

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

30 april 2010

WETSVOORSTEL

**ter bestrijding van discriminatie
op basis van het medisch verleden**

(ingediend door de heren Patrick De Grootte
en Ben Weyts)

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

30 avril 2010

PROPOSITION DE LOI

**interdisant toute discrimination
fondée sur le passé médical**

(déposée par MM. Patrick De Grootte
et Ben Weyts)

SAMENVATTING

Ex-kankerpatiënten worden bij sommige aanwervingsprocedures nog jarenlang achtervolgd door hun ziekte, ook al zijn ze genezen verklaard. Zo rekruteert Defensie ook behandelde en genezen verklaarde kankerpatiënten, maar enkel na een kankervrije periode van vijf jaar.

Ook al is hij gezond en voldoet hij aan alle andere voorwaarden, toch kan een genezen verklaarde kankerpatiënt in de eerste vijf jaar na zijn ziekte dus niet aan de slag bij Defensie.

Voor de indieners van dit wetsvoorstel komt deze regeling — die ook in andere sectoren geldt — neer op discriminatie en schendt de privacy van de kandidaten. Zij stellen voor de wetgeving betreffende de periode van vijf jaar aan te passen en bij rekrutering niet langer rekening te houden met het medisch verleden van een kandidaat.

RÉSUMÉ

Les personnes qui ont été atteintes d'un cancer sont encore poursuivies pendant des années par leur maladie dans le cadre de certaines procédures de recrutement, même si elles ont été déclarées guéries. Ainsi, la Défense recrute également des patients cancéreux traités et déclarés guéris, mais uniquement lorsqu'ils sont guéris de leur cancer depuis cinq ans.

Même s'il est en bonne santé et satisfait à toutes les autres conditions, un patient cancéreux déclaré guéri ne peut donc pas être engagé par la Défense pendant les cinq premières années qui suivent sa maladie.

Les auteurs de cette proposition de loi estiment que cette réglementation — qui s'applique également dans d'autres secteurs — est discriminatoire et porte atteinte à la vie privée des candidats. Ils proposent d'adapter la législation en ce qui concerne la période de cinq ans et de ne plus tenir compte du passé médical d'un candidat lors du recrutement.

cdH	:	centre démocrate Humaniste
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Ecolo-Groen!	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
FN	:	Front National
LDD	:	Lijst Dedecker
MR	:	Mouvement Réformateur
N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
PS	:	Parti Socialiste
sp.a	:	socialistische partij anders
VB	:	Vlaams Belang

Afkortingen bij de nummering van de publicaties:

DOC 52 0000/000:	Parlementair document van de 52 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)
CRABV:	Beknopt Verslag (blauwe kaft)
CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)
PLEN:	Plenum
COM:	Commissievergadering
MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Abréviations dans la numérotation des publications:

DOC 52 0000/000:	Document parlementaire de la 52 ^{ème} législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA:	Questions et Réponses écrites
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)
CRABV:	Compte Rendu Analytique (couverture bleue)
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)
PLEN:	Séance plénière
COM:	Réunion de commission
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen:
Natieplein 2
1008 Brussel
Tel. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.deKamer.be
e-mail : publicaties@deKamer.be

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes:
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.laChambre.be
e-mail : publications@laChambre.be

TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

1. Casus

Dit wetsvoorstel is gebaseerd op een concreet geval. Een achttienjarige jongen is een kandidaat-rekruut, maar wordt geweigerd omdat hij twee jaar eerder werd behandeld voor kanker terwijl het kankervrij zijn van een periode van vijf jaar als een selectievoorwaarde voor het ministerie van defensie geldt. Het ligt geenszins in de bedoeling van de indieners om een steekvlamwetgeving in te voeren. De problematiek ligt dieper en is algemener dan gedacht. De persoon mag slagen in alle fysieke testen, hij is desondanks verplicht om schriftelijk een medische vragenlijst in te vullen wat sowieso leidt tot zijn uitsluiting.

Onder het mom van medische geschiktheid voeren defensie en andere overheidsinstanties aldus een selectie op basis van een voorspellende medische wetenschap. Want volgens diezelfde overheid is hij niet meer ziek en bekwaam om te werken en kan hij aldus geen rechten meer putten uit zijn medisch verleden. Het zal de kandidaat-rekruut dus wel nog vijf jaren blijven achtervolgen. Wars van de beleden “actieve welvaartstaat” worden ex-kankerpatiënten nog vijf jaren langer van de arbeidsmarkt verdrongen zonder specifieke tegemoetkoming. Dit gebeurt voornamelijk in de sectoren die de openbare veiligheid moeten garanderen, zoals defensie en politie. Deze openbare veiligheid zou aldus in het gedrang komen door de mindere fysieke prestaties althans bij een mogelijk herval in kanker — een gok die de veiligheidsdiensten blijkbaar niet kunnen nemen.

Cynisch genoeg bewijzen net sportlui dat de behandeling van kanker geen blijvend effect hoeft te hebben op fysieke prestaties. De meest in het oog springende voorbeelden zijn:

— In oktober 1996 werd bij wielrenner Lance Armstrong (°1971) teelbalkanker vastgesteld met uitzaaiingen in de longen en hersenen. De kans op overleven werd minder dan 50% geschat. Uiteindelijk blijkt Lance Armstrong minder dan 3% overlevingskans te hebben gehad. Na twee zware operaties en een toen nog experimentele vorm van chemotherapie kwam Armstrong er echter weer bovenop en een paar maanden later zat hij alweer op de fiets. Van 1999 tot 2005 won hij zeven maal op rij de Tour de France.

DÉVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

1. Cas

La présente proposition de loi est basée sur un cas concret. Un jeune homme de dix-huit ans est candidat militaire, mais est refusé parce qu'il a été traité pour un cancer deux ans auparavant, dès lors qu'il faut être guéri de son cancer depuis cinq ans pour pouvoir être sélectionné pour le ministère de la Défense. Notre objectif n'est absolument pas d'instaurer une législation au lance-flammes. Le problème est plus profond et plus général qu'on ne le pense. La personne a beau réussir tous les tests physiques, elle est malgré tout obligée de répondre par écrit à un questionnaire médical, ce qui entraîne de toute façon son exclusion.

Sous le couvert d'une aptitude médicale, la Défense et d'autres instances publiques opèrent ainsi une sélection basée sur une science médicale prédictive. Car, selon ces mêmes instances, le candidat n'est plus malade et est apte à travailler et ne peut donc plus tirer aucun droit de son passé médical. Celui-ci poursuivra cependant le candidat militaire encore pendant cinq années. Indépendamment de l'État social actif proclamé, les personnes autrefois atteintes d'un cancer sont encore évincées pendant cinq années du marché du travail, sans intervention spécifique. Cela se produit essentiellement dans les secteurs chargés de garantir la sécurité publique, comme la défense et la police. Cette sécurité publique serait ainsi compromise par des prestations moins physiques, du moins en cas d'éventuelle récurrence — un risque que les services de sécurité ne peuvent apparemment pas prendre.

Ironiquement, ce sont précisément les sportifs qui prouvent que le traitement d'un cancer n'a pas nécessairement d'effet durable sur les prestations physiques. Les exemples les plus frappants sont à cet égard:

— En octobre 1996, un cancer des testicules avec des métastases aux poumons et au cerveau est diagnostiqué chez le coureur cycliste Lance Armstrong (°1971). Ses chances de survie étaient estimées à moins de 50%. En fin de compte, il s'avère que Lance Armstrong aurait eu moins de 3% de chances de survie. Après deux lourdes opérations et une forme de chimiothérapie encore expérimentale pour l'époque, Armstrong s'en est tout de même sorti et quelques mois plus tard, il remontait sur son vélo. De 1999 à 2005, il a gagné le Tour de France sept fois consécutives.

— In maart 2001 kreeg Maarten Van der Weijden (°1981) te horen dat hij leed aan een acute lymfatische leukemie. Hij verbleef een half jaar in het ziekenhuis en streed twee jaar tegen deze ziekte. Na vier chemokuren en een stamceltransplantatie werd hij genezen verklaard. Hij begon weer met sporten en won prompt het Nederlands Kampioenschap op de 800 m vrij zwemmen. In 2004 zwom hij in een recordtijd het IJsselmeer over. Op de Europese kampioenschappen behaalde Maarten Van der Weijden bij een titeltornooi voor het eerst een medaille, met name zilver op de 10 km. In 2007 en in 2008 verbeterde hij het Nederlands record op de 5 km. Op de 10 km open water werd het een zilveren medaille. In 2008 werd Maarten Van der Weijden Olympisch kampioen op de 10 km open water en wereldkampioen op 25 km open water.

Recentere voorbeelden zijn er van marathonschaatser Miel Rozendaal (2008), voetballer Walter Baseggio (2009), enz. Gelukkig voor hen wilden deze sporters geen Belgisch militair of politieagent worden.

Het antwoord van de minister van defensie op een vraag ter zake van kamerlid Patrick De Groote is een batterij van juridische gronden waarmee dit onderscheid wordt gelegitimeerd om te eindigen met de persoonlijke bevinding van de minister: *“ik heb echter zelf aangehaald en ben er zelf al mee geconfronteerd, niet alleen binnen Defensie maar ook op andere niveaus, hoezeer dit criterium van vijf jaar arbitrair kan lijken. Het is echter een algemeen geldend criterium.”*¹ De uitsluiting van de voornoemde kandidaat-rekruut is inderdaad geen alleenstaand geval. Nog nooit is kanker zo alom tegenwoordig geweest. Eén op drie Belgen zou tijdens zijn of haar leven kanker ontwikkelen.² Ondanks deze bevinding blijven ex-kankerpatiënten uitgesloten van de toegang tot een aantal voorzieningen en diensten op een aantal essentiële levensterreinen. Dit gaat van toegang tot de verzekeringsmarkt tot toegang tot de beroepswereld tot zelfs het gezinsleven. Zo worden ex-kankerpatiënten door pleeggezinndiensten en de adoptiewereld geweigerd. In het laatste geval worden jarenlange procedures zogenaamd in het belang van het kind stopgezet omdat een (ex-)kankerpatiënt niet de garantie kan bieden om het kind op te voeden op langere termijn.

