

Artikelen

De (on)redelijkheid van “redelijke aanpassingen” voor kinderen en jongeren met een handicap¹

Gianni Loosveldt

Licentiaat in de rechten

I. SITUERING

1. Aanleiding voor deze bijdrage is een in dit nummer opgenomen arrest van het hof van beroep te Gent van 7 september 2011 waarin de (te) beperkte toekenning van doventolkondersteuning aan drie leerlingen met een auditieve handicap in het gewoon secundair onderwijs als een weigering van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap en dus als een discriminatie werd gekwalificeerd. In 2008 kwam een Antidiscriminatiedecreet tot stand². Eerder was een federale wetgeving gerealiseerd³. Beide wetten gaven gevolg aan een Europese richtlijn die de bestrijding van discriminatie op de werkvloer beoogt⁴. De decreetgever kende zes vormen van discriminatie: directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie, seksuele intimidatie, de opdracht geven tot discrimineren en het weigeren van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap. Deze wetten gaan evenwel verder dan de minimumbescherming van deze richtlijn; zij bestrijden ook discriminatie buiten de arbeidssfeer. Het discriminatieverbod in het Antidiscriminatiedecreet slaat ook op “4° de gezondheidszorg, 5° het onderwijs, 6° het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn – al dan niet tegen betaling – met inbegrip van huisvesting, 7° de sociale voordelen

[en], 8° de toegang tot en deelname aan een economische, sociale, culturele of politieke activiteiten die buiten de privésfeer worden aangeboden” en dit “[b]innen de grenzen van de aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest toegewezen bevoegdheden [...], zowel in de overheidssector, als in de particuliere sector, met inbegrip van de overheidsinstanties”⁵.

2. Op die basis kan het discriminatieverbod worden toegepast op het “het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap” in een onderwijscontext. Het Antidiscriminatiedecreet voorziet onder meer in de mogelijkheid van een stakingsvordering bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel⁶. Afgaande op de gepubliceerde rechtspraak ter zake is het aantal stakingsbevelen (vooralsnog) zeer beperkt gebleven⁷, waardoor het arrest van het hof van beroep te Gent van 7 september 2011 opzienbarend genoemd mag worden⁸. Wel kan worden gewezen op een ander arrest van het hof van beroep te Gent op 20 januari 2011 waarin een vonnis van de rechtbank van koophandel te Gent van 29 september 2010 werd bevestigd. Hierin beval de rechtbank de staking m.b.t. de weigering van een reisorganisatie om een dove persoon te laten deelnemen aan een groepsreis naar Jordanië tenzij hij zelf een doventolk liet meereizen

1. Het besproken arrest kunt u terugvinden in onze rubriek “Rechtspraak”, p. 313.
2. Decr.VI. 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse Gelijkekansen- en Gelijkebehandelingsdecreet, BS 23 september 2008.
3. Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007.
4. Richtl.Raad nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb.L. 2 december 2000, afl. 303, 16-22.
5. Art. 20, eerste lid Decr.VI. 10 juli 2008. Vgl. art. 5, § 1 wet 10 mei 2007. De onderlinge afbakening van de materiële toepassingsgebieden van de Antidiscriminatiewet en het Antidiscriminatiedecreet is onduidelijk. Zie in dat verband D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie-recht*, Mechelen, Wolters Kluwer België, 2005, 499-500.
6. Art. 29, § 1 Decr.VI. 10 juli 2008.
7. Over het geringe aantal jurisprudentiële toepassingen van “het klassieke discriminatierecht”: zie S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, (690) 696-699.
8. De beperkte rechtspraak ter zake neemt niet weg dat het aantal dossiers over vermoedelijke discriminatie op grond van handicap bij het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding blijft toenemen. Bijna een kwart van de nieuwe dossiers bij het Centrum in 2010 had betrekking op handicap en/of gezondheid: CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, *Jaarverslag Discriminatie/Diversiteit 2010*, Brussel, 2011, 65 en 69. In dit verband moet ook gewezen worden op hetzij de eventuele toekomstige rol van het Centrum als interfederaal orgaan, hetzij de eventuele oprichting van een Vlaams centrum met bevoegdheden op het vlak van discriminatievraagstukken.

op zijn kosten. De reisorganisatie beging een inbreuk op de Antidiscriminatiewet door de deelname te weigeren met enkele (kleine) redelijke aanpassingen (o.m. het gebruik van sms om afspraken door te geven en het hotel inlichten dat er een dove persoon in het hotel verblijft)⁹.

