

Obese: zwaarwegende ontslaggrond of discriminatie?

R. Kötter, datum 14-10-2015

Datum

14-10-2015

Auteur

R. Kötter^[1]

Auteursprofiel

[R.F. Kötter](#)

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Het Hof van Justitie van de Europese Unie antwoordde in een arrest van 18 december 2014 op verzoek van de Deense rechter over de vraag of discriminatie op grond van zwaarlijvigheid in strijd is met Europees recht. De aanleiding tot deze uitspraak was het ontslag van een zwaarlijvige gastouder (Kaltoft) die na vijftien jaar door de Deense gemeente Billund werd ontslagen. In dit artikel wordt aan de hand van relevante jurisprudentie en literatuur behandeld onder welke omstandigheden zwaarlijvigheid als handicap of chronische ziekte kan worden beschouwd en in welke gevallen ontslag wegens zwaarlijvigheid als ongerechtvaardigd onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte kan worden aangemerkt.

R. Kötter^[1]

1. Inleiding

De media besteedt dagelijks veel aandacht aan een gezonde leefstijl. Op slank en dun wordt sterk de nadruk gelegd. Bovendien is overgewicht slecht voor de gezondheid en vermindert het de arbeidsprestaties. Blijkens onderzoek hebben maar liefst 47% van de mannen en 38% van de vrouwen overgewicht. Ernstig overgewicht doet zich voor bij circa 12% van de mensen met overgewicht en verhoogt sterk het risico op ziekten.^[2] Daarmee is zwaarlijvigheid niet enkel een zaak van de werknemer zelf, nu werkgevers door deze aandoening kunnen worden geconfronteerd met extra hoog ziekteverzuim. Veel werkgevers faciliteren dan ook een gezonde leefstijl voor werknemers en bieden werknemers met ernstig overgewicht begeleiding aan. In sommige gevallen leidt ernstig overgewicht tot ontslag. In dat geval speelt de vraag of ontslag wegens zwaarlijvigheid rechtsgeldig is.

2. Karsten Kaltoft

Karsten Kaltoft is al sinds zijn aanstelling vijftien jaar geleden door de Zuid-Deense Gemeente Billund zwaarlijvig. Gedurende zijn dienstverband woog Karsten nooit minder dan 160 kg bij een lichaamslengte van 1,72 meter. Of sprake is van obesitas wordt onder andere vastgesteld aan de hand van de Body Mass Index (BMI). Deze maat geeft de verhouding tussen lengte (in meters) en gewicht (in kilo's) bij een persoon weer.^[3]

Volgens deze berekening bedraagt het BMI van Karsten Kaltoft hiermee 54,083. Daarmee is bij hem sprake van morbide overgewicht (BMI > 40 = adipositas).^[4] Van morbide obesitas is bekend dat het de kans op lichamelijke aandoeningen als diabetes, hart- en vaatziekten en bijvoorbeeld hoge bloeddruk verhoogt en zelfs de levensduur aanzienlijk kan verkorten. De ervaring leert dat het voor een persoon met ernstig overgewicht niet eenvoudig is om af te vallen. Kaltoft probeerde met financiële ondersteuning van de Gemeente Billund door het volgen van fitnesscursussen en andere fysieke activiteiten ook om af te vallen. Dat lukte echter slechts voor korte tijd. Na een jaar verlof te hebben opgenomen wegens gezinsredenen, kwam hij in het vizier van "de verantwoordelijke voor de gastouders", die hem herhaaldelijk onaangekondigd bezocht om inlichtingen over zijn gewichtsverlies in te winnen. Tijdens deze bezoeken heeft de verantwoordelijke keer op keer vastgesteld dat het gewicht van Kaltoft niet of nauwelijks wijzigde. Nadat de Gemeente Billund in de loop van 2010 werd geconfronteerd met een vermindering van het aantal kinderen, ten gevolge waarvan Kaltoft als gastouder in het vervolg slechts op drie in plaats van op vier kinderen moest passen, werd hij eind 2010 door de "toezichthouders op de opvoeders" in de Gemeente Billund voor ontslag voorgedragen. De Gemeente Billund maakte in aansluiting hierop bij brief van 4

