

# Draagkracht is geen toverwoord

## Duidelijkheid vanuit een juridisch uitgangspunt

### ↘ ANNELIES D'ESPALLIER

*Het woord 'daadkracht' wordt vaak gebruikt als toverwoord om aan bepaalde verplichtingen te kunnen ontsnappen. Een werkgever verwijst er weleens naar om te ontkomen aan kostbare ingrepen in zijn werklandschap, organisaties uit het jeugdwerk gebruiken het woord weleens om aan te geven waarom zij de inschrijving weigeren van een jongere met een handicap, een overheid gebruikt het begrip draagkracht om bepaalde onderwijshervormingen niet te moeten doorvoeren. Het is duidelijk dat het begrip soms wordt gebruikt om te verwijzen naar de beschikbaarheid van financiële middelen, maar even vaak draait het om tijd, inzet, organisatorische en papiermatige rompslomp en dergelijke.*

Het woord blijft dermate vaag dat een persoon met een handicap die wordt geconfronteerd met een weigering van het toekennen van rechten op die basis, niet kan uitspitten in hoeverre de weigering gegrond is en of hij zich daartegen kan verzetten. Langs de andere kant rijzen ook bij diegenen die zich op dit begrip beroepen hoe langer hoe meer vragen omtrent de geschiktheid ervan als juridische indekking. Men vreest blijkbaar dat men zich blootstelt aan allerlei vorderingen als men zich beroept op het draagkrachtbegrip bij bijvoorbeeld de weigering van redelijke aanpassingen. Door het gebruik van deze vage begrippen, plaatsen de partijen zich in de hierboven beschreven situatie van rechtsonzekerheid. Alleen al om deze reden is het aan te raden deze vage bewoordingen te vermijden, maar ook uit juridisch oogpunt moet hier toe worden besloten. Het lijkt aangewezen een aantal onduidelijkheden omtrent het draagkrachtbegrip uit de wereld te helpen.

Deze bijdrage vertrekt voor alle duidelijkheid vanuit een juridisch uitgangspunt. Ze overloopt in vogelvlucht de verschillende overwegingen die moeten leiden tot een redelijke aanpassing. Daarnaast wordt de zoektocht ingezet naar de rol van de draagkracht in de analyse. Hierbij zullen twee knelpunten worden blootgelegd: een van procedurele aard en een van inhoudelijke aard.

### **DE REDELIJKE AANPASSINGENPLICHT**

Het begrip draagkracht wordt vaak gebruikt als verweer tegen de verplichting tot het treffen van redelijke aanpassingen. Het gelijkekansendecreet, de federale antidiscriminatiewet en ook het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake de bescherming van de rechten van personen met een handicap bevatten allen een plicht tot het treffen van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap. Deze teksten stellen dat het onrechtmatig weigeren van redelijke aanpassingen wordt gelijkgesteld aan discriminatie. Discriminatie is uiteraard verboden.

Personen met een handicap ondervinden vaak barrières in het maatschappelijke leven die hen verhinderen als volwaardig lid deel te nemen aan de activiteiten van de samenleving. De aanpassingsplicht moet ertoe leiden dat deze hindernissen op individuele basis worden geïdentificeerd en verwijderd, waardoor personen met beperkingen ten volle kunnen deelnemen aan alle maatschappelijke projecten.

### **EEN INTERACTIEF PAD NAAR GEÏNDIVIDUALISEERDE AANPASSINGEN**

Zowel de aanpassing zelf als de procedure die tot de aanpassing leidt, moeten aan een aantal voorwaarden voldoen. Een van die vereisten is de eis van de geïndividualiseerde en *in concreto* aanpak. Wanneer hiervan geen sprake is, kan een schending van de redelijke aanpassingsplicht worden vastgesteld. Dit gebeurde bijvoorbeeld in een door het Hof van Beroep bevestigde uitspraak in kort geding van de rechtbank van eerste aanleg te Gent op 15 juli 2009 omtrent de toekenning van tolkuren aan dove en slecht-

---

**De redelijke aanpassingsplicht vereist een geïndividualiseerde afweging van alle relevante en concrete elementen in de zaak. Hierbij moet de persoon met een beperking worden betrokken. Bij afwezigheid hiervan begaat men een inbreuk op de aanpassingsplicht.**

---

horende leerlingen in het reguliere onderwijs. Voor het bepalen van het aantal tolkuren voor de leerlingen werd geen rekening gehouden met de concrete noden van de persoon, maar de vaststelling gebeurde enkel op basis van de beschikbare middelen.