Het Antidiscriminatie-decreet voorziet in een omkering van de bewijslast wanneer degene die de stakingsvoering instelt feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden¹⁰.

3. Het Antidiscriminatie-decreet definieert “handicap” niet¹¹. Uit de toelichting bij het decreet blijkt dat de decreetgever de definitie die geldt voor het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (VAPH) wenst te hanteren¹², i.e. “*elk langdurig en belangrijk participatieprobleem van een persoon dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke en externe factoren*”¹³. Deze definitie impliceert niet dat een persoon effectief moet ingeschreven zijn bij het VAPH om als persoon met een handicap te worden aangezien in de zin van het Antidiscriminatie-decreet. De ruime definitie impliceert dat bijvoorbeeld ook mensen met dyslexie als personen met een handicap moeten worden beschouwd¹⁴.

4. Het Antidiscriminatie-decreet beschouwt het weigeren van aanpassingen die geen onevenredige belasting betekenen, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen als het weigeren van redelijke aanpassingen¹⁵. Nog volgens dit decreet moet elke concrete maatregel, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap *neutraliseert*, als een aanpassing worden beschouwd¹⁶. In de Antidiscriminatiewet worden de redelijke aanpassingen als “passende maatregelen” uitdrukkelijk gekoppeld aan de concrete situatie

en de behoefte van de persoon met de handicap¹⁷. In een protocol van 19 juli 2007 verbonden de Federale Staat en de deelstaten zich ertoe om zich bij de interpretatie van het begrip “redelijke aanpassingen” te laten leiden door de in dit protocol omschreven principes en indicatoren¹⁸. De overheden stellen dat de aanpassingen *doeltreffend* moeten zijn, zodat de persoon met een handicap daadwerkelijk kan participeren. Zij moeten een *evenwaardige participatie* van de persoon met een handicap mogelijk maken, ervoor zorgen dat de persoon met een handicap *zelfstandig kan participeren* en de veiligheid van de persoon met een handicap waarborgen. Een slechts gedeeltelijke realisatie op het vlak van de evenwaardige of autonome participatie mag evenwel geen alibi zijn voor het niet-realiseren van de redelijke aanpassing. De redelijkheid van de aanpassing moet worden beoordeeld in het licht van *onder meer* volgende indicatoren:

- de financiële impact van de aanpassing, waarbij rekening wordt gehouden met eventuele ondersteunende financiële tegemoetkomingen en de financiële draagkracht van degene op wie de aanpassingsplicht rust;
- de organisatorische impact van de aanpassing;
- de te verwachten frequentie en duur van het gebruik van de aanpassing door personen met een handicap;
- de impact van de aanpassing op de levenskwaliteit van (een) daadwerkelijke of potentiële gebruiker(s) met een handicap;
- de impact van de aanpassing op de omgeving en op andere gebruikers;
- het ontbreken van gelijkwaardige alternatieven;
- het verzuim van voor de hand liggende of wettelijk verplichte normen.

In het hier besproken arrest van het hof van beroep van Gent van 7 september 2011 wordt niet verwezen naar dit protocol¹⁹.

9. Gent 20 januari 2011, 2010-AR-2943.

10. Art. 36, § 1 Decr.VI. 10 juli 2008.

11. Zie J. HUYS, “Begripsomschrijving van ‘handicap’ en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht”, *Soc.Kron.* 2009, 65-74.

12. Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 10.

13. Art. 2, 2° Decr.VI. 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, *BS* 11 juni 2004.

14. Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 11.

15. Een (strafrechtelijke) veroordeling op grond van de Antidiscriminatiewet is slechts mogelijk onder de drievoudige voorwaarde dat de vervolgende partij aantoonde dat de beklagde de redelijke aanpassingen niet wilde doen, dat die aanpassingen in concreto niet onevenredig zijn en dat de beklagde zich ervan bewust was dat hij die aanpassingen moest doen. Onder die voorwaarden is het begrip “de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap” voldoende nauwkeurig, duidelijk en voorspelbaar en bijgevolg verenigbaar met het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel voor het Grondwettelijk Hof: GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, *BS* 9 april 2009. Zie i.v.m. redelijke aanpassingen: J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen met een handicap is een vorm van discriminatie”, *TSR* 2003, 387-429; K. GOOSSENS, “De non-discriminatie van andersvaliden”, *Or.* 2005, afl. 3, (49) 58-61; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, o.c., 210-211, 215 en 492-500; K. HENRARD, “De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 257-295.

16. Art. 19 Decr.VI. 10 juli 2008.

17. Art. 4, 12° wet 10 mei 2007.

18. Protocol 19 juli 2007 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie ten gunste van personen met een handicap, *BS* 20 september 2007.