november 2010 aan Kaltoft het voornemen bekend om hem te ontslaan in verband met de vermindering van het aantal kinderen en de daaruit voortvloeiende vermindering van werklast, welke volgens de gemeente aanzienlijke financiële gevolgen heeft voor de kinderopvang en de organisatie daarvan. Het frappante van dit voornemen tot ontslag is dat Kaltoft van de Gemeente Billund geen duidelijkheid had verkregen omtrent de concrete redenen waarom hij als gastouder voor ontslag in aanmerking kwam. Bovendien was hij de enige die wegens de vermindering van de werklast door de gemeente voor ontslag werd voorgedragen. Kaltoft liet daarom bij brief van 10 november 2010 aan de Gemeente Billund weten dat hij het gevoel had dat zijn zwaarlijvigheid de reden was voor zijn ontslag. Kaltoft werd kort daarop, bij brief van 22 november 2010, door de Gemeente Billund ontslagen. Ondanks het feit dat tijdens de hoorzitting over het ontslag de zwaarlijvigheid van Kaltoft werd gesproken, werd in de ontslagbrief door de gemeente daarover met geen woord gerept. Kaltoft liet het er niet bij zitten en vorderde bij een Deense rechtbank schadevergoeding op grond van onrechtmatige discriminatie wegens zijn zwaarlijvigheid. Deze rechtbank verzocht het Hof van Justitie van de EU primair om te verduidelijken of het Unierecht een op zichzelf staand verbod van discriminatie op grond van zwaarlijvigheid bevat. Subsidiair stelde de rechtbank het hof de vraag of zwaarlijvigheid kan worden aangemerkt als handicap.^[5]

3. Zwaarlijvigheid: een verboden discriminatiegrond?

In het geval discriminatie op grond van zwaarlijvigheid een op zichzelf staand discriminatieverbod is, impliceert dit dat onderscheid op grond van zwaarlijvigheid als zijnde directe discriminatie behoudens bij de wet toegestane uitzonderingen verboden is. In dat geval heeft Kaltoft een zeer sterke rechtspositie als hij aannemelijk kan maken dat zwaarlijvigheid de reden voor zijn ontslag was. De advocaat-generaal Jääskinen legt in zijn heldere conclusie voor dit arrest uit dat geen enkele bepaling van het Unierecht een verbod op discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als zodanig bevat. Dit heeft volgens hem tot gevolg dat discriminatie op grond van zwaarlijvigheid niet de rechtsgrondslag kan vormen voor maatregelen van de Europese Unie ter bestrijding van discriminatie. Voorts wijst A-G Jääskinen erop dat volgens de rechtspraak van het hof de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG niet naar analogie dient te worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd zijn op de in artikel 1 van Richtlijn 2000/78/EG limitatief opgesomde gronden.^[6]

4. Zwaarlijvigheid een handicap?

Het hof beantwoordt vervolgens de vraag of zwaarlijvigheid als een handicap in de zin van Richtlijn 2000/78/EG kan worden aangemerkt. Zwaarlijvigheid is schadelijk voor de gezondheid, maar daarmee is deze aandoening niet zonder meer als handicap in de zin van de richtlijn aan te merken. Het hof geeft in zijn arrest een duidelijke uitleg over wat onder het begrip "handicap" dient te worden verstaan. Uit de motivering van het hof blijkt dat het hierbij gaat om langdurige beperkingen van fysieke, verstandelijke of psychische aard 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.^[7] Kortom, zwaarlijvigheid hoeft niet te leiden tot langdurige beperkingen in de zin van de richtlijn. Zeker reguliere obesitas (BMI tussen 30 en 40) leidt in de regel niet tot langdurige beperkingen die als handicap kunnen worden aangemerkt. Van ernstig overgewicht (morbide obesitas, BMI > 40)^[8] is evenwel bekend dat dit tot veel lichamelijke aandoeningen kan leiden, zoals gewrichtsproblemen, diabetes, hart- en vaatziekten en hoge bloeddruk.^[9] Ernstig overgewicht kan het gevolg zijn van erfelijke aanleg. In veel gevallen is morbide obesitas evenwel het gevolg van een ongezonde leefstijl, waarbij meestal veel ongezond voedsel wordt genuttigd. Alhoewel uit het arrest niet blijkt dat Karsten Kaltoft ten gevolge van zijn ernstige overgewicht beperkingen heeft die als handicap kunnen worden aangemerkt, is het gelet op zijn forse overgewicht denkbaar dat hij daardoor bij de uitoefening van zijn werkzaamheden als gastouder wordt beperkt. Deze situatie deed zich voor in een zaak die in 2014 speelde bij de Kantonrechter Groningen. Een groepsleider bij een kinderdagcentrum met ernstig overgewicht (BMI > 69) was door de beperkingen die daarvan voor hem het gevolg waren, niet meer in staat om de wezenlijke functievereisten te vervullen. De kantonrechter vond deze omstandigheid een toereikende rechtvaardigingsgrond en ontbond de arbeidsovereenkomst.^[10] Of bij Kaltoft sprake is van handicap in de zin van Richtlijn 2000/78/EG staat volgens het hof ter beoordeling van de nationale rechter. Dit sluit aan bij de geest van Richtlijn 2000/78/EG waarin is bepaald dat feiten op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat er sprake is van directe of indirecte discriminatie dienen beoordeeld te worden door nationale rechterlijke of andere bevoegde instanties overeenkomstig de regels van de nationale wetgeving en praktijk.^[11]

