

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

OP 6 JUNI 2017

H. S., wonende te (...),

op de zitting persoonlijk aanwezig en bijgestaan door de heer Q. C., afgevaardigde van een representatieve werknemersorganisatie, met volmacht, die pleit,

tegen:

B.. D. P. NV, met maatschappelijke zetel te (...), ingeschreven met KBO-nummer (...),

met als raadslieden mr. C. F., advocaat te (...), die pleit en mr. B. S., advocaat te (...)

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 26 februari 2015 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.

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

I. V. O. gaf namens het openbaar ministerie op de openbare zitting van 2 mei 2017 mondeling advies, waarop de heer H. mondeling repliceerde.

I. FEITEN EN VOORGAANDE RECHTSPLEGING

De heer H. is op 11 oktober 2005 in dienst getreden van de NV B. D. P., hierna de NV genoemd, met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur als autobuschauffeur.

Het staat niet ter discussie dat de heer H. in 2011 en 2012 vaak tot zeer vaak (gerechtvaardigd) afwezig was wegens arbeidsongeschiktheid.

Het staat evenmin ter discussie dat de heer H. in de periode van 6 juni 2013 tot en met 4 september 2013 arbeidsongeschikt was wegens een arbeidsongeval.

Op donderdag 5 september 2013 hervatte de heer H. het werk.

Met aangetekende brief van 6 september 2013 beëindigde de NV de arbeidsovereenkomst met betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan het loon van 42 kalenderdagen (stuk 4 dossier NV).

Op het C4-formulier dd. 11 september 2013 werd als oorzaak van werkloosheid vermeld: "werknemer voldoet niet meer aan de functievereisten" (stuk 6 dossier H.).

Op 8 oktober 2013 verzond de heer H. een aangetekende brief aan de NV en verzocht haar onder meer om de opgegeven ontslagreden te verduidelijken (stuk 7 dossier H.).

Met aangetekende brief van 11 oktober 2013 deelde de NV aan de heer H. het volgende mee:

Na uw afwezigheid van 6 juni 2013 tot en met 4 september 2013 heeft u op donderdag 5 september 2013 het werk hervat.

Op vrijdag 6 september heeft u zich aangemeld voor het uitvoeren van dienst 31. Ik heb u 's morgens om 5u45 meegedeeld onze samenwerking stop te zetten en de arbeidsovereenkomst te verbreken. U heeft geen prestaties meer moeten leveren en een kopie van de ontslagbrief werd u overhandigd, 's Avonds om 20.14u heeft u via mail een doktersattest aan onze toezichters overgemaakt. Op dat moment was onze samenwerking reeds verbroken.

Voor wat betreft de verbrekingsvergoeding heeft u recht op 3.458,34 euro bruto.

Deze vergoeding staat vermeld op de loonstaat van september 2013 welke u via ons sociaal secretariaat werd bezorgd.

Op de loonafrekening van september 2013 staat naast deze verbrekingsvergoeding de vertoning van de prestaties in september en een afrekening van de tekorten in het eerste en tweede kwartaal van 2013. Volgens onze berekening heeft u recht op 24,4 uur of omgerekend 367,84 euro, U vindt de detail in bijlage.

Voor de maand september 2013 zijn wij u - na inhouding van de wettelijke bedragen - 2.684,12 euro netto verschuldigd.

Voor de maanden juni en juli werden u aangepaste loonstaten bezorgd waarbij 'vergoeding voor ziekte' werd omgezet in 'vergoeding voor arbeidsongeval'.

Voor de maand juni betekent dit een nettobedrag van 284,01 euro, voor de maand juli 392,43 euro dat wij u verschuldigd zijn.

Het totaal verschuldigde bedrag bedraagt tot nu 3.360,58 euro netto.

Donderdag 10 oktober II. werd op uw rekening (...) de som overgemaakt van 2.010,72 euro.

Voor het materiaal dat wij in gebruik hebben gegeven en waarvoor u in ontvangst tekende, hebben wij u gevraagd om ook de geldwisselaar en de sleutels nog terug te bezorgen. Hiervoor rekenen wij een voorlopige inhouding aan van 300 euro. Dit bedrag wordt u uiteraard overgemaakt van zodra deze goederen worden binnengeleverd.