19. In deze moet er aan herinnerd worden dat samenwerkingsakkoorden (ongeacht de benaming ervan) “die betrekking hebben op de aangelegenheden die bij decreet worden geregeld, alsmede de akkoorden die de gemeenschap of het gewest zouden kunnen bezwaren of Belgen persoonlijk zouden kunnen binden” pas gevolgen kunnen hebben “nadat zij instemming hebben verkregen bij decreet”: art. 92bis, § 1, tweede lid Bijzondere Wet Hervorming Instellingen.

II. DE TOEKENNING VAN TOLKUREN IN HET ONDERWIJS

5. Aan leerlingen of cursisten met een handicap die gefinancierd of gesubsidieerd gewoon secundair onderwijs volgen *kunnen*, volgens een besluit van de Vlaamse regering van 2010, speciale onderwijsleermiddelen ter beschikking worden gesteld. De Vlaamse regering moet de procedure voor de aanvraag van de middelen en de toepassingscriteria bepalen. Analoge bepalingen zijn er voor het basisonderwijs, het hoger onderwijs en het volwassenenonderwijs²⁰. Op grond van deze bepalingen werd een regeling uitgewerkt voor de toekenning van tolkuren in het gewoon onderwijs aan leerlingen of studenten met een auditieve handicap. Deze regeling is vandaag terug te vinden in een omzendbrief van 15 mei 2009 voor wat het gewoon voltijds secundair en hoger onderwijs betreft²¹. De leerling of student kan ondersteuning krijgen van een tolk Vlaamse gebarenbaal, een schrijftolk of een combinatie van beide. De omzendbrief stelt dat de schrijftolken moeten worden ingeschakeld om belangrijke communicatiemomenten mogelijk te maken. De aanvrager van doventolkondersteuning is de onderwijsinstelling, niet de leerling, zijn ouders of de student. Bij de verdeling van de beschikbare uren wordt onder meer rekening gehouden met vergelijkbare aanvragen binnen een zelfde school en met het gebruik van de (toegewezen) tolkuren in het verleden. De omzendbrief bevat een regeling voor de herverdeling van tolkuren die eventueel in de loop van een school- of academiejaar vrijkomen. De cel Speciale Onderwijsleermiddelen van het departement Onderwijs richt zich hierbij naar de onderwijsinstellingen, en niet (ook) naar de betrokken leerlingen, hun ouders of de studenten.

6. De regeling voor de toekenning van tolkuren aan kinderen en jongeren met een auditieve handicap maakte al meermaals het voorwerp van kritiek uit, zowel wat de procedure als wat het beschikbare aanbod betreft. De Vlaamse Ombudsdienst beval de overheid aan om maatregelen te nemen om dove leerlingen meer ondersteuning te bieden, bijvoorbeeld door het verhogen van het aantal tolkuren waar leerlingen een beroep op kunnen doen²². In een rapport van de Onderwijsinspectie van juni 2009 lezen we, wat de tolken zelf betreft, de volgende aanbeveling aan de Vlaamse overheid: “*Gezien de exponentiële groei van het aantal aanvragen en de toegekende uren, overwegen of dit project met tijdelijk karakter niet*

beter een organiek statuut krijgt, waarbij doventolken meer contractuele zekerheid krijgen”²³.

III. RECHTSPRAAK

7. Van het verbod op het weigeren van redelijke aanpassingen aan een persoon met een handicap in de onderwijs sfeer maakte de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven op 27 juli 2009 een toepassing²⁴. Dove en slechthorende leerlingen vroegen aan deze rechter een weigering van redelijke aanpassingen door de Vlaamse overheid vast te stellen omdat het aantal tolkuren dat op school werd aangeboden onvoldoende hoog lag. De rechter wees dit af en stelde dat hij een inbreuk op de scheiding der machten zou maken indien hij een discriminatie zou vaststellen. De discretionaire bevoegdheid van de Vlaamse overheid maakt dat het enkel zij is die kan oordelen over de wijze van besteding van de middelen teneinde de doventolkondersteuning binnen het onderwijs te implementeren. De Vlaamse Gemeenschap werd bovendien gevolgd in de stelling dat het aantal toe te kennen tolkuren voor elke individuele leerling niet enkel afhankelijk is van de beschikbare middelen, maar ook van de beschikbaarheid van doventolken, “*voor zover zij zelf niet aan de basis [ligt] van de beperkte beschikbaarheid*”.