Een tweede voorwaarde is de vereiste van de interactiviteit. De aanvrager van de aanpassingen moet worden betrokken bij het vaststellen van de redelijke aanpassing die niet tot onevenredige belasting leidt. Wanneer een persoon met een beperking aangeeft dat hij baat zou hebben bij een aanpassing, moet in een interactief proces worden gezocht naar een aanpassing die de aanvrager vooruit helpt, maar die toch niet tot een overdreven zware belasting leidt. Beide partijen spelen hierin een rol: de persoon met een beperking dient aan te geven dat hij bepaalde moeilijkheden ondervindt, waarop van de andere partij wordt verlangd dat deze zich engageert om in onderling overleg met de eerste op zoek te gaan naar een geschikte aanpassing. Het is evident dat diegene die de aanpassing uiteindelijk zal moeten leveren meer informatie heeft over de financiële en organisatorische middelen, en dus beter geplaatst is om te beoordelen welke aanpassingen voor hem haalbaar zijn en welke mogelijk leiden tot een te zware belasting. Langs de andere kant is het even evident dat de aanvrager van de aanpassing het beste geplaatst is om te beoordelen welke aanpassingen de ondervonden hindernissen het beste verwijderen. Om deze redenen staan onderling overleg en openheid centraal in de tocht naar het identificeren van de meest geschikte aanpassing die niet leidt tot onevenredige belasting. Ook hier schortte wat aan de hierboven beschreven procedure van toekenning van tolkuren. Wanneer de aanbieder van de aanpassingen niet deelneemt aan het interactieve proces of wanneer er geen sprake is van een geïndividualiseerde aanpak, kan een schending van de redelijke aanpassingsplicht worden vastgesteld.

Uiteindelijk moet dus blijken dat een aanbieder van aanpassingen in onderling overleg een individueel onderzoek heeft gevoerd naar de behoeften en de beschikbare middelen. De Nederlandse Commissie voor de Gelijke Behandeling, die oordelen velt over dit soort van zaken, stelde in een recente uitspraak vast dat een school uit het reguliere circuit inbreuk had gepleegd op de aanpassingsplicht door een leerling met het zogenaamde 'rugzakje', of de leerlinggebonden financiering, te weigeren zonder rekening te houden met de specificiteiten van de zaak. Het ging om een leerling met een beperking die in het gewone onderwijs wilde ingeschreven worden. Aan de leerling werd hiervoor door de overheid een budget toegekend (het 'rugzakje'), dat door de school kon worden gebruikt voor extra leerkrachten, extra hulpmiddelen, extra begeleiding enzovoort. De school had geoordeeld dat zij al zo veel leerlingen met beperkingen had aangenomen dat ze er geen enkele meer kon bijnemen. Hierbij was enkel rekening gehouden met het aantal leerlingen met een 'rugzakje', en niet met de specifieke aanpak die ieder van deze leerlingen nodig heeft.

## **DE VERSCHILLENDE OVERWEGINGEN**

De aanpassing moet niet alleen op procedureel vlak aan een aantal voorwaarden voldoen, ook inhoudelijk zijn er vereisten. Om te beginnen is het slechts mogelijk een geschikte aanpassing te bereiken wanneer men een beperking niet ziet als een medisch probleem, maar wel als een maatschappelijk probleem, waardoor men erkent dat de hindernissen die personen met eenzelfde beperking ondervinden nooit op dezelfde manier worden ervaren. Het is dus bijvoorbeeld verkeerd ervan uit te gaan dat twee personen met eenzelfde visuele beperking op dezelfde barrières stuiten. Een medische benadering zou dit wel suggereren, maar de maatschappelijke benadering geeft aan dat deze mensen hun beperking heel anders kunnen ervaren. Doordat de barrières die personen ondervinden erg individueel zijn, moet de aanpassing waartoe wordt besloten op maat gesneden zijn. Uniforme aanpassingen voor een groep van personen met dezelfde beperking zullen de toets niet kunnen doorstaan.