Vanuit E. werd ons gemeld dat u in het kader van de uitkeringen van het ziekenfonds 1.049,86 euro teveel heeft ontvangen. Als werkgever dienen wij deze sommen in te houden tot de eindafrekening gemaakt is.

U heeft van ons dus nog een bedrag van 1.049,86 euro + 300 euro te goed, hetgeen u zal worden overgemaakt van zodra u alle op u rustende verplichtingen bent nagekomen. Wij komen onze verplichtingen in deze dan ook zeker na, maar mogen van u eenzelfde inspanning verwachten.

Mochten er nog vragen of onduidelijkheden zijn, kunnen deze verder met onze personeelsadministratie worden uitgeklaard.

Wat betreft de motivering van uw ontslag, merken wij verder het volgende op. Zoals u mondeling ook toegelicht op 6 september is er geen wederzijds vertrouwen in een verdere samenwerking. In ons gesprek van 22 maart 2013 heb ik u reeds duidelijk gemaakt dat ik twijfelde of u zich in onze organisatie en in uw job kon aarden.

Naar uitvoering van uw opdrachten als chauffeur werd u in 2010 via een eerste schriftelijke verwittiging verwezen naar het hoge aantal klantenreacties. In het voorjaar van 2013, zijnde net voor uw arbeidsongeval dd. 6 juni 2013 en uw ononderbroken arbeidsongeschiktheid tot 5 september 2013, werden op uw naam opnieuw diverse klachten ontvangen. Deze klachten handelen oa. over GSM-gebruik achter het stuur, het achterlaten van het voertuig en klantenvriendelijke bediening. Deze klachten werden u ter antwoord bezorgd via uw chauffeurskastje en een tweede maal via onze toezichters.

Daarnaast stel ik uw blijvende argwaan naar onze onderneming vast dewelke het vertrouwen verder ondermijnt. Als recentste voorbeeld verwijs ik naar uw vraag om de voor u bestemde post in de zomer van 2013 apart te houden en u te bezorgen. Onze medewerkers hebben dit plichtsbewust gedaan en wensten u deze post persoonlijk te overhandigen. U heeft echter geweigerd de post te aanvaarden. Integendeel, uw berichten hadden uitsluitend nog betrekking op de naam van de medewerker die de brief zou hebben geopend (nadat u meermaals geweigerd had om deze op te halen) en diens mogelijke intenties. U ging er duidelijk van uit dat de collega's dit met kwade bedoelingen hadden gedaan, terwijl zij u enkel wilden assisteren om in het bezit te komen van de bewuste brief. U had ons zelf immers reeds per e-mail dd. 4 juli 2013 geïnformeerd inzake de brief (aard, afzender, concrete situatie waarop deze betrekking had) en het feit dat u deze verwachtte. De inspanningen van de collega's konden echter spijtig genoeg niet op uw waardering rekenen, maar enkel op wantrouwen.

Aanvullend verwijs ik ook naar uw afwezigheidspatroon in 2011, 2012 en de aanzet tot herhaling in 2013. Hierbij zijn afwezigheden die hun oorzaak vinden in het werk en die klaarblijkelijk een grote fysische en psychische impact hebben. Deze systematische afwezigheden lopen op tot ca. 75% van uw prestaties op jaarbasis en hebben dan ook een duidelijke, directe en nefaste invloed op onze bedrijfsorganisatie."

Partijen schreven nog heen en weer maar kwamen niet tot een vergelijk.

Op 21 februari 2014 dagvaardde de heer H. de NV voor de arbeidsrechtbank Antwerpen in betaling van volgende bedragen:

- 1.049,86 euro netto ten onrechte ingehouden bedragen op de opzeggingsvergoeding
- 18.878,66 euro bruto schadevergoeding wegens willekeurig ontslag -

- 9.439,33 euro bruto schadevergoeding wegens inbreuk op de Antidiscriminatiewet
- 633,18 euro bruto schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon voor 1ste en 2de kwartaal 2013

te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke interest op voormelde bruto-en nettobedragen en met de kosten van het geding.