8. Het in dit nummer opgenomen arrest van het hof van beroep te Gent van 7 september 2011 (p. 313) gaat over dezelfde problematiek. Hier wordt wel een discriminatie van de Vlaamse overheid t.a.v. drie dove en slechthorende jongeren vastgesteld. Hun vordering om meer tolkuren in het gewoon secundair onderwijs te bekomen wordt op basis van het verbod op het weigeren van redelijke aanpassingen zowel in eerste aanleg²⁵ als in beroep gegrond verklaard. Hun stakingsvordering ten aanzien van de onderwijsinstellingen werd evenwel afgewezen omdat zij niet aantoonde dat deze enige invloed kon hebben op de totstandkoming en uitvoering van de beslissingen van de Vlaamse overheid²⁶. Over de aard van de redelijke aanpassingen bestond in deze geen discussie, wel over de *omvang* die door de Vlaamse overheid wordt bepaald. Het argument als zou het tot de discretionaire bevoegdheid van de Vlaamse overheid behoren om te oordelen over de aanwending van de middelen in deze materie werd deze

20. Art. 357 B.VI.Reg. 17 december 2010 houdende de codificatie betreffende het secundair onderwijs, *BS* 24 juni 2011; art. 91 Decr.VI. 25 februari 1997 basis-onderwijs, *BS* 17 april 1997; art. 67 Decr.VI. 8 juli 1996 betreffende het onderwijs VII, *BS* 5 september 1996.

21. Omz. NO-2009-02 5 mei 2009, www.ond.vlaanderen.be/edulex/database/document/document.asp?docid=14091. In de zaak die voorlag voor het hof van beroep te Gent was een eerdere omzendbrief van toepassing, hoewel dit niets aan de grond van de zaak verandert. Zonder meer moet het gebruik van normatieve omzendingen ter discussie worden gesteld.

22. Vlaamse Ombudsdienst, *Jaarverslag 2009, Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 41-A/1, 138.

23. ONDERWIJSINSPECTIE, *Onderzoek naar de inzet van doventolken in het secundair, hoger en volwassenenonderwijs in Vlaanderen*, Brussel, 2009, 22.

24. Voorz. Rb. Leuven 27 juli 2009, *NJW* 2010, 638, *TJK* 2010, 321. Zie A. D'ESPALLIER, “Tolkuren voor dove en slechthorende leerlingen”, *NJW* 2010, 606-610.

25. Voorz. Rb. Gent 15 juli 2009, AR 09/1122/A, *TvMR* 2009, afl. 3, 15, noot J. HUYS.

26. Ook een stakingsvordering tegen een onderwijsinstelling, los van een stakingsvordering tegen de Vlaamse overheid, op grond van het Antidiscriminatie-decreet is denkbaar, bijvoorbeeld wanneer de schooltoetsen van een leerling met dyslexie niet aangepast zijn aan de noden van de leerling: casus aangehaald in CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, *Jaarverslag Discriminatie/Diversiteit 2010*, Brussel, 2011, 78.

keer van tafel geveegd: “de discretionaire bevoegdheid begint waar de discriminatie eindigt”. Het hof van beroep te Gent oordeelde dat het zich niet op het domein van de beleidsvrijheid van de overheid begaf.

Het hof meende dat de Vlaamse overheid zich niet kon verschuilen achter het vermeende tekort aan doventolken. Dit tekort is voor de overheid geen externe realiteit; de gebrekkige voorwaarden voor de materiële omkadering worden immers grotendeels door de overheid bepaald.

De overheid voerde de te grote organisatorische impact aan om de gevraagde verhoging van de doventolkondersteuning af te wijzen. Het arrest stelt dat het criterium om de proportionaliteit van de gevraagde aanpassingen te beoordelen niet geldt voor de organisatie van de aanpassing zélf maar wel voor wat de organisatie van de activiteit betreft waarop de aanpassing betrekking heeft (het verstrekken van onderwijs).

Uit de stakingsvordering vloeit voort dat de gevatte rechter niet enkel de discriminatie kan vaststellen en verbieden, maar aan dit verbod ook een positieve daad kan verbinden. Het gebrek aan redelijke aanpassingen vloeide voort uit de toekenning van respectievelijk 195, 290 en 320 tolkuren aan de betrokken leerlingen. Onder verbeurte van een dwangsom wordt de Vlaamse Gemeenschap verplicht om voor deze leerlingen te voorzien in *minimum* 70% tolkondersteuning op (school)jaarbasis. Doordat deze ondersteuning als een minimum wordt aangezien, is er geen tegenspraak met het arrest dat de redelijke aanpassingen wel degelijk koppelt aan de specifieke situatie waarin elke leerling zich bevindt. Bovendien stelt het hof dat het voor zich spreekt dat de overheid voorziet in een gelijke behandeling van personen met een *identieke* handicap.