Omstandigheden die in dit verband een rol zouden kunnen spelen zijn dat Kaltoft toen hij na één jaar verlof zijn werk als gastouder hervatte, herhaaldelijk met onaangekondigd bezoek werd geconfronteerd door een functionaris die inlichtingen over zijn gewicht wenste in te winnen en dat hij de enige gastouder was die werd ontslagen. Een ander belangrijk feit is dat de gemeente en Kaltoft het er met elkaar over eens zijn dat tijdens een bijeenkomst waarin het voornemen tot zijn ontslag met hem werd besproken zijn zwaarlijvigheid ter sprake is gebracht. Deze feiten zouden indirecte of directe discriminatie kunnen doen vermoeden, waardoor de Gemeente Billund op grond van de toepasselijke bewijslastverdeling zal dienen te bewijzen dat het beginsel van non-discriminatie niet werd geschonden.^[12]

5. Zorgplicht werkgever

In het geval de ernstige zwaarlijvigheid van Kaltoft als handicap kan worden aangemerkt, heeft dit tevens tot gevolg dat de Gemeente Billund er als werkgever toe gehouden is, om al naargelang de behoefte, doeltreffende individuele of generieke aanpassingen te verrichten om de gehandicapte als ieder ander te laten deelnemen aan het maatschappelijk leven, tenzij deze voor de werkgever een onevenredige belasting vormen.^[13] Te denken valt hierbij aan aanpassingen waardoor Kaltoft minder lichamelijke inspanningen hoeft te verrichten. Uit het arrest van het hof blijkt dat de gemeente Kaltoft in het kader van haar gezondheidsbeleid financiële steun heeft toegekend van januari 2008 tot januari 2009, opdat hij deel zou nemen aan fitnesscursussen en andere fysieke activiteiten. In veel gevallen zal het op grond van de eisen van goed werkgeverschap op de weg van de werkgever liggen om een werknemer met ernstig overgewicht in zijn pogingen om af te vallen te ondersteunen. Op grond van de rechtspraak mag van de werkgever hiertoe de nodige inspanning worden verwacht^[14]. Het Expertisecentrum Participatie STECR heeft in 2012 een speciale Werkwijzer "Overgewicht en Obesitas" uitgegeven om werkgevers en adviseurs, zoals bedrijfsartsen en gezondheidspecialisten, over uiteenlopende aspecten van de aanpak van overgewicht op de werkvloer te informeren.^[15] Ontslag wegens obesitas dient dan ook ultimum remedium te zijn. Eerst indien werkgever zich in voldoende mate heeft ingespannen om de obese werknemer te begeleiden bij diens afvalpoging(en) en hem een redelijke kans heeft geboden om zijn doel te bereiken, kan ontslag in beeld komen.^[16] Bij die beoordeling speelt tevens een rol in hoeverre werkgever eventuele mogelijkheden heeft benut om werknemer middels het verrichten van aanpassingen beter te laten functioneren. Als werknemer ondanks alle inspanningen niet in staat is om essentiële functietaken te verrichten, kan ontslag zijn aangewezen.^[17] Ontslag kan ook een logisch gevolg zijn indien jarenlange vergeefse inspanningen door werkgever en werknemer om werknemer te laten afvallen niet het beoogde effect hebben gehad.^[18]

Uit de jurisprudentie blijkt dat een werkgever een werknemer met ernstig overgewicht tijdig met diens verantwoordelijkheid om af te vallen dient te confronteren en werknemer waar nodig en mogelijk hierbij begeleidt of laat coachen. Ook is belangrijk dat werknemer een eerlijke kans wordt geboden om af te vallen.^[19] Deze eisen sluiten aan bij de rechtspraak over disfunctioneren. Dit ligt ook voor de hand, nu in veel gevallen ernstig overgewicht kan leiden tot disfunctioneren.^[20]

6. Ziekte als opzegverbod onder de Wwz

Ook onder de Wwz behoudt de kantonrechter de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst ondanks het opzegverbod bij ziekte (artikel 7:670 lid 1 BW) te ontbinden als sprake is van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 (sub c tot en met h) BW.^[21] Indien een obese werknemer die door ziekte is uitgevallen in het kader van een reorganisatie voor ontslag wordt voorgedragen, ligt de situatie sinds de invoering van de Wwz per 1 juli 2015 anders dan voor die datum. In geval van reorganisatie dient immers vanaf 1 juli 2015 verplicht de UWV-procedure te worden gevolgd.^[22] In dat geval kan de arbeidsovereenkomst na afgifte van een ontslagvergunning door het opzegverbod bij ziekte niet worden opgezegd.^[23] Tot 1 juli 2015 bestond voor de kantonrechter nog wel de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst in deze situatie te ontbinden.