¹ Kamer, IV, COM 604, 24/06/2009, blz. 2-7.

² Het Laatste Nieuws, 19/09/2009, blz. 20.

— En mars 2001, Maarten Van der Weijden (°1981) apprend qu'il est atteint d'une leucémie lymphatique aiguë. Il a été hospitalisé pendant six mois et s'est battu contre cette maladie pendant deux ans. Après quatre chimiothérapies et une greffe de cellules souches, il a été déclaré guéri. Il s'est remis au sport et a rapidement gagné le championnat néerlandais de 800 m nage libre. En 2004, il traversa l'IJsselmeer à la nage en un temps record. Lors des championnats européens, Maarten Van der Weijden a d'abord obtenu une médaille lors d'un championnat, à savoir la médaille d'argent au 10 km. En 2007 et en 2008, il améliora le record néerlandais au 5 km. Au 10 km en eau libre, il a obtenu la médaille d'argent. En 2008, Maarten Van der Weijden est devenu champion olympique 10 km eau libre et champion du monde du 25 km eau libre.

Il y a des exemples plus récents, comme celui du patineur marathonien Miel Rozendaal (2008), du footballeur Walter Baseggio (2009), etc. Heureusement pour eux, ces sportifs ne voulaient pas devenir militaires ou agents de police en Belgique.

En réponse à une question posée à ce sujet par le député Patrick De Groote, le ministre de la Défense propose un ensemble de conditions légales qui légitimeraient cette distinction afin de mettre un terme à ce qu'il a lui-même constaté: *“j'ai déjà été confronté à ce genre de situation, non seulement au sein de la Défense, mais également dans d'autres secteurs, et j'ai déjà souligné à quel point ce critère de cinq ans peut sembler arbitraire. Mais c'est un critère généralement appliqué.”*¹ L'exclusion du candidat-militaire susmentionné n'est effectivement pas un cas isolé. Jamais le cancer n'a été aussi omniprésent. Un Belge sur trois devrait développer un cancer au cours de sa vie.² Malgré cela, les personnes ayant souffert d'un cancer sont toujours exclues de certains services dans des domaines essentiels de la vie: du marché des assurances au monde professionnel, en passant par la vie familiale. Ainsi, il arrive que les services de familles d'accueil et d'adoption leur soient refusés. Dans ce dernier cas, de longues procédures sont interrompues “dans l'intérêt de l'enfant”, car une personne souffrant ou ayant souffert d'un cancer ne peut garantir qu'elle pourra élever l'enfant à long terme.

¹ Chambre, IV, COM 604, 24/06/2009, p. 2-7.

² Het Laatste Nieuws, 19/09/2009, p. 20.

2. Discriminatie

2.1. Ziekte als discriminatiegrond

Het verbod op discriminatie is in de Westerse wereld reeds lang een algemeen principe dat is ingeschreven in verschillende nationale grondwetten. De concrete beleving van dit principe, de afdwingbaarheid ervan en de controle op een effectieve toepassing van dit gelijkwaardigheidsprincipe is evenwel een strijd die met wisselend succes wordt gevoerd door allerlei emancipatiebewegingen. Zo hebben de strijd van verschillende maatschappelijke geledingen, zoals de vrouwenbeweging, verschillende taalbewegingen, de homobeweging, enz., pas in de laatste decennia geleid tot bepaalde beschermingscriteria in de wetgeving tegen discriminatie.

De expliciete bescherming tegen discriminatie wordt voornamelijk gehanteerd ten aanzien van de zwakkeren en/of minderheidsgroepen in onze samenleving. De bescherming van zwakkeren vormt het voornaamste uitgangspunt van alle rechtsinstrumenten ter bestrijding van discriminatie. Dit is overigens ook de reden waarom deze rechtsbronnen positieve discriminatie van een zwakkere wel in het nadeel van maatschappelijk beter geplaatste personen of groepen wel mogelijk maken.

In artikel 2 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) werden er voor het eerst een aantal beschermingscriteria opgesomd: *“Een ieder heeft aanspraak op alle rechten en vrijheden, in deze Verklaring opgesomd, zonder enig onderscheid van welke aard ook, zoals ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.”* In navolging van de Universele Verklaring werd het verbod op discriminatie ingeschreven in artikel 14 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (1950), luidende als volgt: *“Verbod van discriminatie. Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.”* Dit laatste artikel geeft een niet-exhaustieve lijst van mogelijke discriminatiegronden. De gezondheids-toestand wordt in het EVRM niet aangehaald. Dit wil echter niet zeggen dat een vermeende gezondheids-toestand geen discriminatiegrond zou kunnen zijn. Het is evenwel veelzeggend dat een handicap of een ziekte nog niet werd opgenomen als een beschermingscriterium tegen discriminatie. De discriminatie van personen

2. Discrimination

2.1. La maladie comme motif de discrimination

Dans le monde occidental, l'interdiction de discrimination est, depuis longtemps, un principe général figurant dans différentes Constitutions nationales. Or, la mise en pratique, le respect et le contrôle de l'application de ce principe d'égalité constituent une lutte menée avec plus ou moins de succès par toutes sortes de mouvements d'émancipation. Ainsi, ces dernières décennies, les combats menés par différents acteurs de la société, tels que le mouvement des femmes, des mouvements linguistiques, le mouvement homosexuel, etc. ont permis de définir des critères de protection dans la législation contre la discrimination.

La protection explicite contre la discrimination concerne essentiellement les groupes les plus faibles et/ou minoritaires dans notre société, et sert de point de départ principal à tous les instruments de droit visant à lutter contre la discrimination. C'est d'ailleurs aussi la raison pour laquelle ces sources de droit permettent la discrimination positive des plus faibles au détriment des personnes ou des groupes mieux placés dans la société.

C'est dans l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) qu'un certain nombre de critères de protection ont pour la première fois été énumérés: *“Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.”* Dans la foulée de la Déclaration universelle, l'interdiction de toute discrimination a été inscrite dans l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (1950), libellé comme suit: *“Interdiction de discrimination. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.”* Cet article donne une liste non exhaustive des motifs de discrimination possibles. L'état de santé n'est pas mentionné dans la CEDH mais cela ne signifie pas pour autant qu'un état de santé supposé ne puisse pas être un motif de discrimination. Il est toutefois significatif que ni un

met een handicap of een ziekte kwamen pas later onder de aandacht.

Met de ondertekening van het Europees Verdrag van Amsterdam in 1997 werd er in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap een nieuw artikel 13 (oud artikel 6A) ingevoegd dat luidt: “*Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.*” De algemene krijtlijnen van het Europees beleid tegen discriminatie vonden hun uitwerking in twee richtlijnen, met name richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Ofschoon het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en de Europese richtlijnen een “ziekte” niet uitdrukkelijk opnemen als discriminatiegrond, dient een “langdurige ziekte” onder meer te zijn inbegrepen onder de term “handicap”. De Europese Unie hanteert immers een zeer ruime definitie van handicap.³

2.2. De “huidige” en “toekomstige gezondheids-toestand”

Op het Belgisch niveau berust de strijd tegen de discriminatie in hoofdzaak op drie wetgevende instrumenten, met name:

— een *antiracismewet* of de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie [sic] ingegeven daden, gewijzigd bij de wet van 10 mei 2007;

³ Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St.*, VI. Parl., nr. 1578/1, blz. 109 en blz. 186 (voetnoot 54): De reguleringssim-pactanalyse (RIA) geeft als voorbeeld de zaak Chacon Navas, waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie “handicap” zal als “een beperking die onder meer resulteert uit fysieke, mentale of psychische aantastingen die de deelname van de persoon in kwestie aan het beroepsleven belemmeren”. Opdat een belemmering onder de notie “handicap” valt, is wel vereist dat de belemmering van lange duur is.

handicap ni une maladie n’avaient pas encore été repris au titre de critère de protection contre la discrimination. La discrimination de personnes souffrant d’un handicap ou d’une maladie n’a retenu l’attention que plus tard.

La signature du Traité d’Amsterdam en 1997 s’est accompagnée de l’insertion, dans le Traité instituant la Communauté européenne, d’un nouvel article 13 (ancien article 6A) libellé comme suit: “*Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l’unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l’origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l’âge ou l’orientation sexuelle.*” Le cadre général de la politique européenne de lutte contre la discrimination s’est concrétisée par deux directives, en l’occurrence la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d’origine ethnique et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail. Bien que le Traité instituant la Communauté européenne et les directives européennes ne mentionnent pas expressément une “maladie” comme motif de discrimination, il convient d’inclure notamment la notion de “maladie de longue durée” dans le terme “handicap”. L’Union européenne applique en effet une très large définition du handicap.³

2.2. L’ “état de santé actuel” et “futur”

Au niveau belge, la lutte contre la discrimination repose principalement sur trois instruments législatifs, à savoir:

— une *loi contre le racisme* ou loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie [sic], modifiée par la loi du 10 mai 2007;

³ Projet de décret organisant un cadre pour la politique flamande d’égalité des chances et d’égalité de traitement, *Doc. Parl.*, VI. Parl., n° 1578/1, p. 109 et p. 186 (note infrapaginale 54): L’évaluation de l’impact des régulations cite en exemple l’affaire Chacon Navas, dans laquelle la Cour de justice de l’Union européenne a estimé que la notion de “handicap” devait être entendue comme visant “une limitation, résultant notamment d’atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle”. Pour que la limitation relève de la notion de “handicap”, il faut cependant qu’elle soit de longue durée.