9. Het tekort aan redelijke aanpassingen blijkt niet enkel uit de omvang van de beschikbare doventolkondersteuning, maar vloeit ook voort uit de aanvraag- en beoordelingsprocedure. Ook deze procedure kon het voorwerp van de stakingsvordering uitmaken. Voor het hof van beroep te Gent voldoet deze niet aan de verplichting tot het aanbieden van redelijke aanpassingen. In het bijzonder schiet de overheid tekort doordat het voor de leerling zelf onmogelijk is om vooraf zijn standpunt te kennen te geven in de procedure die leidt tot de toekenning van een te beperkte ondersteuning en om een herzieningsaanvraag in te dienen n.a.v. een meningsverschil met de school. De kwestieuze procedure wordt gekwalificeerd als een specifieke discriminatoire gedraging van de overheid (die louter is neergelegd in een omzendbrief). Het hof meent hierin geen uitspraak te zien in de zin van artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek, zijnde een uitspraak bij wege van algemene en als regel geldende beschikking. Rechtsherstel

in natura wat de kwestieuze procedure betreft, was evenwel in beroep niet meer aan de orde.

IV. TOETSING AAN TWEE VERDRAGEN: HET IVRK EN HET VN-VERDRAG

10. Met artikel 23.1 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind erkent de Vlaamse Gemeenschap dat de levensomstandigheden van een kind met een handicap “zijn zelfstandigheid [moeten] bevorderen en zijn actieve deelneming aan het gemeenschapsleven [moeten] vergemakkelijken”. Tegelijk erkent de Vlaamse Gemeenschap in artikel 23.2 “het recht van het gehandicapte kind op bijzondere zorg”. De Vlaamse Gemeenschap moet “waarborgen dat [...], afhankelijk van de beschikbare middelen, de bijstand wordt verleend die is aangevraagd en die passend is gezien de gesteldheid van het kind en de omstandigheden van de ouders die voor het kind zorgen”. Artikel 23.3 stelt dat deze bijstand, “wanneer mogelijk, gratis [moet] worden verleend, rekening houdend met de financiële middelen van de ouders of anderen die voor het kind zorgen”. Deze bijstand moet erop gericht zijn te waarborgen “dat het gehandicapte kind daadwerkelijk toegang heeft tot onderwijs [...]”. De discussie over de omvang van de redelijke aanpassingen voor kinderen en jongeren met een auditieve handicap maakt deel uit van het debat over inclusief onderwijs. Het IVRK spreekt zich niet onomwonden uit voor inclusief onderwijs, ook niet wanneer men artikel 23 samenleest met de antidiscriminatieclausule van artikel 2 (de Vlaamse Gemeenschap moet de kinderrechten eerbiedigen en waarborgen voor ieder kind zonder discriminatie van welke aard ook, ongeacht onder meer handicap) en met de artikelen 28 (het recht op onderwijs, te verwezenlijken op basis van gelijke kansen) en 29.1.a (onderwijs dat gericht moet zijn op een zo volledig mogelijke ontplooiing van de persoonlijkheid, talenten en geestelijke en lichamelijke vermogens van het kind)²⁷. In het besproken arrest werd niet verwezen naar het IVRK.

11. In 2009 stemde het Vlaams Parlement in met het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap en het facultatief protocol bij dit verdrag²⁸. Artikel 24 van het verdrag laat weinig twijfel bestaan over de wijze waarop het recht op onderwijs van personen met een handicap moet worden opgevat. De Vlaamse Gemeenschap moet “een inclusief onderwijssysteem op alle niveaus” waarborgen (art. 24.1). Bij de uitoefening van dit recht moet de Vlaamse Gemeenschap waarborgen dat “personen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van het algemene onderwijssysteem” (art. 24.2.b). Redelijke aanpassingen moeten worden verschaft volgens de behoefte van de

27. Het Kinderrechtencommissariaat stelt dat op basis van een comprehensieve lezing dit recht op inclusie “sterk aanwezig is”: KINDERRECHTENCOMMISSARIAAT, *Advies “Schuif een betere ondersteuning van het inclusief onderwijs (leerzorg) niet op de lange baan”*, Brussel 3 februari 2009, 3.