7. De WGBH/CZ

De Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte verbiedt het maken van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding.^[24] Door deze wet wordt uitvoering gegeven aan Richtlijn 2000/78/EG. De Wet Gelijke Behandeling op grond van handicap of chronische ziekte kent zelfs een ruimer toepassingsgebied dan Richtlijn 2000/78/EG nu de richtlijn enkel discriminatie op grond van handicap verbiedt. Een handicap valt evenwel niet gelijk te stellen met een chronische ziekte.^[25] Evenmin is een langdurige ziekte per definitie gelijk te stellen met een chronische ziekte. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in die zin over een hernia. Volgens het hof hoeft een hernia geen beperking van lange duur in de zin van de gelijkbehandelingswetgeving op te leveren.^[26] Tot op heden is evenmin nog met zekerheid te zeggen of regulier overgewicht (obesitas, BMI tussen 30 en 40) als handicap of chronische ziekte kan worden aangemerkt.^[27] Voor morbide overgewicht (BMI > 40) is door de rechtspraak al wel uitgemaakt dat dit als chronische ziekte is aan te merken.^[28] Deze constatering leidt tot de conclusie dat Kaltoft, waarvan bekend is dat hij een BMI heeft van 54, in het hypothetische geval dat hij een beroep zou kunnen doen op de WGBH/CZ, enkel feiten hoeft te stellen waaruit blijkt dat hij op grond van zijn chronische ziekte wordt gediscrimineerd. Indien hij zijn ontslag op schending van Richtlijn 2000/78/EG baseert, heeft hij een langere weg te gaan. Hij zal dan moeten stellen en bewijzen dat zijn morbide obesitas als handicap in de zin van de richtlijn is aan te merken. Dit houdt in dat hij zal moeten bewijzen dat zijn ernstige overgewicht heeft geleid tot (een) langdurige beperking(en) en dat deze hem kan (kunnen) beletten om volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Het ruimere toepassingsgebied van de WGBH/CZ verschaft werknemers met ernstig overgewicht dan ook meer rechtsbescherming dan Richtlijn 2000/78/EG. Werknemers met ernstig overgewicht die daardoor geen beperkingen

ondervinden die als handicap in de zin van Richtlijn 2000/78/EG zijn aan te merken, kunnen immers dan nog de bescherming van de WGBH/CZ op grond van chronische ziekte invoeren. Het arrest Kaltoft heeft voor Nederlandse zwaarlijvigen dan ook geen meerwaarde. De uitleg die het hof in het arrest heeft gegeven over het begrip handicap evenmin, nu deze naadloos op de tekst van Richtlijn 2000/78/EG aansluit.^[29]

8. Conclusie

Het arrest Kaltoft bevestigt in lijn met eerdere rechtspraak van het hof dat de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG niet naar analogie kan worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd zijn op de in artikel 1 van de richtlijn limitatief opgesomde gronden. Nu zwaarlijvigheid niet in die opsomming als discriminatiegrond is opgenomen, oordeelt het hof dat er geen algemeen, op zichzelf staand, verbod van discriminatie op grond van zwaarlijvigheid binnen het Unierecht bestaat. Voorts wordt door het hof in dit arrest overeenkomstig eerdere arresten herhaald dat zwaarlijvigheid onder bepaalde omstandigheden een handicap kan zijn in de zin van Richtlijn 2000/78/EG. Werknemers met morbide obesitas missen evenwel de bescherming van de richtlijn indien zij niet in staat zijn om te bewijzen dat hun ernstig overgewicht heeft geleid tot een langdurige beperking waardoor zij worden belet om volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. De WGBH/CZ kent een ruimer toepassingsgebied dan de richtlijn nu deze wet naast discriminatie wegens handicap tevens discriminatie op grond van chronische ziekte verbiedt. Chronisch zieken die geen handicap hebben, genieten daardoor een betere bescherming tegen ontslag.

Voetnoten

[1]

Mr. dr. R.F. Kötter is advocaat te Wierden.