— een *genderwet* of de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Deze wet verving de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid;

— een algemene *antidiscriminatiewet* of de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie. Deze wet verving de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

Het is deze laatste wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie die in artikel 3 een aantal discriminatiegronden opsomt: “*discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, vermogen, geloof, levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of de sociale afkomst.*” De opgesomde beschermde criteria zijn bijna letterlijk overgenomen van haar voorloper, de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, opgesomd in artikel 4, eerste lid, 4°: “*leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst.*”

Op het eerste zicht kan de formulering “*huidige en toekomstige gezondheidstoestand*” leiden tot uiteenlopende interpretaties. Door het feit dat enkel en alleen de huidige en de toekomstige gezondheidstoestand door de Belgische wetgever worden opgenomen in de beschermingscriteria tegen discriminatie, kan men — al dan niet verkeerdelijk — veronderstellen dat het medisch verleden of een gezondheidstoestand uit het verleden door de Belgische wetgever wel als discriminatiegrond wordt aanvaard, te meer omdat een dergelijk onderscheid of discriminatie van personen op basis van hun medisch verleden in onze maatschappij wel degelijk voorkomen! De indieners van het voorliggend wetsvoorstel zijn er evenwel van overtuigd dat de Belgische wetgever in 2003 helemaal niet de bedoeling had om een onderscheid te maken tussen de gezondheidstoestand in het verleden en de huidige gezondheidstoestand, maar altijd voor ogen hebben gehad dat de term “*huidige gezondheidstoestand*” het resultaat

— une *loi-genre* ou loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Cette loi a remplacé la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale;

— une *loi antidiscrimination* générale ou loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Cette loi a remplacé la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

C'est cette dernière loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination qui, en son article 3, énumère une série de motifs de discrimination: “*discrimination fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale.*” Les critères protégés énumérés ont été pratiquement littéralement empruntés à celle qui l'a précédé, la loi du 25 février tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, qui énumère en son article 4, alinéa 1^{er}, 4°: “*l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale.*”

À première vue, la formulation “*état de santé actuel et futur*” peut donner lieu à des interprétations divergentes. Étant donné que seul l'état de santé actuel et futur a été retenu par le législateur belge parmi les critères de protection contre la discrimination, on peut supposer — à tort ou à raison — que le législateur belge accepte effectivement le passé médical ou un état de santé passé comme motif de discrimination, à plus forte raison du fait que ce type de distinction ou de discrimination de personnes fondée sur leur passé médical apparaît bel et bien dans notre société. Nous sommes toutefois convaincus que l'intention du législateur belge en 2003 n'était nullement d'opérer une distinction entre l'état de santé passé et l'état de santé actuel, mais qu'il a toujours envisagé les termes “*état de santé actuel*” comme le résultat de l'ensemble des interventions médicales effectuées dans le passé. Il est probable que les auteurs de la proposition de loi d'alors n'ont jamais soupçonné que cela pouvait donner lieu à

was van alle medische ingrepen die in het verleden zijn gebeurd. Waarschijnlijk hebben de toenmalige indianers van het wetsvoorstel nooit vermoed dat dit kon lijden tot een semantische discussie. Er zijn drie mogelijkheden. Ofwel is iemand genezen en/of hersteld en is de gezondheidstoestand uit het verleden niet meer relevant. Het medisch dossier is immers geen strafblad, waar bepaalde medische feiten al dan niet verjaren na verloop van tijd. Ofwel is iemand nog steeds ziek en/of wordt hij of zij behandeld en dan spreekt men zeker over de huidige gezondheidstoestand. Ofwel is een volledig herstel definitief (of voor een langere termijn) uitgesloten en dan spreekt men van een handicap.

De reden waarom in de wet van 10 mei 2007 en de oorspronkelijke wet van 25 februari 2003 zo uitdrukkelijk de klemtoon werd gelegd op de huidige en de toekomstige gezondheidstoestand heeft te maken met de tijdsgeest waarin de predicatieve geneeskunde opgang maakte, zowel wat betreft de wetenschappelijke inzichten in de genetica als wat betreft de inzichten in de invloed van omgevingsfactoren of gedragingen op de gezondheid van mensen (vervuiling, roken, alcohol, zwaarlijvigheid,...). Deze bezorgdheid over het mogelijk misbruiken van de voortschrijdende wetenschappelijke inzichten in het ontwikkelen van ziekten, vinden we terug in de toelichting bij het wetsvoorstel van 14 juli 1999 van senator Philippe Mahoux en consoorten, dat aan de oorsprong ligt van de wet van 25 februari 2003: *“Iemands geslacht, zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand (opgespoord met voorspellende genetische tests), zijn seksuele geaardheid, zijn enkele van de kenmerken die vaak aan de basis liggen van discriminerend gedrag.”* Een onderscheid tussen de gezondheidstoestand uit het verleden, heden of een toekomstige gezondheidstoestand zou immers niet in overeenstemming kunnen worden gebracht met een volgende paragraaf uit de toelichting: *“Zij hebben de strekking van de wet beperkt tot een reeks motieven voor discriminatie. Het gaat om een aantal kenmerken die mensen te beurt vallen en die zij niet of niet helemaal onder controle hebben. Men kan zijn geslacht, zijn gezondheidstoestand, zijn afkomst en zijn fysiek gestel niet kiezen en men heeft geen controle over zijn heteroseksuele of homoseksuele geaardheid, noch over zijn burgerlijke stand zodra die eenmaal vaststaat.”*⁴

De behandeling van de problematiek van discriminatie op basis van de gezondheidstoestand en de toekomstige gezondheidstoestand op het Vlaamse niveau is in die zin op een andere manier verwoord en biedt

une discussion sémantique. Il existe trois possibilités: soit une personne est guérie et/ou rétablie et l'état de santé passé n'est plus pertinent. En effet, le dossier médical ne s'apparente pas à un casier dans lequel certains faits médicaux seraient prescrits ou non après un certain délai. Soit une personne est toujours malade et en traitement, auquel cas on parlera certainement de l'état de santé actuel. Soit un rétablissement complet de la personne est définitivement (ou à plus long terme) exclu et on parlera de handicap.

Les raisons pour lesquelles la loi du 10 mai 2007 et la loi initiale du 25 février 2003 ont à ce point mis l'accent sur les états de santé actuel ou futur sont liées au contexte dans lequel la médecine prédictive a pris son essor, tant en ce qui concerne les connaissances scientifiques disponibles en matière de génétique qu'en ce qui concerne la compréhension de l'influence des facteurs environnementaux ou des comportements sur la santé des personnes (pollution, tabagisme, alcool, obésité, etc.). Ces préoccupations concernant le risque que les progrès de la science dans la connaissance du développement des maladies soient utilisés abusivement ressortent des développements de la proposition de loi du 14 juillet 1999 des sénateurs Philippe Mahoux et consorts, dont est issue la loi du 25 février 2003: *“Le sexe d'une personne, son état de santé actuel ou futur (détecté par un test génétique prévisionnel), son orientation sexuelle... sont, entre autres, des caractéristiques qui motivent parfois des comportements discriminatoires.”* En effet, établir une distinction entre les états de santé passé, actuel ou futur serait incompatible avec la suite des développements, où on lit: *“Ils ont voulu limiter le champ d'application de la loi à une série de motifs de discrimination. Il s'agit de caractéristiques qui s'imposent aux personnes, et que celles-ci ne maîtrisent pas, ou ne peuvent maîtriser entièrement. L'on n'a pas le choix de son sexe, de son état de santé, des conditions de sa naissance, de sa constitution physique, et l'on ne maîtrise pas son orientation hétérosexuelle ou homosexuelle, ni son état civil une fois que celui-ci est acquis.”*⁴

La problématique de la discrimination en fonction de l'état de santé actuel ou futur a été traitée différemment au niveau flamand. Il y a dès lors peu de risques d'interprétations ambiguës à ce niveau. Le décret portant le

⁴ Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding, *Parl. St.*, Senaat, 14/07/1999, Doc. 2-12/1, blz. 2.

⁴ Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Doc. Parl.*, Sénat, 14/07/1999, Doc. 2-12/1, p. 2.

daardoor weinig mogelijkheden voor dubbelzinnige interpretaties. Het decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid hanteert als doel een Vlaamse gelijkekansenbeleid te ondernemen waarbij prioritair gelijke kansen worden bewerkstelligd ongeacht handicap of gezondheidstoestand (art. 5, § 2, 3°). De gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap worden in hetzelfde decreet als beschermde kenmerken gehanteerd (art. 15, § 3).

Volledigheidshalve willen de indieners van dit wetsvoorstel een onderscheid maken tussen de gezondheidstoestand op basis van gegevens verkregen door beoefenaars van de geneeskunst en het “medisch verleden” op basis van arbeidsrechtelijke documenten, zoals het aantal opgenomen ziektedagen. De problematiek van het ziekteverzuim is niet louter terug te voeren op de persoonlijke gezondheidstoestand, maar hangt ook vast aan andere persoonlijkheidsaspecten of een sociale en/of culturele achtergrond. In het verleden zijn er immers processen gevoerd tegen bedrijven die bij een herstructurering werknemers hebben ontslaan op basis van het aantal ziektedagen. Bij de herstructurering van Ford in 2003 zagen de arbeidsrechtbanken van Tongeren in 2006 en van Hasselt in 2008 geen graten in een selectie op basis van het aantal ziektedagen. Een zelfde redenering wordt aangehouden door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer of de privacycommissie in haar advies nr. 06/97 van 19 februari 1997 naar aanleiding van het gebruik van gegevens betreffende de ziektedagen en de evaluatie van gegevens betreffende de gezondheid, in het kader van een promotieprocedure binnen de FOD Financiën, waarin ze stelde dat *“de betwistbare gegevens niet bestempeld kunnen worden als medische gegevens in de zin van artikel 7 van voornoemde wet [Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer [sic] ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens], daar ze niet afkomstig zijn van een “beoefenaar van de geneeskunst”, maar slechts het standpunt weergeven van [X] en/of het college van dienstchefs.”*

2.3. Onderscheid of discriminatie

Een onderscheid op basis van één van de beschermingscriteria is niet automatisch een discriminatie. In de regelgeving maakt men een duidelijk onderscheid tussen een neutraal “onderscheid” en een onwettige “discriminatie”. Een onderscheid waarbij men door een bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen benadeelt, is met name geen (directe of

cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement vise à mettre en place une politique flamande de l'égalité des chances et de traitement qui prévoit, en priorité, de mettre en œuvre l'égalité des chances indépendamment du handicap ou de l'état de santé (art. 5, § 2, 3°). Dans le même décret, l'état de santé, le handicap et les caractéristiques physiques ou génétiques sont considérées comme des caractéristiques protégées (art. 15, § 3).