28. Decr.VI. 8 mei 2009 houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, en het facultatief protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, opgemaakt in New York op 13 december 2006, BS 3 augustus 2009.

betrokken persoon (art. 24.2.c)²⁹. De overheid moet ervoor zorgen dat “personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te vergemakkelijken” (art. 24.2.d). Zij moet “waarborgen dat het onderwijs voor personen, en in het bijzonder voor kinderen, die blind, doof of doofblind zijn, plaatsvindt in de talen en met de communicatiemethoden en -middelen die het meest geschikt zijn voor de desbetreffende persoon en in een omgeving waarin hun cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd” (art. 24.3.c). De overheid moet, teneinde de uitoefening van dit recht te vergemakkelijken, “passende maatregelen [nemen] om leerkrachten aan te stellen, met inbegrip van leerkrachten met een handicap, die zijn opgeleid voor gebarentaal en/of braille”. Het verdrag schrijft bovendien voor dat bij deze opleiding de studenten worden getraind in het omgaan met personen met een handicap en het gebruik van de desbetreffende ondersteunende communicatie en ander methoden, middelen en vormen van en voor communicatie, onderwijstechnieken en materialen om personen met een handicap te ondersteunen (art. 24.4)³⁰.

In de commissie voor Onderwijs en Gelijke Kansen van het Vlaams Parlement was het bovenstaande arrest van het hof van beroep te Gent het voorwerp van debat. Opvallend hierbij was de veeg uit de pan van de bevoegde minister voor het Vlaams Parlement: “De dag dat dit parlement het verdrag heeft geratificeerd, was de dag dat u die weg naar de rechtbank hebt geopend, al dan niet met een decreet voor leezorg.”³¹ Deze uitspraak houdt juridisch geen steek: het is het Antidiscriminatie-decreet, overigens ingeleid met een ontwerp van decreet, dat

een bepaald soort rechterlijk activisme uitlokt (*cf. infra*). Het arrest van het hof van beroep steunt uitsluitend op het Antidiscriminatie-decreet en verwijst zelfs niet naar het verdrag als interpretatieve bron, laat staan dat er volledige duidelijkheid zou zijn over de al dan niet directe werking van de relevante deelbepalingen van artikel 24 van het verdrag³². Wel is duidelijk dat het huidige onderwijssysteem, waarvan het geïntegreerd en inclusief onderwijs deel uitmaakt, vandaag niet voldoet aan de bepalingen van artikel 24 van het verdrag³³.

V. RECHTERLIJK ACTIVISME DAN MAAR?

12. Het begrip “redelijke aanpassingen” komt als concept uit de Angelsaksische wereld, waar het rechterlijk activisme traditioneel sterker is³⁴. D’espallier merkt terecht op dat het effect van het Antidiscriminatie-decreet afhangt van het activisme van onze rechterlijke macht³⁵. Bovenstaand arrest gaat hierin mee met wijzigingen naar sociale rechtvaardigheid en de voorbeeldfunctie van de overheid. Belangrijker nog is dat vermeende budgettaire beperkingen in hoofdte van de overheid niet doorslaggevend hoeven te zijn bij het beoordelen van de redelijkheid van de gevraagde aanpassingen in individuele gevallen.

Een dergelijke rechtspraak heeft geen boodschap aan een beleid waarin het geleidelijk optrekken van het aantal tolkuren wordt voorzien³⁶: beoordelingsvrijheid op het gebied van redelijke aanpassingen is slechts denkbaar binnen de grenzen van de eerbiediging van het discriminatieverbod.