[2]

Bron: www.voedingscentrum.nl/encyclopedie/overgewicht.aspx.

[3]

Deze index luidt als volgt: BMI = massa lengte².

[4]

Zie http://apps.who.int/bmi/index.jsp?introPage=intro_3.html. Zie ook www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm5917a9.htm.

[5]

Hof van Justitie van de Europese Unie 18 december 2014, C-354/13, FOA namens *Kaltoft/Kommunernes Landsforening (Denemarken)*.

[6]

Ziekte is derhalve als zodanig geen door Richtlijn 2000/78/EG verboden discriminatiegrond. Zie arrest Chacón Navas, EU: C: 2006: 456, punt 57.

[7]

Zie arresten HK Danmark, 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.

[8]

Body Mass Index, deze geeft de verhouding tussen lengte (in meters) en gewicht (in kilo's) bij een persoon weer. Deze index luidt als volgt: BMI = massa lengte².

[9]

www.obesitaskliniek.nl/over-obesitas.

[10]

Kantonrechter Groningen 28 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2793, JAR 2014/184.

[11]

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

[12]

Zie artikel 10 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG.

[13]

Zie artikel 5 Richtlijn 2000/78/EG en artikel 2 van de WGBH/CZ.

[14]

Kantonrechter Zwolle 4 november 2011, JAR 2011/309.

[15]

Werkwijzer Overgewicht en Obesitas, STECR (2012).

[16]

Zie Kantonrechter Zwolle 4 november 2011, *JAR 2011/309*.

[17]

Kantonrechter Rotterdam 18 april 2007, *JAR 2007/151*. Zie voorts Rechtbank Noord-Nederland (Kamer voor kantonzaken Groningen) 28 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2793.

[18]

Rechtbank Breda 23 september 2011, ECLI: NL:RBBRE:2011:BT6716.

[19]

Kantonrechter Zwolle 4 november 2011, *JAR 2011/309*.

[20]

Vgl. ook de eisen die artikel 7: 669 lid 3 sub d BW stelt: " *gecommuniceerd disfunctioneren*" na een "*verbetertraject*").

[21]

Die mogelijkheid vloeit voort uit het bepaalde in artikel 7: 671b lid 6 sub a en b BW.

[22]

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is bij wijze van uitzondering wel mogelijk in de situaties als voorzien in artikel 7:670a lid 2 onderdeel d en artikel 7:670a lid 3 en lid 4 BW.

[23]

[Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 50.

[24]

Zie artikel 4 sub b van de WGBH/CZ, Wet van 3 april 2003, *Stb. 2003, 206*, laatstelijk gewijzigd bij wet van 29 januari 2009, *Stb. 2009, 101*.

[25]

HvJ EG 11 juli 2006, nr. C-13/05, NJ2007/496; *JAR 2006/191 (Chacón Navas)*.

[26]

Hof 's-Hertogenbosch 24 mei 2011, *LJN BQ6056 (Bohaco)*.

[27]

Zie in dit verband S.F. Sagel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluij voor het arbeidsrecht?' (1), *ArbeidsRecht* 2009/4, p. 27-31. Sagel verwacht dat reguliere obesitas in de toekomst ook als handicap of chronische ziekte zal worden aangemerkt en wijst ter onderbouwing onder meer naar de ruime opvatting die de CGB over het begrip 'chronische ziekte' huldigt alsmede op de opvatting hierover van de Wereldgezondheidsorganisatie die obesitas al enige jaren als zodanig aanmerkt. In het tweede deel van dit artikel, 'Obesitas: een nieuwe vette kluij voor het arbeidsrecht?' (2), *ArbeidsRecht* 2010/1, p. 9-14, verwijst Sagel ter verdere onderbouwing van deze inschatting tevens naar de definitie van obesitas, zoals deze is opgenomen in artikel 1.2.1 van de eerste Nederlandse Richtlijn 'Diagnostiek en behandeling van obesitas bij volwassenen en kinderen'. Zie voor deze richtlijn: www.medisch-contact.artsennet.nl/mconline/dossiers/obesitas.htm.

[28]

CRvB 4 oktober 2000, *LJN: AA8327*; *RSV 2000/244* en CRvB 5 december 2006, *LJN: AZ5059*. Zie ook: Kantonrechter Zwolle 4 november 2011, *JAR 2011/309* en Rechtbank Noord-Nederland (Kamer voor kantonzaken Groningen) 28 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2793. In dezelfde zin: CGB Oordelen: 2010-131, 2011-78 en 2014-158.

[29]

Zie overweging 16 van Richtlijn 2000/78/EG.