Een aanpassingsplicht zonder rem zou tot onredelijke resultaten leiden, en daarom zijn de verzachtingen van de redelijkheid en die van de onevenredige belasting ingeschreven. Om te beoordelen wanneer een aanpassing een redelijke aanpassing kan zijn en wanneer ze een te zware belasting meebrengt, moeten een aantal afwegingen worden gemaakt. Hierin kan draagkracht een rol spelen, al valt het gebruik van zulke vage bewoordingen steeds af te keuren.

In de eerste plaats moet een aanpassing er op doeltreffende wijze voor zorgen dat hindernissen worden weggenomen. Een aanpassing die een persoon met een beperking niet verder helpt, zal geen redelijke aanpassing kunnen zijn. Zo kunnen gebarentolken niet als aanpassing worden ingezet voor rolstoelgebruikers. Het is niet nodig dat de aanpassing perfect is, maar het is wel de bedoeling dat een persoon met een handicap dankzij de aanpassing kan beschikken over gelijke kansen als anderen die geen aanpassingen behoeven.

Als verscheidene aanpassingen denkbaar zijn die allemaal even efficiënt zijn, dan kan de aanpassing worden gekozen die het minst nadelig is voor anderen. Hierbij kan de kostprijs van de aanpassing een rol spelen. Bijvoorbeeld: als twee pakketten voorleessoftware even efficiënt zijn, kan worden gekozen voor de goedkoopste. Of: wanneer een student een voorleesprogramma wenst te gebruiken voor een examen, kan ervoor worden geopteerd hem een hoofdtelefoon te laten gebruiken om andere studenten niet te storen. Dit kan natuurlijk alleen in de veronderstelling dat het gebruik van een hoofdtelefoon even nuttig is voor hem als het gebruik van de software zonder hoofdtelefoon. Ten derde moeten de kosten en voordelen worden afgewogen. Het kan niet zo zijn dat een aanpassing met slechts minimale effecten toch een enorme kostprijs meebrengt. Deze derde afweging moet spaarzaam worden gebruikt, want voor de aanpassingen-

plicht is het niet nodig dat de voordelen even groot als of groter dan de kostprijs van de aanpassing zijn. Deze stap dient enkel om flagrante onevenredigheden te vermijden.

De voordelen van de geboden aanpassingen moet men overigens ruim interpreteren. In de eerste plaats moet rekening worden gehouden met de voordelen voor diegene die de aanleiding heeft gegeven tot de aanpassing. Deze kan bijvoorbeeld de voor-

---

**Draagkracht kan in aanmerking genomen worden voor de proportionaliteitsanalyse, maar het begrip mist de precisie die vereist is in de redelijke aanpassingsplicht. Het is daarom beter te verwijzen naar concrete elementen aan de kostenzijde.**

---

delen genieten van een verbeterde levenskwaliteit, van integratie, van participatie en ook van het wegnemen van bepaalde vooroordelen ten aanzien van zijn beperking of personen met een beperking in het algemeen. Vaak reiken de voordelen van een aanpassing verder dan de individuele belangen van een persoon met een handicap. Dit is voornamelijk het geval wanneer fysieke veranderingen worden aangebracht in het landschap. De installatie van een lift kan bijvoorbeeld van belang zijn voor rolstoelgebruikers, maar ook voor mensen die zware pakken moeten dragen of mensen met een verstuurde enkel. Bovendien

kan een lift van belang zijn voor de personen met een beperking die er nu van gebruik maken, maar ook voor de personen met een beperking die zich later aandienen. Een luchtzuiveringsinstallatie kan een geschikte aanpassing zijn voor een persoon met een beperking, maar ook anderen zullen er baat bij hebben. Het kostenplaatje zal dus aanzienlijk moeten zijn om de balans van de kosten-batenanalyse te doen overslaan zodanig dat bepaalde aanpassingen op deze basis kunnen worden geweigerd.

Ten slotte moet worden onderzocht of de kostprijs van de aanpassingen in verhouding staat tot de beschikbare middelen. Deze test mag wat rigoureuzer worden gevoerd dan de kosten-batenanalyse uit de derde overweging, maar toch mag men niet vergeten dat de aanpassingsplicht veel meer vergt dan minimale inspanningen. Het is niet de bedoeling een organisatie of bedrijf tot het faillissement te drijven, maar

het is duidelijk dat ernstige inspanningen worden verwacht.

