



Repertoriumnummer

2017 /

Datum van uitspraak

8 november 2017

Rolnummer

2017/AA/114

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof Antwerpen

Afdeling Antwerpen

Kamer 2

Arrest

UZA, met maatschappelijke zetel te , ,

met als raadsman mr. V V C , advocaat te , die pleit,

tegen:

De heer V D R, wonende te , ,

met als raadsman mr. M L , advocaat te , voor wie pleit mr. V D S , advocaat te .

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 17 januari 2017 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken toe.

I. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Bij conclusie van 27 april 2016, vorderde de heer V D de veroordeli n het U Z A, hierna het UZA genoemd, tot betaling van:

- achterstallig loon van 1 april 2013 tot 22 mei 2015 begroot op 52.360,68 euro bruto en 3.232,38 euro netto.
Ondergeschikt een schadevergoeding ter compensatie voor gederfde lonen voor de periode van 2 april 2013 tot 22 mei 2015 begroot op 52.360,68 euro bruto en 3.232,38 euro netto.
- een eindejaars- en attractiviteitspremie 2015 van 681,16 euro bruto
- een opzeggingsvergoeding van 43.596,23 euro bruto
- loon voor een feestdag van 94,77 euro bruto
- een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van 9.344,37 euro bruto
- een forfaitaire vergoeding van 14.291,39 euro bruto wegens schending van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007;

voormelde bedragen te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf de respectieve vervaldatum en de gerechtelijke interesten vanaf de datum van het verzoekschrift.

In ondergeschikte orde vorderde de heer V D een geneesheer-deskundige aan te stellen, bij voorkeur een deskundige op het vlak van de psychiatrie, die zo nodig een beroep kan doen op andere geneesherenspecialisten, met als opdracht na te gaan of de heer V D in staat is om een 50% mandaat als systeembeheerder uit te oefenen, te antwoorden op alle nuttige vragen van

partijen en vervolgens zijn of haar advies neer te schrijven in een beredeneerd verslag onder ede.

De heer V D vorderde bovendien het UZA te veroordelen tot het afleveren van de loonfiches en de fiscale fiche 281.10, onder verbeurte van een dwangsom van 50,00 euro vanaf één maand na de betekening van het vonnis en per dag vertraging.

Tenslotte vorderde de heer V D het UZA te veroordelen tot alle kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegings- en de uitgavenvergoeding, zoals voorzien bij artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.

Met conclusie van 27 juni 2016 vorderde het UZA de vordering van de heer V D ongegrond te verklaren en hem te veroordelen tot de gerechtskosten.

In ondergeschikte orde, alvorens verder recht te doen, verzocht het UZA haar toe te laten het bewijs te leveren door alle middelen van recht dat de heer V D de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer dr. F. C een verzoek overeenkomstig artikel 36bis van het KB van 28 mei 2003 gedaan heeft, hetwelk geresulteerd heeft in zijn bezoek aan dr. C op 27 maart 2013.

Met vonnis van 17 januari 2017 werd de vordering ontvankelijk en in de volgend mate gegrond verklaard.

Het UZA werd veroordeeld tot betaling aan de heer V D van de volgende bedragen:

- 52.360,68 euro als schadevergoeding gelijk aan het gederfde bruto loon voor de periode van 1 april 2013 tot 22 mei 2015;
- 3.232,38 euro als schadevergoeding gelijk aan de niet betaalde werkgeversbijdragen in de maaltijdcheques en in de groepsverzekering voor de periode van 1 april 2013 tot 22 mei 2015;
- 94,77 euro bruto als loon voor de feestdag van 25 mei 2015.

bedragen te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing, voor zover verschuldigd en effectief overgemaakt aan de betrokken instanties, te vermeerderen met de vergoedende intresten op de bedragen toegekend als schadevergoeding en dit vanaf de respectieve data van opeisbaarheid van het gederfde loon en de niet betaalde werkgeversbijdragen in de maaltijdcheques en de groepsverzekering, en met de wettelijke intresten op het bedrag van het loon voor de feestdag van 25 mei 2015, telkens tot op de dag van algehele betaling.

Verder werd het UZA veroordeeld tot de afgifte aan de heer V D van loonfiches en fiscale fiches met betrekking tot de toegekende bedragen.