Pour être complets, nous souhaitons faire une distinction entre l'état de santé établi à partir de données récoltées par des praticiens de l'art de guérir et le “passé médical” établi à partir de documents relevant du droit du travail, comme par exemple le nombre de jours de congé de maladie. La question des absences pour maladie ne dépend pas seulement de l'état de santé de l'individu mais également d'autres aspects de sa personnalité ou de ses milieux sociaux et/ou culturels. On se souviendra en effet que certaines entreprises ont déjà été poursuivies pour avoir licencié certains de leurs travailleurs, lors d'une restructuration, en fonction de leur nombre de jours de maladie. C'est ainsi que lors d'une restructuration opérée chez Ford en 2003, les tribunaux du travail de Tongres, en 2006, et de Hasselt, en 2008, ne se sont pas opposés à une sélection en fonction du nombre de jours de maladie. La Commission de la protection de la vie privée a suivi le même raisonnement dans son avis n° 06/97 du 19 février 1997, relativement à l'utilisation de données concernant les jours de maladie et l'évaluation des données de santé dans le cadre d'une procédure de promotion au sein du SPF Finances, où elle a indiqué que les données contestables ne peuvent pas être qualifiées de données médicales au sens de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel dès lors qu'elles ne proviennent pas d'un praticien de l'art de guérir mais reflètent seulement le point de vue de X et du collège des chefs de service.

2.3. Distinction ou discrimination

Une distinction opérée sur la base d'un des critères de protection n'est pas automatiquement de la discrimination. La réglementation établit une nette distinction entre une “distinction” neutre et une “discrimination” illégale. En effet, une distinction n'est pas une discrimination (directe ou indirecte) lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique entraîne un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle

indirecte) discriminatie wanneer die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁵ Zo laat de Europese richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep *“nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden”*.⁶ Het moet evenwel gebeuren op basis van een objectief criterium en er moet een redelijk verband van evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Vooraf ten aanzien van personen met een handicap (met inbegrip van personen met een langdurige ziekte) geeft de Europese richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 een tweetal overwegingen mee om de tewerkstelling van deze personen te bevorderen. Zo stelt overweging 16 dat *“maatregelen gericht op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van personen met een handicap [...] bij de bestrijding van discriminatie op grond van een handicap een belangrijke rol [vervullen]”,* terwijl overweging 17 stelt dat *“deze richtlijn [...] niet [eist] dat iemand in dienst genomen, bevordert, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren of om een bepaalde opleiding te volgen, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap te voorzien.”* Artikel 5 van dezelfde richtlijn verplicht de werkgever *“[t]eneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt, wordt voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd.”* De onevenredigheid wordt aldus uitgedrukt in een belasting van de werkgever. Een onderscheid door de werkgever op basis van een handicap kan pas wanneer er een onevenredigheid bestaat tussen de kosten van de werkgever, mits mogelijke compensaties van de overheid, en de prestaties die deze persoon levert ten opzichte van een andere doorsnee werknemer.

donnés, par rapport à d'autres personnes si cette disposition, ce critère ou cette pratique est objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.⁵ Ainsi, la directive européenne 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail *“ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui”*.⁶ Toutefois, cela doit se faire sur la base d'un critère objectif et il doit exister un lien raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi.

La directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000 comporte surtout deux considérants concernant les personnes handicapées (en ce compris les personnes malades de longue durée) afin de promouvoir leur embauche. Ainsi, selon le 16^e considérant, *“la mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap”*, et selon le 17^e considérant, *“la présente directive n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, sans préjudice de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées”*. L'article 5 de la même directive dispose qu' *“afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées.”* Ainsi, la disproportion est exprimée sous la forme d'une charge pour l'employeur. Une distinction ne peut être faite par l'employeur sur la base d'un handicap que s'il existe une disproportion entre les frais à charge de l'employeur, moyennant d'éventuelles compensations de la part des pouvoirs publics, et les prestations que cette personne fournit par rapport à un autre travailleur ordinaire.

⁵ Richtlijn 2000/78/EG, artikel 2.2.

⁶ Richtlijn 2000/78/EG, artikel 2.5.

⁵ Directive 2000/78/CE, article 2.2.

⁶ Directive 2000/78/CE, article 2.5.

2.4. De veiligheidsberoepen als uitzondering

Artikel 3, lid 4 van de richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep voorziet in een uitzonderingsmogelijkheid voor specifieke instanties: “*De lidstaten kunnen bepalen dat deze richtlijn, voorzover zij betrekking heeft op discriminatie op grond van handicap en leeftijd, niet van toepassing is op de strijdkrachten.*” De volgende overwegingen van de richtlijn verduidelijken deze uitzondering. Overweging 18 stelt expliciet dat “[d]eze richtlijn [...] met name niet tot gevolg [heeft] dat de strijdkrachten, de politie, het gevangeniswezen of de noodhulpdiensten worden gedwongen om personen in dienst te nemen of te houden die niet de vereiste capaciteiten bezitten om alle taken te kunnen verrichten die zij wellicht zullen moeten vervullen met het oog op de legitieme doelstelling van handhaving van het operationele karakter van deze diensten.” Deze mogelijkheid tot afwijking is niet zonder bijkomende voorwaarden. Overweging 19 stelt expliciet dat het toepassingsgebied moet worden gedefinieerd in de nationale wetgeving: “*Opdat de lidstaten de slagkracht van hun strijdkrachten kunnen handhaven, kunnen zij bovendien vastleggen dat de bepalingen van deze richtlijn met betrekking tot handicap en leeftijd niet van toepassing zijn op het geheel of een deel van hun strijdkrachten. De lidstaten die hiervoor kiezen, moeten het toepassingsgebied van deze afwijking definiëren.*” De definiëring van de afwijking van leeftijd en handicap voor defensie hoeft daarom nog niet in de antidiscriminatiewet te staan. Door de vrijwaringsclausule in artikel 11 van de antidiscriminatiewet kunnen deze voorwaarden tot aanwerving elders wettelijk worden bepaald als zij maar wettelijk zijn bepaald.⁷

De wet van 27 maart 2003 betreffende de werving van de militairen en het statuut van de militaire muzikanten en tot wijziging van verschillende wetten van toepassing op het personeel van Landsverdediging vormt de juridische basis van de wervingsvoorwaarden bij defensie, onder meer op medisch vlak. Het medisch profiel van militairen wordt zéér gedetailleerd bepaald door het koninklijk besluit van 28 augustus 1981 betreffende het medisch geschiktheidsprofiel, meer specifiek met betrekking tot acht factoren: het beendergewrichtstelsel en de spierontwikkeling, de weerstand aan krachtspanningen, het gezicht, het gehoor, de bovenste ledematen, de onderste ledematen, de gehoorscherppte en de persoonlijkheid. Verder is er nog het uitvoeringsbesluit: het koninklijk besluit van 11 september 2003 betreffende de werving van de militairen. Voor piloten

⁷ Wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 26/10/2006, DOC 51 2722/001, blz. 23.

2.4. L'exception des professions liées à la sécurité

L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prévoit une possibilité d'exception dans certains cas: “*Les États membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge.*”. Les considérants suivants de la directive clarifient cette exception. Aux termes du point 18 “*directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services.*”. Cette possibilité de dérogation est assortie de conditions supplémentaires. Le point 19 prévoit explicitement que le champ d'application doit être défini par la législation nationale: “*Pour que les États membres puissent continuer à maintenir la capacité de leurs forces armées, ils peuvent choisir de ne pas appliquer les dispositions de la présente directive relatives au handicap et à l'âge à tout ou partie de leurs forces armées. Les États membres qui exercent ce choix doivent définir le champ d'application de cette dérogation.*”. C'est pourquoi la définition de la dérogation en matière d'âge et de handicap applicable à la défense ne doit pas encore figurer dans la loi sur la lutte contre la discrimination. Grâce à la clause de sauvegarde prévue à l'article 11 de la loi contre la discrimination, ces conditions de recrutement peuvent être fixées légalement ailleurs pourvu qu'elles soient prévues par la loi.⁷

Les conditions de recrutement applicables à la Défense, notamment en matière médicale, puisent leur fondement légal dans la loi du 27 mars 2003 relative au recrutement des militaires et au statut des musiciens militaires et modifiant diverses lois applicables au personnel de la Défense. Le profil médical des militaires est détaillé avec beaucoup de précision par l'arrêté royal du 28 août 1981 relatif au profil médical d'aptitude, en particulier en fonction de huit facteurs: la charpente ostéo-articulaire et le développement musculaire, la résistance à l'effort, la vision, l'audition, les membres supérieurs, les membres inférieurs, l'acuité auditive et la personnalité. À cela s'ajoute un arrêté d'exécution: l'arrêté royal du 11 septembre 2003 relatif au recrutement des militaires. Pour les pilotes et dans l'aviation, des conditions médicales supplémentaires sont prévues

⁷ Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *Développements, Doc. Parl.*, Chambre, 26/10/2006, DOC 51 2722/001, p. 23.

of de luchtvaart worden verder bijkomende medische voorwaarden bepaald in het koninklijk besluit van 17 september 2005 betreffende de geschiktheid voor luchtdienst. Nergens wordt echter wettelijk bepaald of gedefinieerd dat men vijf jaar kankervrij moet zijn, waardoor de defensie in de feiten eigenlijk het bovenvermeld artikel 3, vierde lid van de Europese richtlijn 2000/78/EG schendt, met de name de voorwaarde dat de afwijking wettelijk moet worden gedefinieerd, terwijl dit wel het geval is voor de leeftijdsgrenzen met betrekking tot de rekrutering.

