens handicap, en zo ja of sprake is van redelijke aanpassingen. De voor het ontslag aangevoerde selectiecriteria, te weten productiviteit, multi-inzetbaarheid en het hoge ziekteverzuim zijn zonder onderscheid van toepassing op personen met een handicap en personen zonder handicap, zodat geen sprake is van directe discriminatie. Echter, de kans dat een werknemer met een handicap bij het hanteren van dergelijke selectiecriteria slechter scoort dan een werknemer zonder handicap is groot en dus kan dit indirecte discriminatie opleveren. Bij de beoordeling of dit het geval is, is van belang of de werkgever heeft voorzien in redelijke aanpassingen van de werkplek in verband met de handicap. De door de werkgever doorgevoerde aanpassingen, te weten het bij voorkeur inzetten van de werknemer bij de bewerking van kleine buizen in plaats van grote buizen, lijken mij niet redelijk (genoeg). De Arbeidsinspectie heeft vastgesteld dat de werknemer weliswaar rouleerde in functies, maar dat zij in elk van die functies handelingen diende te verrichten die ergonomische risico's en risico's voor het musculoskeletaal stelsel van de bovenste ledematen inhielden. De werkgever zou volgens de Arbeidsinspectie geen maatregelen hebben getroffen om de taken zodanig aan te passen dat die verenigbaar waren met de gezondheidstoestand van de werknemer. Dat zou betekenen dat er geen redelijke aanpassingen zijn gedaan en dus dat sprake is van ongelijke behandeling op grond van handicap. De werknemer had dan niet ontslagen mogen worden op basis van de

door de werkgever gehanteerde ontslagcriteria die indirect discriminerend zijn.

mr. E.L.J. Bruyninckx  
advocaat en partner bij Legaltree Advocaten in Rotterdam

258

**Bij aanpassing ploegdienst geen recht op behoud vaste uren en loon**

Hof van Justitie EU  
18 september 2019, nr. C-366/18,  
ECLI:EU:C:2019:757  
(mr. Toader, mr. Rosas, mr. Safjan)

**Wens tot aanpassing ploegdienst vanwege zorg voor kinderen. Geen recht op behoud aantal uren en hoogte loon.**

[Richtlijn 2006/54/EG art. 1, 14; Richtlijn 2010/18/EG; Handvest Grondrechten EU art. 23, 33 lid 2; VWEU art. 8, 10, 157]

*De werknemer is in dienst bij de werkgever (Spanje) en werkt in wisselende ploegdiensten. Op 26 maart 2018 verzoekt hij uitsluitend in de ochtendploeg te mogen werken met behoud van hetzelfde aantal arbeidsuren, zonder salarisvermindering, opdat hij voor zijn kinderen kan zorgen. De werkgever wijst het verzoek af. Volgens een Spaanse regeling kan de werknemer zijn recht om beroeps- en gezinsleven te combineren alleen uitoefenen met verkorting van zijn arbeidstijd en vermindering van zijn loon. De verwijzende rechter vraagt zich af of deze regeling in lijn is met het Unierecht.*

*Het Hof overweegt dat de enige bepaling in de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof die betrekking heeft op aangepaste werktijden clause 6, punt 1 is, die lidstaten en/of de sociale partners opdraagt de nodige maatregelen nemen om te garanderen dat werknemers die uit ouderschapsverlof terugkeren voor een bepaalde periode aangepaste werktijden en/of -patronen mogen aanvragen. In casu blijkt niet dat de werknemer zich in een situatie bevindt van terugkeer uit ouderschapsverlof. Derhalve moet worden vastgesteld dat noch Richtlijn 2010/18/EG, noch de*