De vordering tot het betalen van een eindejaarspremie en attractiviteitspremie voor het jaar 2015 werd als ongegrond afgewezen.

Alvorens recht te spreken over de overige onderdelen van de vordering, zijnde een opzeggingsvergoeding, een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en een forfaitaire vergoeding wegens schending van de Antidiscriminatiewet, werd dr. B. L. als deskundige aangesteld, met als opdracht advies te verlenen omtrent de vraag of de heer V D om medische redenen definitief ongeschikt was om de bedongen arbeid als systeembeheerder in het UZA in een stelsel van 20 uren per week uit te oefenen.

De beslissing over de kosten werd aangehouden

Tegen dit vonnis tekende het UZA op 3 maart 2017 hoger beroep aan.

II. EISEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 28 augustus 2017 vordert het UZA:

“Het hoger beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren, dienvolgens het vonnis van 17 januari 2017 van de Tweede Kamer van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, Afdeling Antwerpen (A.R.: 15/4517/A), in zoverre dr. B. L. werd aangesteld als gerechtsdeskundige teniet te doen en de zaak opnieuw te verzenden naar de 2^{de} kamer van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, afdeling Antwerpen voor verdere behandeling van de vordering ten gronde.

Geïntimeerde te veroordelen tot de gerechtskosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden begroot op 1.440 euro rechtsplegingsvergoeding.”

Met conclusie van 15 september 2017 vordert de heer V D:

“Akte te verlenen van de neerlegging van onderhavige besluiten.

Het hoger beroep in hoofdorde onontvankelijk en in ondergeschikte orde ongegrond te verklaren.

Derhalve het dossier voor verdere behandeling terug te verwijzen naar de arbeidsrechtbank Appellant bovendien te horen veroordelen tot al de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegings- en de uitgavenvergoeding, zoals voorzien bij artikel 1022 van het gerechtelijk Wetboek:

RPV: 1.440 euro (niet in geld waardeerbare vorderingen)

Bedrag aan te passen aan de op het ogenblik van de uitspraak geldende tarieven.

Indien de heer V D veroordeeld zou worden tot de kosten van het geding, vraagt hij de rechtsplegingsvergoeding te begroten op € 90 (minimale RPV).

Onder uitdrukkelijk voorbehoud van alle rechten en middelen.”

III. ONTVANKELIJKHEID

De heer V D roept de onontvankelijkheid van het hoger beroep in, met verwijzing naar artikel 1050 Ger. W..

Artikel 1050, tweede lid Ger.W., zoals gewijzigd door de wet van 19 oktober 2015, stelt dat, tenzij de rechter ander bepaalt, tegen een beslissing alvorens recht te doen slechts hoger beroep kan worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis.

De draagwijdte van het woord eindvonnis in deze bepaling moet worden begrepen in de betekenis van art. 19, eerste lid Ger.W. : *“Het vonnis is een eindvonnis in zover daarmee de rechtsmacht van de rechter over een geschilpunt uitgeput is, behoudens de rechtsmiddelen bij de wet bepaald.”*

Het Hof van Cassatie besliste herhaaldelijk dat er sprake is van een eindbeslissing wanneer de rechter zijn rechtsmacht uitput met betrekking tot een «geschilpunt», wat meteen impliceert dat, opdat er sprake zou zijn van een eindbeslissing, er tussen partijen betwisting bestond over dit punt. (Cass. 12 juni 2014, *Arr.Cass.* 2014, 1473)

In een arrest van 24 januari 2013 besliste het Hof van Cassatie dat wanneer de voorafgaande maatregel om de vordering te onderzoeken die de rechter in de loop van de rechtspleging heeft genomen, tot een betwisting heeft geleid die de rechter heeft moeten beslechten, waardoor hij zijn rechtsmacht daarover volledig heeft uitgeoefend, die beslissing een eindbeslissing op tussenvordering is en geen beslissing alvorens recht te doen. (*Arr.Cass.* 2013, 229)

In casu heeft het UZA hoger beroep ingesteld tegen de in het tussenvonnis van 17 januari 2017 genomen beslissing tot aanstelling van een gerechtsdeskundige teneinde advies te verlenen over de definitieve arbeidsongeschiktheid van de heer V D.