Verder moet de Belgische nationale wetgeving getoetst worden aan de Europese richtlijn of het middel dat de nationale Staat hanteert — de vijfjarenregel — proportioneel is met de doelstelling die ze hiermee wil bereiken. Kandidaat-militairen en militairen worden aan voldoende fysieke conditietesten onderworpen. Daar staat tegenover dat de militaire overheid een middel hanteert tot uitsluiting van een bepaalde categorie van mensen op basis van een niet objectieve vaststelling of iemand fysiek capabel is of niet, maar op basis van pseudostatistiek.

2.5. Statistiek als vorm van discriminatie

In het verleden werden biologische of genetische tests met een voorspellende waarde verboden. In de Kamer gaf vice-eerste minister en minister van werkgelegenheid Laurette Onkelinx de volgende motivatie voor dit verbod: *“Soortgelijke praktijken zouden ertoe leiden dat bepaalde personen van de arbeidsmarkt zouden worden uitgesloten, zonder rekening te houden met de werkelijke geschiktheid van de werknemer voor de betrekking waarvoor hij solliciteert. Daarbij zou men zich baseren op analyses waarvan de voorspellende waarde doorgaans statistisch en niet individueel van aard is, zonder daarbij de huidige dan wel toekomstige behandeling in aanmerking te nemen van de eventuele, voorspelde ziektepatronen. Men zou evenmin voorbijgaan aan het aanpassingsvermogen waarvan werknemers blij kunnen geven, mocht in hun verdere beroepsloopbaan een ziektebeeld opduiken.”*⁸ *Mutatis mutandis* kan deze motivatie evenzeer gelden voor behandelde kankerpatiënten. De kans op recidive of het hervallen in een kanker is gebaseerd op analyses waarvan de voorspellende waarde statistisch en niet individueel van aard is!

⁸ Wetsontwerp betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, Verslag, *Parl. St.*, Kamer, 12/12/2002, DOC 50 2133/002, blz. 3.

par l'arrêté royal du 17 septembre 2005 relatif à l'aptitude au service aérien. Aucune disposition légale ne dispose ou ne prévoit toutefois que les intéressés doivent avoir été exempts de cancer pendant cinq ans, de sorte que la Défense enfreint, en pratique, l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2007/78/CE précitée, qui prévoit en effet que la dérogation doit être définie par la loi tandis que c'est bien le cas pour les limites d'âge en matière de recrutement.

Par ailleurs, la législation nationale belge doit être évaluée au regard de la directive européenne afin de savoir si l'instrument utilisé par l'État national — la règle des cinq ans — est proportionnel à l'objectif poursuivi. Les candidats militaires et les militaires sont soumis à suffisamment d'épreuves de condition physique. Par contre, les autorités militaires utilisent un instrument visant à exclure une certaine catégorie de personnes non sur la base du constat objectif de l'aptitude physique ou non de quelqu'un, mais sur la base de pseudo statistiques.

2.5. Les statistiques, forme de discrimination

Dans le passé, les tests biologiques et génétiques à prétention prévisionnelle ont été interdits. À la Chambre, la vice-première ministre et ministre de l'Emploi de l'époque, Laurette Onkelinx, a motivé cette interdiction de la façon suivante: *“De telles pratiques auraient pour effet d'exclure certaines personnes du marché du travail, sans tenir compte de l'aptitude réelle du travailleur à l'emploi qu'il postule ou qu'il occupe, en se fondant sur des analyses dont la valeur prédictive est en général d'ordre statistique et non individuelle, sans prendre en considération les traitements actuels ou à venir des éventuelles pathologies prédites et en négligeant les facultés d'adaptation dont pourront faire preuve des travailleurs dans l'hypothèse où une pathologie viendrait à survenir dans la suite de leur carrière professionnelle.”*⁸ *Mutatis mutandis*, cette motivation peut s'appliquer de la même façon aux patients ayant subi un traitement contre le cancer. Le risque de récurrence est basé sur des analyses dont la valeur prévisionnelle est d'ordre statistique et non individuel!

⁸ Projet de loi relatif aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, Rapport, *Doc. Parl.*, Chambre, 12/12/2002, DOC 50 2133/002, p. 3.

3. Privacy

3.1. De Europese privacyrichtlijn en de Belgische privacywet

Een kritische factor in de effectieve bescherming tegen de minder zichtbare vormen van discriminatie is de privacy. De beschermde criteria in de antidiscriminatie-richtlijn of antidiscriminatiewet vindt men niet toevallig bijna integraal terug in de privacyrichtlijn en de privacywet. Artikel 8, eerste lid van de Europese Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens bepaalt dat “[d]e Lid-Staten [...] de verwerking [verbieden] van persoonlijke gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, of het lidmaatschap van een vakvereniging blijkt, alsook de verwerking van gegevens die de gezondheid of het seksuele leven betreffen.”

De privacyrichtlijn voorziet evenwel in de mogelijkheid tot registratie van gezondheidsgegevens in het kader van het arbeidsrecht en de registratie in de gezondheidszorg zelf:

— zo voorziet artikel 8, tweede lid, b in de mogelijkheid tot de verwerking van gezondheidsgegevens wanneer: *“de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van de verplichtingen en de rechten van de voor de verwerking verantwoordelijke inzake arbeidsrecht, voor zover zulks is toegestaan bij de nationale wetgeving en deze adequate garanties biedt;”*

— terwijl artikel 8, derde lid het verbod op de registratie van gezondheidsgegevens opheft: *“... wanneer de verwerking van de gegevens noodzakelijk is voor de doeleinden van preventieve geneeskunde of medische diagnose, het verstrekken van zorg of behandelingen of het beheer van gezondheidsdiensten en wanneer die gegevens worden verwerkt door een gezondheidswerker die onderworpen is aan het in de nationale wetgeving, of in de door nationale bevoegde instanties vastgestelde regelgeving, vastgelegde beroepsgeheim of door een andere persoon voor wie een gelijkwaardige geheimhoudingsplicht geldt.”*

Beide bepalingen vinden we quasi letterlijk terug in de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, in respectievelijk artikel 7, § 2, b en artikel 7, § 2, j.

3. Vie privée

3.1. La directive européenne sur la vie privée et la loi belge sur la vie privée

La vie privée est un facteur critique dans la protection effective contre les formes moins visibles de discrimination. Ce n'est pas un hasard si les critères protégés contenus dans la directive anti-discrimination ou dans la loi anti-discrimination se retrouvent presque intégralement dans la directive sur la vie privée et la loi sur la vie privée. L'article 8, alinéa 1^{er}, de la Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données dispose que *“[l]es États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle.”*

La directive “vie privée” prévoit toutefois la possibilité d'enregistrement de données relatives à la santé dans le cadre du droit du travail et de l'enregistrement dans les soins de santé proprement dits:

— c'est ainsi que l'article 8, alinéa 2, b, prévoit la possibilité de traitement des données relatives à la santé lorsque: *“le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates;”*

— alors que l'article 8, alinéa 3, lève l'interdiction d'enregistrement des données relatives à la santé: *“... lorsque le traitement des données est nécessaire aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements ou de la gestion de services de santé et que le traitement de ces données est effectué par un praticien de la santé soumis par le droit national ou par des réglementations arrêtées par les autorités nationales compétentes au secret professionnel, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret équivalente.”*

Nous retrouvons quasiment textuellement ces deux dispositions dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, respectivement à l'article 7, § 2, b, et à l'article 7, § 2, j.

Op het arbeidsrecht komen we zo dadelijk terug in het volgende punt met betrekking tot het verbod op medische, genetische of biologische tests.

Wat de registratie van de gezondheidsgegevens in de gezondheidszorg betreft, legt de Europese privacyrichtlijn (en in afgeleide de privacywet) twee voorwaarden op waaraan moet worden voldaan voor de verwerking van persoonlijke gegevens betreffende gezondheid. Allereerst kan de verwerking slechts gebeuren onder de voorwaarde van een bepaalde doelstelling: preventieve geneeskunde of medische diagnose, het verstrekken van zorg of behandelingen of het beheer van gezondheidsdiensten. Ten tweede, moet de verwerking van deze gezondheidsgegevens onderworpen zijn aan personen die gehouden zijn aan een in wetgeving vastgesteld beroepsgeheim. Het lijkt ons duidelijk dat de wetgever de doelstelling had de registratie van gezondheidsgegevens toe te laten enkel en alleen ter bescherming van de betrokkene en van eventuele derden (preventieve gezondheidszorg).