29. Het 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” (art. 2).
30. Noteer dat het VN-Comité voor de Rechten van Personen met een Handicap kan worden gevat. Dit comité kan een onderzoek instellen n.a.v. een kennisgeving van personen of groepen die beweren het slachtoffer te zijn van een schending van de bepalingen van het VN-Verdrag van 2006.
31. Vraag om uitleg van mevrouw Elisabeth Meuleman tot de heer Pascal Smet over de veroordeling van de Vlaamse Gemeenschap voor discriminatie van dove leerlingen en de gevolgen hiervan voor de beslissing om het leerzorgkader niet in te voeren, vraag om uitleg van Vera Jans tot de heer Pascal Smet over het arrest van het hof van beroep in Gent over het tekort aan doventolkuren, vraag om uitleg van Helga Stevens tot de heer Pascal Smet over de tolkuren van dove leerlingen in het gewoon onderwijs, *Hand. VI.Parl.* 2011-12, 11 oktober 2011, nr. C21-OND3, 7 en 9-10.
32. Vgl. STEUNPUNT RECHT EN ONDERWIJS, *Advies over de specifieke bepalingen met betrekking tot onderwijs in het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap (managementsamenvatting)*, www.ond.vlaanderen.be/leerzorg/VN/VN-verdrag-advies-sam.pdf, 6-7 en Adv. nr. 2008/18 van de Strategische Adviesraad Internationaal Vlaanderen bij het ontwerp van decreet houdende instemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, en het facultatief protocol bij het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, opgemaakt in New York op 13 december 2006, *Parl.St. VI.Parl.* 2008-09, nr. 2144/1, 47-48. Zie ook KINDERRECHTENCOMMISSARIAAT, *Schriftelijke vraag – Leerzorgniveau 4 in strijd met internationale rechtsregels?*, Brussel 3 juli 2007, 2: “Bij deze verdragen moet wel opgemerkt worden dat uit de formulering dient afgeleid te worden dat het geen subjectieve rechten in hoofdte van de leerling omschrijft maar eerder inspanningen oplegt aan de lidstaten. Men kan van de lidstaten dan niet verwachten dat zij deze rechten op een inclusieve wijze van vandaag op morgen realiseren, maar ze zullen wel een proces naar volledige inclusie moeten in gang zetten.” Bij de bespreking van het Antidiscriminatie-decreet werd overigens opgemerkt dat “[h]et ontwerp [...] evenzeer uitvoering [geeft] aan het VN-Verdrag van 2006 [...], bijvoorbeeld wat betreft de redelijke aanpassingen, wellicht omdat de Vlaamse regering nog geen ontwerp van instemmingsdecreet kon indienen bij het Vlaams Parlement”: verslag namens de commissie voor Wonen, Stedelijke Beleid, Inburgering en Gelijke Kansen bij het ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St. VI.Parl.* 2007-08, nr. 1578/5, 15.
33. STEUNPUNT RECHT EN ONDERWIJS, o.c., 2-3. Conformiteit met het verdrag impliceert onder meer dat de eindcompetenties van de lerarenopleidingen herzien moeten worden en dat de introductie van nieuwe beroepscategorieën (bv. orthopedagogen) in het gewoon onderwijs zal moeten worden overwogen. Zie ook G. VAN HOVE, K. MORTIER EN E. DE SCHAUWER, “Inclusief onderwijs in Vlaanderen: uitdagingen afgewogen tegenover het ‘leerzorgkader’ en de ‘UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities’”, *TORB* 2007-08, 491-496.
34. Voor een bespreking van “reasonable accommodations” zie R.M. LEVY EN L.S.S. RUBENSTEIN, *The Rights of People with Mental Disabilities*, Carbondale/Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1996, 159 e.v.
35. A. D’ESPALLIER, *l.c.*, 610.
36. Vraag om uitleg van mevrouw Elisabeth Meuleman tot de heer Pascal Smet over de veroordeling van de Vlaamse Gemeenschap voor discriminatie van dove leerlingen en de gevolgen hiervan voor de beslissing om het leerzorgkader niet in te voeren, vraag om uitleg van Vera Jans tot de heer Pascal Smet over het arrest van het hof van beroep in Gent over het tekort aan doventolkuren, vraag om uitleg van Helga Stevens tot de heer Pascal Smet over de tolkuren van dove leerlingen in het gewoon onderwijs, *Hand. VI.Parl.* 2011-12, 11 oktober 2011, nr. C21-OND3, 6.

13. De reikwijdte van het discriminatieverbod in het Antidiscriminatie-decreet is aanzienlijk; het potentiële actieterrein is enorm³⁷. De wetgever koos ervoor de verplichting om te voorzien in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap niet te laten opgaan in de maatregelen van “positieve actie” zoals voorzien in artikel 26 van het Antidiscriminatie-decreet. Dit decreet “belet niet dat om volledige gelijkheid te waarborgen, tijdelijk specifieke maatregelen worden gehandhaafd of getroffen om een kennelijke ongelijkheid te compenseren die verband houdt met [...] handicap, voor zover die maatregelen objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”³⁸. Het betoelagen van doventolkondersteuning van overheidswege en/of het toelaten van deze ondersteuning door het gewoon onderwijs kunnen in de zin van het Antidiscriminatie-decreet sowieso niet als “positieve actie” worden aangezien, omdat de tijdelijkheid ervan deze maatregel effectloos zou maken³⁹. Zoals het hof van beroep te Gent aangeeft, heeft de wetgever “bewust gekozen voor een formulering waarbij het begrip van ‘redelijke aanpassingen’ geïntegreerd wordt in het door haar aangenomen discriminatieconcept en in het handhavings- en sanctieapparaat zoals omschreven in het [Antidiscriminatie-decreet]”.