Verder vorderde hij de NV te veroordelen tot afgifte van:

- prestatieverslagen van 2008 tot en met 2012
- een loonfiche, een individuele rekening en een fiscale fiche m.b.t. de gevorderde bedragen

onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging per document en per prestatieverslag vanaf een maand na de betekening van het te vellen vonnis met een maximum van 2.000 euro. Ten slotte vorderde hij het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, niettegenstaande elk rechtsmiddel en zonder zekerheidstelling en met uitsluiting van kantonnement.

Met syntheseconclusie van 24 oktober 2014 stelde de NV een tegenvordering in die ertoe strekte de heer H. te veroordelen tot terugbetaling van 1.049,86 euro wegens onverschuldigde betaling, ondergeschikt vorderde hij toepassing van schuldvergelijking.

Met syntheseconclusie van 25 september 2014 verhoogde de heer H. zijn oorspronkelijke vordering tot betaling van een schadevergoeding wegens gederfd loon tot een bedrag van 679,61 euro bruto. Hij handhaafde de overige onderdelen van zijn oorspronkelijke vordering.

Met vonnis van 26 februari 2015 werd de hoofdvordering van de heer H. ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard.

De NV werd veroordeeld tot betaling aan de heer H. van 1.049,86 euro netto onterechte inhouding op de verbrekingsvergoeding, te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen, in zoverre verschuldigd, en te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke interesten.

De NV werd verder veroordeeld tot afgifte van de gevorderde sociale en fiscale documenten binnen de daartoe wettelijk voorziene termijnen alsook tot afgifte van de prestatieverslagen 2008-2012 binnen de maand na betekening van het vonnis.

De tegenvordering van de NV werd ontvankelijk maar ongegrond verklaard.

De heer H. werd veroordeeld tot 9/10 van de kosten van het geding; de NV tot 1/10 van de kosten. De uitvoerbaarheid van het vonnis werd niet toegestaan.

Tegen dit vonnis stelde de heer H. op 18 september 2015 hoger beroep in, behoudens wat betreft de veroordeling van de NV tot afgifte van de prestatieverslagen 2008-2012, de veroordeling van de NV tot betaling van onterechte inhouding op de opzeggingsvergoeding en wat betreft de veroordeling tot de kosten in eerste aanleg.

De NV stelde geen incidenteel beroep in.

II. EISEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 20 mei 2016 vordert de heer H.:

"Het bij middel van huidig verzoekschrift ingesteld hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Dienvolgens het vonnis a quo dd. 26/02/2015 van de 1ste kamer van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, gekend onder A.R. 14/1115/A te vernietigen in zoverre het de volgende

oorspronkelijke vorderingen van de heer H. niet heeft toegekend :

18.878,66 € bruto schadevergoeding willekeurig ontslag

9.439,33 € bruto schadevergoeding schending Antidiscriminatiewet

679,61 € bruto schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon 1^{ste} en 2^{de} kwartaal 2013 + de wettelijke en gerechtelijke intresten daarop berekend;

en eveneens te vernietigen in zoverre het aan de terecht bevolen afgifte van een aantal sociale documenten én van de prestatieverslagen 2008-2012 niet heeft gekoppeld de gevraagde dwangsom van 25 € per dag vertraging per sociaal document en per prestatieverslag vanaf één maand na de betekening (met een maximum van 2.000 €).

Derhalve opnieuw rechtdoende :

de NV te veroordelen tot het betalen aan de heer H. van de volgende bedragen :

18.878,66 € bruto schadevergoeding willekeurig ontslag

9.439,33 € bruto schadevergoeding schending Antidiscriminatiewet

679,61 € bruto schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon 1ste en 2de kwartaal 2013

Boven vernoemde brutobedragen te vermeerderen met de wettelijke en/of de gerechtelijke intresten.