De arbeidsgeneesheer valt evenzeer onder deze bepaling. De uitdrukkelijke doelstelling van een arbeidsgeneesheer is er over te waken of de betrokkene bij het inschakelen in het arbeidsproces voldoende medisch geschikt is om de arbeidshandelingen uit te oefenen zonder dat zijn gezondheidsgestel fysisch zou te lijden hebben onder deze arbeidshandelingen, en of de betrokkene geen onaanvaardbaar risico loopt door een eventuele blootstelling aan ziekten (bijvoorbeeld bij zwangerschap), aan stoffen, stralingen of specifieke omstandigheden (stress of psychologische druk) die de gezondheid van de betrokkene kan schaden. Met het oog op deze afweging stelt de arbeidsgeneesheer een diagnose. De vraag is evenwel of een arbeidsgeneesheer die een betrokkene bevraagt over zijn medisch verleden en aldus kanker vaststelt binnen een arbitraire termijn van vijf jaren, welke vaststelling sowieso leidt tot een uitsluiting van de toegang tot een arbeidsplaats, kan gedefinieerd worden als het stellen van een medische diagnose?

3.2. Het verbod op medische, genetische of biologische tests

De discussie over wat een arbeidsgeneesheer kan en niet kan, is niet nieuw. Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel van senator Philippe Mahoux (PS) betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd welke leidde tot de gelijknamige wet van 28 januari 2003 enerzijds en het wetsvoorstel van senator Myriam Vanlerberghe (SP) betreffende de medische onderzoeken

Nous reviendrons tout de suite sur le droit du travail dans le point suivant relatif à l'interdiction de tests médicaux, génétiques ou biologiques.

En ce qui concerne l'enregistrement des données relatives à la santé dans les soins de santé, la directive européenne "vie privée" (et la loi dérivée relative à la protection de la vie privée) impose deux conditions qui doivent être remplies pour permettre le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé. Tout d'abord, le traitement ne peut être effectué qu'à la condition de poursuivre un objectif déterminé: la médecine préventive, les diagnostics médicaux, l'administration de soins ou de traitements ou la gestion de services de santé. Deuxièmement, le traitement de ces données relatives à la santé doit être confié à des personnes qui sont soumises par la législation au secret professionnel. Il nous semble clair que le législateur a eu pour intention de n'autoriser l'enregistrement de données relatives à la santé que dans le seul et unique but de protéger la personne concernée et des tiers éventuels (soins de santé préventifs).

Le médecin du travail relève également de cette disposition. La mission explicite d'un médecin du travail consiste à vérifier si, lorsqu'elle intègre le circuit du travail, la personne concernée est suffisamment apte sur le plan médical à accomplir les tâches professionnelles sans que son état de santé ait à en souffrir d'un point de vue physique, et si la personne concernée ne court pas un risque inacceptable du fait de l'exposition éventuelle à des maladies (par exemple en cas de grossesse), à des substances, des radiations ou des circonstances spécifiques (stress ou pression psychologique) qui peuvent nuire à sa santé. En vue de cette appréciation, le médecin du travail pose un diagnostic. Toutefois, lorsqu'un médecin du travail interroge une personne concernée sur ses antécédents médicaux et constate ainsi l'existence d'un cancer dans une période arbitraire de cinq ans, constatation qui entraîne l'exclusion de l'accès à un emploi, la question qui se pose est de savoir si cet acte peut être défini comme l'établissement d'un diagnostic médical?

3.2. L'interdiction de tests médicaux, génétiques ou biologiques

Le débat sur ce qu'un médecin du travail peut et ne peut pas faire, n'est pas nouveau. Lors de la discussion de la proposition de loi du sénateur Philippe Mahoux (PS) relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, proposition dont est issue la loi éponyme du 28 janvier 2003 d'une part, et de la proposition de loi de la sénatrice Myriam Vanlerberghe (SP) relative aux examens médicaux dans le cadre

in het kader van aanwervingen anderzijds, werden de rol van de arbeidsgeneesheer en de juridische mogelijkheden van de arbeidsgeneesheer uitvoerig behandeld.⁹ Onder meer professor Frank Hendrickx stelde een juridisch vacuüm vast: *“Toch heeft de arbeidsgeneesheer de mogelijkheid een algemeen artikel in te roepen om bepaalde tests, bijvoorbeeld een HIV-test, uit te voeren. Hij kan immers, gelet op zijn preventieve taak, zelf appreciëren of bepaalde tests al dan niet nodig zijn in de arbeidsgeneeskunde. Op deze bestaande mogelijkheid van wettelijk appreciatie recht van de arbeidsgeneesheer is echter veel kritiek te formuleren. Er moet dus nagedacht worden over de opportuniteit om deze appreciatiemogelijkheid nauwkeuriger te omschrijven of aan banden te leggen.”*

Het peilen naar de aanwezigheid van het HIV-virus en/of naar andere informatie die een bepaalde ziekte pronostikeert, werd als bijzonder onethisch ervaren en leidde tot de eenparige stemming van de wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, waarin artikel 3, § 1 stelt dat *“biologische tests, medische onderzoeken of mondelinge informatiegaring met het oog op het verkrijgen van medische informatie over de gezondheidstoestand of stamboom informatie van een werknemer of kandidaat-werknemer [...] niet [mogen] worden verricht om andere redenen dan die welke verband houden met de huidige geschiktheid van de werknemer voor en de specifieke kenmerken van de openstaande betrekking. Krachtens dit beginsel en onverminderd de bepalingen van hoofdstuk IV zijn met name verboden het voorspellende genetisch onderzoek en de aidstest. De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, het verbod uitbreiden tot andere biologische tests en medische onderzoeken.”* Er is evenwel één wettelijk achterpoortje. Door de formulering van artikel 3, § 1, is de schriftelijke informatiegaring met het oog op het verkrijgen van medische gegevens door de betrokkene wél wettelijk! Deze hypocrisie van de Belgische wetgever werd meermaals bekritiseerd. Zo hekelt onder meer hoogleraar Herman Nys van het Centrum voor Bio-Ethiek en Recht aan de KUL het feit dat werkgevers of verzekeraars in vragenlijsten kunnen peilen naar de doodsoorzaak van ouders of andere familieleden om op deze manier dingen te weten te komen.¹⁰

Verder laat de wet van 28 januari 2003 de mogelijkheid om bij koninklijk besluit in bepaalde gevallen in

des embauchages, le rôle du médecin du travail et les possibilités juridiques dont il dispose ont fait l'objet d'un débat approfondi.⁹ Le professeur Frank Hendrickx a notamment constaté un vide juridique: *“Le médecin du travail a toutefois la faculté d'invoquer un article général qui lui permet de procéder à certains tests, et notamment au test VIH. Sa mission de prévention lui permet en effet d'apprécier personnellement si certains tests sont nécessaires ou non dans le cadre de la médecine du travail. L'on peut toutefois émettre de nombreuses critiques à l'égard de ce droit d'appréciation que la loi confère au médecin du travail. Il convient donc de réfléchir à l'opportunité de cerner plus étroitement ou de limiter ce pouvoir d'appréciation.”*

Le dépistage du virus VIH et/ou la recherche d'autres informations qui pronostiquent une pathologie déterminée, ont été ressentis comme particulièrement contraires à l'éthique et ont conduit à l'adoption à l'unanimité de la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, dont l'article 3, § 1^{er}, dispose que *“les tests biologiques, examens médicaux ou les collectes d'informations orales, en vue d'obtenir des informations médicales sur l'état de santé ou des informations sur l'hérédité d'un travailleur ou d'un candidat travailleur, ne peuvent être effectués pour d'autres considérations que celles tirées de ses aptitudes actuelles et des caractéristiques spécifiques du poste à pourvoir. En vertu de ce principe et sous réserve des dispositions du chapitre IV, sont notamment interdits l'examen génétique prévisionnel et le test de dépistage de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine. Le Roi peut étendre, par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, l'interdiction à d'autres tests biologiques et examens médicaux.”* La loi laisse cependant une porte de sortie. En vertu de la formulation de l'article 3, § 1^{er}, les collectes d'informations écrites en vue d'obtenir des données médicales de la personne concernée sont parfaitement légales ! Cette hypocrisie du législateur belge a été critiquée à plusieurs reprises. C'est ainsi notamment que le professeur Herman Nys du Centre de droit et d'éthique biomédicale de la KUL fustige le fait que les employeurs ou les assureurs puissent, dans leurs questionnaires, s'enquérir de la cause du décès des parents ou d'autres membres de la famille pour obtenir des informations de cette manière.¹⁰

En outre, la loi du 28 janvier 2003 permet de prévoir, par arrêté royal, des exceptions dans certains cas.

⁹ Wetsvoorstel betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, *Parl. St.*, Senaat, 14/07/1999, 2-20/1 en Wetsvoorstel betreffende de medische onderzoeken in het kader van aanwervingen, *Parl. St.*, Senaat, 20/10/1999, 2-116/1.

¹⁰ DE MORGEN, Discriminatie door genetische afwijking, 09/11/2005, blz. 27.

⁹ Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, *Doc. parl.*, Sénat, 14/07/1999, 2-20/1 et Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des embauchages, *Doc. parl.*, Sénat, 20/10/1999, 2-116/1.

¹⁰ DE MORGEN, Discriminatie door genetische afwijking, 09/11/2005, p. 27.

uitzonderingen te voorzien. Wat betreft deze uitzonderingen werden tijdens de hoorzittingen de volgende kanttekeningen gemaakt door Roger Blanpain en Frank Hendrickx. Professor emeritus Roger Blanpain stelde dat “[o]ndanks het principiële algemeen verbod op genetische testen moeten, net als bij aids-testen, uitzonderingen kunnen worden aanvaard. Zo zou een bepaalde aandoening schade kunnen berokkenen aan derden, bijvoorbeeld in het geval van piloten, of aan de werknemer zelf, bijvoorbeeld bij aandoeningen die kunnen verergeren door een bepaald werk.”¹¹ Volgens Frank Hendrickx, professor aan de afdeling arbeids- en sociaalzekerheidsrecht van de KU Leuven een dergelijk uitzondering enkel en alleen met een bepaalde doelstelling worden verdedigd: “[Z]o kan bijvoorbeeld het al of niet seropositief zijn voor bepaalde functies (gezondheidswerkers, gepersonaliseerde diensten) belangrijk zijn. Mogelijke verminderde productiviteit of absentisme kunnen duidelijk geen criterium vormen om testen uit te voeren. Zij naderen te sterk de selectieve geneeskunde.”¹² Tot op heden, is er echter geen dergelijk uitvoeringsbesluit die in een uitzondering voorziet.