Uit het rechtsplegingsdossier in eerste aanleg blijkt dat partijen voor de eerste rechters betwisting hebben gevoerd aangaande het definitief karakter van de beslissing genomen door de geneesheer-directiehoofd van de FOD werkgelegenheid, arbeid en sociaal overleg, toezicht Welzijn op het Werk d.d. 21 mei 2015.

Het UZA heeft zich voor de eerste rechters verzet tegen de door de heer V D in ondergeschikte orde gevorderde aanstelling van een deskundige.

Als argument voerde het UZA onder meer aan dat het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers niet voorziet in de mogelijkheid om nog bijkomend een gerechtelijke procedure in te stellen.

Volgens het UZA vormde de door de geneesheer-directiehoofd definitief genomen beslissing van 21 mei 2015 een geldig bewijs van de door haar ingeroepen medische overmacht.

De eerste rechters beslisten evenwel dat de omstandigheid dat de beslissing van de geneesheer-directiehoofd omtrent de arbeidsongeschiktheid definitief is, niet wegneemt dat de arbeidsgerechten de bewijswaarde van deze beslissing kunnen appreciëren met de motivering dat de definitieve arbeidsongeschiktheid een feitelijk gegeven is dat met alle middelen kan worden bewezen. Gelet op de tussen bestaande onenigheid op medische vlak achtten de eerste rechters het aangewezen om in te gaan op de door de heer V D gevorderde onderzoeksmaatregel.

Door aldus te oordelen hebben de eerste rechters een beslissing genomen over een punt waarover tussen partijen betwisting bestond en waarover zij debat hebben gevoerd, zodat dat onderdeel van het vonnis *a quo* een “eindvonnis” is in de zin van artikel 19 Ger.W., waardoor de rechtsmacht van de rechter is uitgeput.

Het gaat derhalve niet om een “beslissing alvorens recht” te doen in de zin van artikel 1050, tweede lid Ger.W., zodat hoger beroep niet uitgesloten is.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

IV. TEN GRONDE

1. De feiten

Voor wat betreft de ter zake relevante feiten verwijst het arbeidshof naar de uiteenzetting ervan zoals gedaan in het bestreden vonnis (onder IV. FEITEN, op blz. 4 t.e.m. 10), die hierbij als uitdrukkelijk hernomen wordt aangezien.

2. De beoordeling

Overeenkomstig artikel 32 van de Arbeidsovereenkomstenwet kan een arbeidsovereenkomst eindigen door overmacht.

Overmacht leidt slechts tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien hij de uitvoering van de overeenkomst definitief onmogelijk maakt (Cass. 10 januari 1994, *JT*. 1994,209).

Een blijvende arbeidsongeschiktheid waarbij een werknemer definitief in de onmogelijkheid verkeert de bedongen arbeid te hervatten, kan overmacht uitmaken waardoor de arbeidsovereenkomst is beëindigd.

De bewijslast van de overmacht ligt bij diegene die er zich op beroept. In de voorliggende zaak is dit het UZA.

In casu beroept het UZA zich op het formulier voor gezondheidsbeoordeling d.d. 23 april 2015, dat in beroep werd bevestigd door de geneesheer-directiehoofd. Volgens dit formulier van de gezondheidsbeoordeling is de heer V D definitief ongeschikt wegens medische redenen.

Het UZA stelt dat de in uitvoering van artikel 64 van het KB van 28 mei 2003 genomen beslissing d.d. 21 mei 2015 van de geneesheer-directiehoofd een geldig bewijs vormt van de door haar ingeroepen medische overmacht. Het UZA leidt dit a contrario af uit artikel 70, par. 3 van het KB van 28 mei 2003 dat stelt dat *"zolang er geen definitieve beslissing omtrent de arbeidsgeschiktheid van de werknemer is genomen, de definitieve arbeidsongeschiktheid niet bewezen (is)."*

Verder wijst het UZA erop dat voormeld KB niet voorziet in de mogelijkheid om nog bijkomend een gerechtelijke procedure in te stellen.

Het UZA concludeert hieruit dat de arbeidsrechtbanken gebonden zijn door de beslissing van de geneesheer-directiehoofd zodat de definitieve ongeschiktheid op medische vlak niet meer in vraag kan worden gesteld.