VI. REDELIJKE AANPASSINGEN IN DE NABIJE TOEKOMST

14. Het arrest wakkert opnieuw de discussie over inclusief onderwijs aan. Op 10 november 2008, in de vorige legislatuur, keurde de Vlaamse regering een voorontwerp van Decreet Leerzorg goed. Het voorontwerp voorziet onder meer dat aan leerlingen met een motorische, visuele of auditieve beperking die gewoon gefinancierd of gesubsidieerd secundair onderwijs volgen, speciale onderwijsleermiddelen ter beschikking kunnen worden gesteld. Het gaat dan om middelen die deze leerlingen op leerzorgniveau I, II, III en IV nodig hebben om het onderwijsleerproces in de gewone school te kunnen volgen. Het kan gaan om technische apparatuur, omzettingen van leerboeken en studiemateriaal, en prestaties van doventolken. De Vlaamse regering moet hiertoe de aanvraagprocedure bepalen, alsook de toepassingscriteria⁴⁰. Deze bepalingen uit het afgevoerde voorontwerp van decreet voegen vanuit normatief standpunt weinig toe aan de bestaande bepalingen.

Op 15 juli 2011 besliste de Vlaamse regering om, “in afwachting van een invoering van leerzorg op langere termijn, een aantal dringende beleidsmaatregelen te nemen ten behoeve van leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften”. De Vlaamse regering kondigde hierbij aan dat zij “[d]e engagementen met betrekking tot doventolkondersteuning (o.a. de verhoging van het aantal tolkuren, de verhoging van het uurloon en de vervoersonkosten van de tolken, de vereenvoudiging van de administratieve procedure, de bemiddeling door het CAB en de betrokkenheid van ouders en leerlingen bij de aanwending van de uren) [zal] vertalen naar concrete beleidsmaatregelen”⁴¹. Tegelijk beloofde zij in functie van het uitwerken van beleidsmaatregelen voor leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften, het advies van het Steunpunt Recht en Onderwijs over de implicaties van artikel 24 van het VN-Verdrag⁴² inzake de rechten van personen met een handicap en de jurisprudentie in onderwijs en andere beleidsdomeinen als uitgangspunten mee te nemen. Ook de Vlaamse overheid weet dat een rechterlijke uitspraak doorgaans enkel gevolgen heeft voor de procespartijen. Een structurele verbetering van de doventolkondersteuning is blijkbaar voor de langere termijn, omdat er budgettair hiervoor vooralsnog geen ruimte is⁴³ of wordt gemaakt.

15. Het arrest van 7 september 2011 mag, abstractie makende van een eventuele uitspraak door het Hof van Cassatie, belangwekkend worden genoemd⁴⁴. Dit arrest maakt duidelijk dat een louter “blind” budgettair argument in hoofde van de Vlaamse overheid niet langer kan volstaan voor het weigeren van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap. Dit zal de alerte Independent Living-beweging niet ontgaan zijn. Niet enkel de volledige onderwijs sfeer komt immers in het vizier, maar ook onder meer het Vlaamse beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, waaronder de ondersteuning door het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap ressorteert. Dit kan gaan om de toekenning van hulpmiddelen (individuele materiële bijstand)⁴⁵, waaronder tolkuren, maar bijvoorbeeld ook om de toekenning van persoonlijke assistentiebudgetten. Nieuwe rechtspraak dient zich wellicht aan.

37. Zie S. SOTTIAUX, *l.c.*, 696.

38. Art. 26 Decr.VI. 10 juli 2008.

39. Voor een bespreking van het proactieve discriminatie- en diversiteitsrecht: zie S. SOTTIAUX, *l.c.*, 700-702.

40. Art. V.11 Voorontwerp van decreet betreffende leerzorg, goedgekeurd door de Vlaamse regering op 19 november 2008.

41. Overzicht van de dreigende beleidsmaatregelen ten behoeve van leerlingen met specifieke onderwijsbehoeften, DOC 194/2010-2011, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 60/3, 8.

42. Zie voetnoot 32.

43. VLAAMSE OMBUDSDIENST, *Jaarverslag 2010*, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 41/1, 47.

44. Over de impact van jurisprudentie in het discriminatierecht: S. SOTTIAUX, *l.c.*, 697.

45. Zie nota van de Vlaamse regering, Vlaams Actieplan Kinderrechten 2011-14, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1238/1, 39. Hierin wordt de afstemming aangekondigd van de toekenning van speciale onderwijsleermiddelen en de toekenning van hulpmiddelen in het kader van individuele materiële bijstand door het VAPH.