Als de wetgevers het ethisch onaanvaardbaar vinden om in aidstesten in de aanwervingprocedure te voorzien met een beperkte ruimte voor uitzonderingen,¹³ kan men in dit opzicht van een discriminatie gewagen tussen enerzijds ex-kankerpatiënten en anderzijds dragers van het HIV-virus. Het zij hierbij duidelijk dat het risico op besmetting van kanker nul is.

4. Kanker en recidive kanker

4.1. De absurditeit van de vijf jaren overlevings-termijn

Wie vijf jaar na de eerste diagnose geen directe tekenen meer van kanker vertoont, is genezen, is één van de hardnekkigste “urban legends” of hedendaagse stadsverhalen in onze maatschappij. De reden waarom we dit in ons collectief geheugen hebben opgeslagen, ligt ongetwijfeld in het feit dat de medische wereld deze bevinding zelf heeft gelanceerd op basis van de eerste medische statistieken. Overigens door het bestaan van deze statistiekreeksen die ver teruggaan, wordt er in de

À cet égard, Roger Blanpain et Frank Hendrickx ont formulé les observations suivantes au cours des auditions. Le professeur émérite Roger Blanpain a souligné qu’ “au-delà de l’interdiction générale de principe des tests génétiques, des exceptions doivent pouvoir être admises, comme pour les tests de dépistage du sida. Une affection déterminée pourrait, par exemple, causer des dommages à des tiers, notamment dans le cas des pilotes, ou au travailleur lui-même, notamment en cas d’affections susceptibles de s’aggraver en raison de la nature du travail à accomplir.”¹¹ Selon Frank Hendrickx, professeur au département de droit du travail et de la sécurité sociale à la KU Leuven, on ne peut accepter ce genre d’exceptions que dans un but précis: “Ainsi le fait d’être ou non séropositif peut avoir son importance pour l’exercice de certaines fonctions (secteur de la santé, services personnalisés). Une éventuelle diminution de la productivité ou l’absentéisme ne peuvent clairement pas être invoqués pour justifier la réalisation de tests. Ces critères confinent trop à la médecine sélective.”¹² Toutefois, à ce jour, aucun arrêté royal prévoyant des cas d’exception n’a été pris.

Si les législateurs estiment qu’il est inacceptable d’un point de vue éthique de procéder à des tests de dépistage du VIH lors de l’embauchage tout en laissant une marge restreinte à l’intérieur de laquelle on peut prévoir des exceptions à cette règle,¹³ on peut, à cet égard, parler d’une discrimination entre, d’une part, les personnes ayant souffert d’un cancer et, d’autre part, les porteurs du virus HIV. Par ailleurs, il convient de souligner que le risque de transmission du cancer est nul.

4. Cancer et cancer récidiviste

4.1. L’absurdité du délai de survie de cinq ans

La théorie selon laquelle toute personne ne présentant plus de symptômes directs du cancer cinq ans après le premier diagnostic est guérie, est une des légendes urbaines les plus tenaces. Si cette théorie est ancrée dans notre mémoire collective, c’est sans aucun doute parce que le monde de la médecine l’a propagée lui-même sur la base des premières statistiques médicales. D’ailleurs, étant donné que ces anciennes séries statistiques existent toujours, le monde médical

¹¹ Wetsvoorstel betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, Verslag, *Parl. St.*, Senaat, 24/10/2002, 2-20/4, blz. 8.

¹² Wetsvoorstel betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, Verslag, *Parl. St.*, Senaat, 24/10/2002, 2-20/4, blz. 9.

¹³ Wetsvoorstel betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd, Verslag, *Parl. St.*, Senaat, 24/10/2002, 2-20/4, blz. 3.

¹¹ Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 24/10/2002, 2-20/4, p. 8.

¹² Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 24/10/2002, 2-20/4, p. 9.

¹³ Proposition de loi relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, Rapport, *Doc. parl.*, Sénat, 24/10/2002, 2-20/4, p. 3.

medische wereld nog steeds gebruik gemaakt van deze vijf jarenperiode als vergelijkingsbasis om de mortaliteit van een bepaalde kanker of om de doeltreffendheid van een behandelingsmethode te berekenen. Het zij daarbij opgemerkt dat de medische wereld deze mortaliteitsstatistieken van kankersoorten gedurende de periode van vijf jaren gebruikt met als basis de eerste diagnose van kanker en niet het tijdstip van de laatste behandeling.

Er is echter geen enkele oncoloog die het nog in zijn hoofd zou halen om zijn patiënt definitief genezen te verklaren indien hij vijf jaar na de eerste diagnose kankervrij lijkt. Of een kanker recidiveert hangt enerzijds sterk af van het soort kanker en het ontwikkelde stadium van de kanker. Testeskanker geeft bijvoorbeeld zelfs bij uitzaaiingen weinig kans op recidive. Anderzijds zal de huidige medische wereld een kankerpatiënt nooit meer volledig als echt “genezen” verklaren. Er zijn kankersoorten waarvan men weet dat zij de eerste vijf jaar niet meer zullen terugkeren terwijl die na een periode van elf jaar wel opnieuw een grote morbiditeitsgraad vertonen.

De verzekeringswereld gebruikt steeds meer zeer gedetailleerde tabellen om volgens het kankertype en de grootte van de tumoren de periode voorafgaand aan de herverzekeraarbaarheid te berekenen. Dit leidt in vele gevallen tot discussies tussen de behandelende oncoloog en de verzekeringsexpert daar deze eerste voortdurend moeten wijzen op de snel evoluerende stand van de wetenschappen, de ontwikkeling van nieuwe geneesmiddelen en de daarop achterlopende statistieken. Het is daarom wraakroepend dat de overheid volledig los van de discussie tussen oncologen en verzekeringsmaatschappijen voor haar eigen rekening nog steeds voor iedereen een arbitraire termijn hanteert van vijf jaren na de laatste behandeling en niet eens na de eerste diagnose zoals in het oorspronkelijke volksgeloof.

4.2. De classificatie van kankerstadia

De huidige medische wereld hanteert voor haar prognoses en voor de keuze van behandeling de TNM-classificatie van maligne tumoren. Dit systeem om de stadiëring van de kanker te meten werd ontwikkeld door de *International Union Against Cancer* (UICC). De TNM-classificatie wordt ook gebruikt door de *American Joint Committee on Cancer* (AJCC) en de *International Federation of Gynecology and Obstetrics* (FIGO). In 1987, werden de TNM-classificaties van de UICC en de AJCC tot één systeem gecombineerd met dezelfde definities.

utilise encore cette période de cinq ans comme base comparative afin d'évaluer la mortalité liée à un type de cancer ou l'efficacité d'un traitement. Il convient à cet égard de souligner que, pour calculer ces taux de mortalité liés aux différents types de cancers, le monde médical prend comme référence le premier diagnostic de cancer et non la date du dernier traitement.

Il n'y a toutefois aucun oncologue qui s'aviserait encore de déclarer son patient définitivement guéri si celui-ci ne semble plus présenter de symptôme cancéreux cinq ans après le premier diagnostic. La récurrence d'un cancer dépend fortement du type de cancer et du stade de développement du cancer. Un cancer des testicules présente par exemple peu de risques de récurrence, même en cas de métastases. D'autre part, le monde médical actuel ne déclarera plus jamais un patient cancéreux totalement “guéri”. Il y a des types de cancer dont on sait qu'ils ne récidiveront plus pendant les cinq premières années, alors qu'après une période de onze ans, ils présenteront de nouveau un taux de morbidité élevé.

Le monde des assurances utilise de plus en plus des tables très détaillées pour calculer, suivant le type de cancer et la taille des tumeurs, la période préalable à la réassurabilité. Ce calcul donne souvent lieu à des discussions entre l'oncologue traitant et l'expert en assurance, car le premier doit constamment mettre l'accent sur l'évolution rapide de la science, le développement de nouveaux médicaments et le retard des statistiques. C'est pourquoi il est révoltant que les autorités appliquent encore pour tout le monde, sans tenir le moindre compte du débat entre oncologues et compagnies d'assurance, un délai arbitraire de cinq ans après le dernier traitement, et non après le premier diagnostic, comme le voulait, au départ, la croyance populaire.

4.2. La classification des stades du cancer

Le monde médical actuel applique la classification TNM des tumeurs malignes pour l'établissement de ses pronostics et le choix du traitement. Ce système, qui permet de mesurer le stade du cancer, a été développé par l'Union internationale contre le Cancer (UICC). La classification TNM est également utilisée par l'*American Joint Committee on Cancer* (AJCC) et l'*International Federation of Gynecology and Obstetrics* (FIGO). En 1987, les classifications TNM de l'UICC et de l'AJCC ont été combinées en un seul système, reprenant les mêmes définitions.

De afkorting TNM staat voor drie verschillende parameters:

— T: de grootte of de directe uitbreiding van de primaire tumor, met waarden “Tis” en vervolgens van 1 tot en met 4. “Tis” of “T in situ” wil zeggen dat er kwaadaardige cellen aanwezig zijn, maar deze lijken nog niet invasief te zijn geworden. Een hogere waarde duidt op een slechtere prognose;

— N: de uitbreiding naar de regionale lymfeklieren, met waarden van 0 tot en met 3. “0” betekent geen lymfekliermetastasen, “1-3” betekent dat er metastasen in de regionale lymfeklieren voorkomen. De waarde is afhankelijk van het aantal en de lokalisatie lymfekliermetastasen;

— M: de metastasen op afstand, met waarde 0 of 1. “0” betekent geen metastase op afstand. “1” betekent metastasen op afstand.