Het arbeidshof is het hier niet mee eens.

Hoewel in het KB betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers van 28 mei 2003 geen beroepsmogelijkheid voorzien is tegen de beslissing van de geneesheer-directiehoofd, blijven de arbeidsrechtbanken en -hoven overeenkomstig artikel 144 van de Grondwet de bevoegdheid hebben om het ontslag en de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst te beoordelen, ook in het kader van een beëindiging op basis van medische overmacht. (A. VAN REGENMORTEL, "Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid" in M. RIGAUX en W. RAUWS et al. (eds.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 398; J.F. NEVEN, "Dissolution du contrat de travail pour cause d'incapacité définitive: vers une obligation préalable de reclassement" in J.F. LECLERCQ et al. (eds.), *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2008, 204)

De definitieve ongeschiktheid van de werknemer om de overeengekomen arbeid te verrichten, die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht tot gevolg heeft, is een rechtsfeit dat voor het arbeidsgerecht door alle middelen van recht kan worden bewezen (of ontkracht).

De arbeidsrechtbanken en -hoven oordelen soeverein of de werknemer definitief arbeidsongeschikt is of niet en of er sprake is van medische overmacht.

Overeenkomstig artikel 962 Ger. W. kan de rechter, ter oplossing van een voor hem gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven.

De rechter beoordeelt onaantastbaar de feitelijke gegevens op grond waarvan hij het aangewezen acht deskundigen wel dan niet aan te stellen ter oplossing van het voor hem gebracht geschil. (Cass. 9 mei 2005, *Arr. Cass.* 2005, afl.5, 1013; Cass. 22 juni 2005, *Pas.* 2005, afl. 5-6, 1008)

Het KB betreffende het gezondheidstoezicht wijkt niet af van deze bepaling van het Gerechtelijk Wetboek.

Uit het voorgaande volgt dat een werkgever zich op de vaststellingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer kan beroepen om de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer te bewijzen.

De bewijswaarde van deze medische beslissing is evenwel niet absoluut.

De rechter die twijfelt aan de correcte beoordeling van deze arts gelet op het bestaan van andere, al dan niet medische, elementen in het dossier kan een expertise bevelen.

Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat de onderzoeken die de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in het kader van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemer uitvoert, in het belang van de werknemer moeten worden verricht, aangezien de doelstelling van dit KB is: *“de gezondheid van de werknemers te bevorderen en te behouden door risico’s te voorkomen.”*

Gelet op het belang van de beslissing van de arbeidsgeneesheer, zowel voor de gezondheid van de betrokken werknemer, als voor het behoud van zijn tewerkstelling, werden in het KB van 28 mei 2003, een aantal procedurestappen voorgeschreven opdat de beslissing van de arbeidsgeneesheer uiterst zorgvuldig zou onderbouwd zijn.

Het mogelijk gevolg dat de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer op de wijze van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan hebben vereist dat de arbeidsgeneesheer, bij de uitvoering van het geneeskundig onderzoek, nauwgezet deze voorschriften opvolgt. Eén en ander zal hem bovendien in staat stellen zijn onafhankelijkheid te behouden. (S. LOSSY, «Bewijswaarde van het geneeskundig onderzoek van de arbeidsgeneesheer, tot stand gekomen zonder naleving van de procedure voorgeschreven in het ARAB», *Soc.Kron.* 1995, p. 209 en 211)

Er kan dan ook worden gesteld dat, wanneer komt vast te staan dat het geneeskundig onderzoek ondeugdelijk werd gevoerd, bijvoorbeeld omdat de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer zich niet onafhankelijk heeft opgesteld, de medische beslissing onvoldoende bewijskrachtig is, zodat deze ook niet de grondslag kan leveren voor het bewijs van de medische overmacht door de werkgever.

In casu hebben de eerste rechters terecht geoordeeld, dat naast de vaststelling dat de door de heer V D bij gebrachte medische attesten een ander beeld schetsen van zijn medische problematiek, er vragen kunnen worden gesteld bij de objectiviteit van de gezondheidsbeoordeling in het kader van het KB van 28 mei 2003.