### **DRAAGKRACHT ALS DEEL VAN DE PROPORTIONALITEITSANALYSE**

Draagkracht wordt meestal gebruikt als verwijzing naar de laatste afweging die de verhouding tussen de kosten in de ruime zin en de beschikbare middelen behandelt. Men stelt door een verwijzing naar het element van de draagkracht dat de kosten in de bedoelde ruime zin veel meer bedragen dan de beschikbare middelen. Het gebruik van dit begrip druipt echter in tegen de nood aan individualiseren en concretisering, die de rode draad vormen in het procedurele aspect van dit verhaal. Vaak lijkt het erop dat geen echte afweging is gemaakt, en hierdoor zijn er ook inhoudelijk vaak mankementen vast te stellen, wat bijvoorbeeld ook gebeurde in de aangehaalde tolkenzaak. Het is van het allergrootste belang in ieder specifiek geval alle elementen te identificeren die kunnen leiden tot deze onevenredige belasting. Een vage verwijzing naar draagkracht kan dus ook inhoudelijk in geen geval een weigering van redelijke aanpassingen verantwoorden.

In de laatste twee vermelde overwegingen spelen kosten een grote rol. Net als de baten moeten ook de kosten ruim worden geïnterpreteerd. Het gaat dus niet alleen om financiële middelen, maar ook om elementen van organisatorische aard en dergelijke. Een bedrijf dat aanpassingen aanbiedt voor werknemers mag hierdoor niet zodanig verlamd geraken dat het zijn *core business* niet kan waarmaken. Een element dat vaak een erg belangrijke rol speelt aan de kostenzijde is de veiligheid. Het aanbieden van een aanpassing mag er niet toe leiden dat de persoon met een handicap of anderen in gevaar komen. Een element dat zelden relevant is aan de kostenzijde, zijn de gevoelens van anderen of van het cliënteel. Men kan aanpassingen dus niet weigeren omdat een ander het hier niet mee eens is op basis van vaak arbitraire meningen over de aanpassingen of de persoon die ze vraagt.

Hoewel het kostbegrip ruim mag worden geïnterpreteerd, zijn er ook elementen die het kostenplaatje relativeren. Bij de berekening van de kosten moet men rekening houden met de voordelen die de aanpassingen meebrengen voor de aanvrager alsook voor anderen, nu en in de toekomst. Een kostprijs van een aanpassing die voor meerdere mensen voordelen biedt, kan niet volledig in rekening worden ge-

---

**De redelijke  
aanpassingenplicht  
vereist ernstige  
inspanningen van  
de aanbieder van  
aanpassingen.  
Minimale  
tegemoetkomingen  
volstaan niet.**

---

bracht voor deze ene aanvrager. Ook de voordelen in de toekomst tellen dus mee in de vaststelling van de grootte van de kostprijs. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de verhoogde toegankelijkheid die voor toekomstig cliënteel, toekomstige werknemers, toekomstige leden aantrekkelijk kan zijn. Daarnaast moet de gehele organisatie in aanmerking worden genomen om de verhouding tussen kosten en beschikbare middelen correct te kunnen vaststellen. De deeltentiteit die de aanpassing moet aanbieden, wordt geacht dit soort van kosten te kunnen afwentelen op de gehele organisatie. Het is om deze reden dat grote bedrijven waar veel geld in omgaat meer inspanningen zullen moeten leveren dan kleine organisaties. Als men de capaciteiten neemt van de overheid als geheel, is het overduidelijk waarom van de overheid veel inspanningen worden verwacht. Grote bedrijven die moeilijkheden van organisatorische of andere aard aanhalen, moeten zich ervan bewust zijn dat van hen kan worden verwacht dat zij hun ruim beschikbare middelen inzetten om deze problemen te ondervangen. Zo verging het ook het Vlaams ministerie van Onderwijs in de beschreven tolkenzaak. In september 2011 besliste het Hof van Beroep te Gent in de tolkenzaak dat de overheid zich niet kon verschuilen achter het argument van de draagkracht. *In casu* waren de beschikbare financiële middelen niet het probleem, maar wel een tekort aan tolken die dit beroep willen uitoefenen. Het Hof weet dit aan het onaantrekkelijke statuut dat hen is toegekend. Aangezien de overheid over voldoende middelen beschikt, moest ze volgens het Hof in staat worden geacht ervoor te zorgen dat het statuut aantrekkelijker werd, zodat er voldoende tolken beschikbaar konden zijn.