Elke vorm van kanker heeft een eigen TNM-classificatie, maar niet voor alle kankers is een TNM ontwikkeld. Er bestaat bijvoorbeeld nog geen TNM voor leukemie.

Andere parameters zijn:

— G: de histologische gradering van tumoren, met waarden van 1 tot en met 4. Het varieert van goed gedifferentieerd (lijken nog sterk op normale cellen) of anaplastisch (sterk afwijkend van normale cellen);

— R: de vaststelling of er na chirurgie resten van de tumor zijn achtergebleven, met als waarden 0, 1 of 2.

De TNM-stadiëring kan ook omgezet worden in een vereenvoudigde stadiumindeling. Het stadium varieert dan van 0 tot IV. Stadium 0 komt overeen met “Tis”. Stadium I betekent meestal kleine lokale tumor zonder metastasen (bijvoorbeeld T1N0M0). Stadium IV betekent meestal metastasen op afstand (dus M1).

De indieners van dit wetsvoorstel zijn absoluut geen voorstander om een nieuw, arbitrair of zogenaamd meer wetenschappelijk onderscheid in te voeren op basis van deze TNM-classificatie gezien dit nog steeds zou gebeuren op basis van kansberekening van het ontwikkelen van een bepaald ziektepatroon van statistische en niet individuele aard. Overigens spelen ook andere factoren een rol die wij bezwaarlijk kunnen meenemen in een objectief onderscheid. Zo wees het federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg (KCE) recent op de impact van het aantal behandelingen die een arts

L'abréviation TNM représente les trois paramètres suivants:

— T: la taille ou l'extension directe de la tumeur primaire, avec des valeurs “Tis” allant de 1 à 4. “Tis” ou “T in situ” signifie que des cellules malignes sont présentes, mais qu'elles ne semblent pas encore être devenues invasives. Une valeur supérieure indique un pronostic moins bon;

— N: l'extension vers les ganglions régionaux, avec des valeurs de 0 à 3. “0” signifie qu'il n'y a pas de métastase ganglionnaire, “1-3” signifie qu'il y a des métastases dans les ganglions régionaux. La valeur dépend du nombre et de la localisation des métastases ganglionnaires;

— M: les métastases à distance, avec une valeur de 0 ou 1. “0” signifie qu'il n'y a pas de métastase à distance. “1” signifie qu'il y a des métastases à distance.

Chaque forme de cancer a sa propre classification TNM, mais une telle classification n'a pas été développée pour tous les cancers. Il n'existe, par exemple, pas encore de TNM pour la leucémie.

Parmi les autres paramètres, on trouve:

— G: la gradation histologique des tumeurs, avec des valeurs de 1 à 4. Cela varie du degré bien différencié (cellules qui ressemblent encore fortement à des cellules normales) au degré anaplasique (cellules qui sont sensiblement différentes des cellules normales);

— R: le constat que des restes de tumeur subsistent après la chirurgie, avec des valeurs de 0, 1 ou 2.

La classification TNM peut également être transformée en une classification en stades simplifiée. Le stade varie de 0 à IV. Le stade 0 correspond à “Tis”. Le stade I correspond généralement à une petite tumeur locale sans métastases (par exemple T1N0M0). Le stade IV correspond généralement à la présence de métastases à distance (donc M1).

Nous ne sommes absolument pas favorables à ce qu'il soit opéré une nouvelle distinction arbitraire ou soi-disant plus scientifique sur la base de cette classification TNM, dès lors qu'elle se ferait sur la base d'un calcul de probabilité du développement d'un profil pathologique déterminé de nature statistique et non individuelle. D'autres facteurs jouent d'ailleurs également un rôle que nous pouvons difficilement prendre en compte dans une distinction objective. Le Centre fédéral d'expertise des soins de santé (KCE) a ainsi récemment souligné l'incidence du nombre de traitements qu'un médecin ou un

of een ziekenhuis in haar geheel uitvoert op het succes van de behandeling van de patiënt: *“In de internationale wetenschappelijke literatuur bestaan er veel studies die aantonen dat chirurgen die vaak een bepaalde ingreep uitvoeren betere resultaten behalen dan zij die minder ervaring hebben met die ingreep. Hun patiënten overlijden minder, hebben minder complicaties en moeten minder in het ziekenhuis worden heropgenomen. Hetzelfde principe geldt ook voor de ziekenhuizen.”*¹⁴ Bovendien is geneeskunde geen exacte wetenschap. Zo wezen een aantal psychologen in het wetenschappelijke tijdschrift *Cancer* nog op het feit dat depressieve personen die getroffen worden door kanker vaker bezwijken aan de ziekte dan zij die een goede geestelijke gezondheid hebben. De sterftegraad bij kanker zou bij depressieve mensen 25% hoger liggen.¹⁵

Patrick DE GROOTE (N-VA)
Ben WEYTS (N-VA)

hôpital dans son ensemble réalise sur le succès du traitement du patient: *“On trouve beaucoup d’études dans la littérature scientifique internationale qui montrent que les chirurgiens pratiquant fréquemment une intervention chirurgicale obtiennent de meilleurs résultats (mortalité, complications, réadmissions moins fréquentes) que les chirurgiens qui la pratiquent rarement. Ceci est vrai aussi pour les hôpitaux.”*¹⁴ La médecine n’est en outre pas une science exacte. Plusieurs psychologues ont ainsi indiqué dans la revue scientifique *Cancer* que les personnes dépressives contractant un cancer décèdent plus souvent des suites de la maladie que celles qui sont en bonne santé mentale. Le taux de mortalité due au cancer serait plus élevé de 25% parmi les personnes dépressives.¹⁵

¹⁴ KCE, persbericht Mogelijke impact van aantal ingrepen van chirurg of ziekenhuis op resultaten bij hart-en kankeroperaties, 13/07/2009.

¹⁵ BELGA, 14/09/2009.

¹⁴ KCE, Communiqué de presse Le volume d’activité d’un chirurgien ou d’un hôpital peut avoir une influence sur les résultats de chirurgie cardiaque et du cancer, 13/07/2009.

¹⁵ BELGA, 14/09/2009.

WETSVOORSTEL**HOOFDSTUK 1****Inleidende bepaling****Artikel 1**

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

HOOFDSTUK 2**de bescherming van de persoonlijke levenssfeer****Art. 2**

In artikel 7, § 2, j) van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens worden tussen de woorden “preventieve geneeskunde of medische diagnose” en de woorden “, het verstrekken van zorg” de woorden “met het oog op de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de betrokkene of derden” ingevoegd.

HOOFDSTUK 3**De medische onderzoeken binnen het kader van de arbeidsverhoudingen****Art. 3**

Artikel 3, § 1 van de wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd wordt gewijzigd als volgt:

A) in het eerste lid wordt het woord “, schriftelijke” ingevoegd tussen de woorden “medische onderzoeken” en de woorden “of mondelinge informatiegaring”;

B) in het tweede lid worden de woorden “, het bevragen van in het verleden ondergane kankerbehandelingen die inmiddels zijn stopgezet wegens een resultaat waarbij de behandelende artsen geen resten van een tumor hebben vastgesteld” ingevoegd tussen de woorden “voorspellende genetisch onderzoek” en de woorden “en de aidstest”.

PROPOSITION DE LOI**CHAPITRE 1^{ER}****Disposition introductive****Article 1^{er}**

La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

CHAPITRE 2**De la protection de la vie privée****Art. 2**

Dans l'article 7, § 2, j), de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, les mots “en vue de la protection de la santé et de la sécurité de la personne concernée ou de tiers” sont insérés entre les mots “aux fins de médecine préventive, des diagnostics médicaux” et les mots “, de l'administration de soins”.

CHAPITRE 3**Des examens médicaux dans le cadre des relations de travail****Art. 3**

Dans l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail, les modifications suivantes sont apportées:

A) dans l'alinéa 1^{er}, les mots “ou écrites” sont insérés entre les mots “d'informations orales” et les mots “, en vue d'obtenir”;

B) dans l'alinéa 2, les mots “, le questionnaire sur les antécédents de traitements anticancéreux qui ont été arrêtés entre-temps du fait d'un résultat par lequel les médecins traitants n'ont constaté aucun reste de tumeur” sont insérés entre les mots “l'examen génétique prévisionnel et les mots “et le test de dépistage de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine”.

HOOFDSTUK 4

Het verbod op discriminatie

Art. 4

Artikel 4 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie wordt aangevuld met een punt 18°, luidende:

“18° huidige en toekomstige gezondheidstoestand: staat van gezondheid op basis van medische gegevens in de zin van artikel 7 van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van gegevens met betrekking tot het medisch verleden van de betrokkene of zijn familie, en genetische eigenschappen of resultaten van biologische tests op basis waarvan een analyse van kansberekening kan worden gemaakt tot het ontwikkelen van een bepaald ziektepatroon van statistische en niet individuele aard onverminderd de bepalingen van de wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd”.

14 oktober 2009

Patrick DE GROOTE (N-VA)
Ben WEYTS (N-VA)

CHAPITRE 4

De l'interdiction des discriminations

Art. 4

L'article 4 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination est complété par le 18° rédigé comme suit:

“18° état de santé actuel ou futur: l'état de santé sur la base des données médicales au sens de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, en ce compris les données relatives aux antécédents médicaux de la personne concernée ou de sa famille, et les caractéristiques génétiques ou les résultats de tests biologiques sur la base desquels peut être effectuée une analyse du calcul de probabilité de développer un certain tableau pathologique de nature statistique et non individuelle, sans préjudice des dispositions de la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail”.

14 octobre 2009