Er kan immers niet voorbijgegaan worden aan de vaststelling dat de vraagstelling van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, dr. C , aan dr. D gekleurd is en niet onpartijdig .

In het verslag van dr. D staan de probleemstelling en de vraag van dr. C als volgt geformuleerd:

"Dhr. V D werd als medewerker op de IT-afdeling van het UZA dd. 25.06.2012 verplicht op ziekteverlof gestuurd omwille van "storend gedrag". Hij zou personeel, doch ook patiënten (zelfs via email) lastig vallen met zijn 'verlichte' gedachten, met zijn 'anders' zijn, evenals met wereldverbeterende, moraliserende en veroordelende gedachten. Betrokkene zou echter te kampen hebben met een bipolaire stoornis en zou naar eigen zeggen ook transgender zijn. In hoeverre dit laatste al dan niet kadert binnen een of andere psychopathologie is tot op heden niet duidelijk.

Dr. C , bedrijfsarts van het UZA, stelt zich thans de vraag of betrokkene gezien zijn huidige toestand nog kan functioneren in een werksetting als het UZA, evenals binnen een groep die vooral uit mannen bestaat.

Volgens dr. C zou zijn werkhervatting ook niet mogen aanschouwd worden als een soort van therapie om zijn gedachten af te leiden, zoals in het verleden werd gesteld door zijn behandelende artsen.

Volgens betrokkene's huisarts Dr. L zou betrokkene wel arbeidsgeschikt zijn voor de arbeidsmarkt, doch niet binnen een setting als het UZA.

Teneinde nog meer duidelijkheid te bekomen omtrent betrokkene's problematiek en de vraag of hij al dan niet kan functioneren binnen het UZA verzoekt dr. C ondergetekende om een bijkomend psychiatrisch onderzoek."

Naast de expliciete verwijzing naar de genderidentiteit van de heer V D bevat de vraagstelling van dr. C aan dr. D tevens insinuaties en vooronderstellingen die een objectief oordeel door deze laatste in de weg kunnen staan.

Samen met de heer V D moet immers worden vastgesteld dat er in het dossier geen enkel bewijs voorligt van het feit dat hij in het verleden patiënten en personeel heeft lastiggevallen of van het feit dat zijn behandelend artsen een werkhervatting als therapie zagen in het verleden.

Bovendien kan er ook getwijfeld worden of dr. V N, de geneesheer-directiehoofd, zich alleen heeft laten leiden door objectieve en dienstige medische vaststellingen.

De behandelend arts van de heer V D, dr. L, bevestigt immers dat dr. V N tijdens het gesprek naar aanleiding van zijn onderzoek op 21 mei 2015, aan de heer V D het volgende heeft gezegd: *"De confrontatie met jou op de werkvloer zal dermate ontwrichtend zijn. Je bent*

medisch ongeschikt vanwege je psychiatrisch verleden. En je moet niet in beroep gaan en procederen want dat is een lijdensweg, ik raad je aan er in te berusten en een nieuw leven op te starten.”

Door dergelijke uitspraken te doen werd er door dr. V N minstens een schijn van partijdigheid gecreëerd.

In deze omstandigheden hebben de eerste rechters heel juist geoordeeld dat het bewijs van de medische overmacht niet geleverd wordt met het formulier van de gezondheidsbeoordeling van 23 april 2015, zoals bevestigd door de geneesheer-directiehoofd dr. V N op 21 mei 2015.

De in eerste aanleg bevolen onderzoeksmaatregel kan worden gehandhaafd.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 17 januari 2017 van de tweede kamer van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.

Verzendt de zaak bij toepassing van artikel 1068, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek terug naar de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, voor verdere afhandeling na de bevestigde onderzoeksmaatregel.

Veroordeelt in toepassing van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek het U Z A tot de gerechtskosten van het hoger beroep en vereffent deze aan de zijde van het U Z A op 1.440,00 euro kosten rechtsplegingsvergoeding arbeidshof en aan de zijde van de heer V D R op 1.440,00 euro kosten rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen door:

A A , raadsheer,

W B , raadsheer in sociale zaken, werkgever,

M W , raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

W B

M W

A A

en uitgesproken door de voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 8 november 2017 met bijstand van griffier A D P .

A D P

A A