### **DE AANPASSINGENPLICHT ALS EEN CONTINUÛM**

Een aanpassing die een onevenredig zware belasting meebrengt, moet niet worden aangeboden. Verkeerdelijk wordt hieruit afgeleid dat dan in het geheel geen aanpassing moet worden geboden. Niets is minder waar. Men moet in dat geval op zoek gaan naar een aanpassing die zo efficiënt mogelijk helpt bij het verwijderen van de hindernissen, maar die niet leidt tot onevenredige belasting. De geboden aanpassingen moeten na verloop van tijd ook herzien worden om aan gewijzigde noden tegemoet te komen of wanneer de situatie van de aanbieder van de aanpassingen verandert. In een werksituatie zal bijvoorbeeld van de werkgever worden verlangd dat hij na verloop van tijd meer middelen kan vrijmaken voor aanpassingen dan initieel het geval was. In tijden van crisis zijn minder middelen beschikbaar en kunnen aanpassingen in deze zin worden herzien. Crisis zal er in beginsel echter niet toe kunnen leiden dat iedere aanpassing wordt geweigerd.

### **CONCLUSIE**

In de plicht tot het treffen van redelijke aanpassingen is het van belang dat zowel het proces dat leidt tot een aanpassing als de aanpassing zelf aan een aantal voor-

waarden voldoen. Indien een van deze twee elementen niet aan de voorwaarden voldoet, kan de rechter een schending van de redelijke aanpassingsplicht en dus een discriminatie vaststellen. Om tot een aanpassing te besluiten, moeten de persoon met een beperking en de wederpartij zich engageren in een interactief proces waarbij beide partijen hun noden en beperkingen blootleggen. Wanneer een aanbieder van aanpassingen dus louter verwijst naar draagkracht, dan toont hij niet concreet genoeg aan waarom hij geen aanpassingen aanbiedt. Hierin huist een schending van de redelijke aanpassingsplicht, en hieruit volgt dat er sprake is van discriminatie.

De aanpassing zelf moet evenzeer aan een aantal voorwaarden voldoen. Ze moet doeltreffend zijn, noodzakelijk, er mag geen totale wanverhouding bestaan tussen de kosten en de baten en er mag geen sprake zijn van onevenredige belasting. Draagkracht kan in deze afweging inderdaad een belangrijke rol spelen, maar het begrip mist de broodnodige precisie. Elementen aan de kostenzijde kunnen betrekking hebben op veiligheid, kosten van financiële en andere aard enzovoort. De kosten moeten echter worden gespreid over de gehele organisatie en over de tijd, omdat voornamelijk fysieke aanpassingen ook in de toekomst als redelijke aanpassing kunnen worden gebruikt voor de aanvrager of voor anderen. Van de personen die om aanpassingen worden verzocht, wordt een aanzienlijke inspanning verwacht.

Het gebruik van het begrip draagkracht kan dus op twee plaatsen een schending van de aanpassingsplicht meebrengen. Op procedureel gebied kan het ertoe leiden dat wordt voorbijgegaan aan de plicht om te concretiseren en individualiseren. Op inhoudelijk gebied zou het kunnen dat het gebruik van het begrip verdoezelt dat een echte afweging tussen de beschikbare middelen en de kosten niet tot disproportionaliteit leidt. Het is dus van het grootste belang vage bewoordingen te vermijden en over te stappen naar de *in concreto* beoordeling.

Ten slotte mag de vaststelling van een onevenredige belasting niet leiden tot een weigering van aanpassingen in het algemeen. Deze situatie kan zich enkel voordoen in het zeldzame geval waarin elke doeltreffende aanpassing leidt tot een onevenredige belasting.

## **OVER DE AUTEUR**

**Annelies D'Espallier** is assistente aan de KU Leuven, verbonden aan het Instituut voor Constitutioneel Recht. Zij bereidt een doctoraat voor over redelijke aanpassingen.

## **LITERATUURLIJST**

D'ESPALLIER, A., Tolkuren voor dove en slechthorende leerlingen NJW 2010, afl. 228, 606-610

Schiek, D., Waddington, L., and Bell, M. (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 998p.