De NV te veroordelen tot de afgifte van de volgende sociale documenten : een loonfiche, een fiscale fiche 281.10 en een individuele rekening m.b.t de gevorderde bedragen, onder verbeurte van de oorspronkelijk gevorderde dwangsom van 25 € per dag vertraging per gevorderd sociaal document, én per prestatieverslag vanaf één maand na de betekening van het uit te spreken arrest (met een maximum van 2.000 €).

Voor het overige het vonnis a quo te bevestigen.

De N.V. te veroordelen tot de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van de heer H. voorlopig begroot op nihil.

Met conclusie van 10 juni 2016 vordert de NV: "In hoofdorde:

De rechtspleging op te schorten ingevolge toepassing van artikel 4 V.T. Sv.;

In ondergeschikte orde:

Het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen integraal te bevestigen en derhalve de vorderingen van de heer H., vóór zover ontvankelijk, ongegrond te verklaren.

Dienvolgens de heer H. te veroordelen tot de kosten van het geding, waaronder de rechtsplegingvergoeding in hoofde van B.D. P. NV conform art. 1022 Ger. W. begroot op 1.210,00 EUR voor de eerste aanleg en 1.210,00 EUR voor hoger beroep."

III. ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

IV. TEN GRONDE

1. Artikel 4 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering
De NV doet gelden dat de heer H. een strafklacht heeft ingediend tegen de heer L. van de NV wegens misbruik van vertrouwen, valsheid in geschriften, oplichting en laster en eerroof en dat In toepassing van artikel 4 V.T.Sv. de beoordeling van dit geschil moet worden opgeschort in afwachting van het resultaat van het strafonderzoek.

Het arbeidshof stelt vast dat de heer H. niet betwist dat hij op 28 februari 2016 een klacht heeft neergelegd bij de politie te Antwerpen (cf stukken 32 dossier H.).

Het wordt evenmin betwist dat deze klacht vervolgens werd overgemaakt aan het parket van de procureur des Konings te Antwerpen (cf. PV van terechtzitting van 6 september 2016) en dat deze klacht op 20 maart 2017 (lees: 2016) en 20 april 2016 zonder gevolg werd gerangschikt wegens onvoldoende bewijzen.

In mei 2016 legde de heer H. een verzoek neer bij het parket van de procureur des Konings te Antwerpen tot heropening van het strafdossier.

De regel van openbare orde, vastgelegd in artikel 4 V.T.Sv., krachtens welke de burgerlijke rechtsvordering die niet terzelfdertijd voor dezelfde rechter als de strafvordering wordt vervolgd, geschorst is zolang niet definitief beslist is over de strafvordering, wordt verantwoord door het feit dat het strafvonnis ten overstaan van de afzonderlijk ingestelde burgerlijke rechtsvordering gezag van gewijsde heeft aangaande de punten die aan de strafvordering en aan de burgerlijke vordering gemeen zijn.

De burgerlijke rechter is derhalve verplicht het resultaat van het strafonderzoek af te wachten zodra effectief een strafvordering werd ingesteld, doch enkel voor wat betreft de punten die gemeen zijn aan beide vorderingen.

Het neerleggen van een klacht bij de politie en de overmaking ervan aan het openbaar ministerie kan niet gelijkgesteld worden met het instellen van een strafvordering. Het bestaan van een eigenlijke strafvordering veronderstelt immers dat de zaak werd aanhangig gemaakt bij de strafrechtsmachten, dit wil zeggen dat een gerechtelijk onderzoek werd gevorderd, waardoor de strafvordering aanhangig is bij de onderzoeksrechter, hetzij dat de zaak rechtstreeks bij het vonnisgerecht werd aanhangig gemaakt (cfr. R V., Handboek Strafvordering, M., Antwerpen, Apeldoorn, 1999, nr.36; Cass. 16 mei 2003, www.cass.be, op datum).

Vermits geen bewijs wordt voorgebracht door de NV dat er daadwerkelijk een strafvordering werd ingesteld in die zin dat een gerechtelijk onderzoek op vordering van de procureur des Konings of ingevolge een klacht met burgerlijke partijstelling werd opgestart dan wel een rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter werd

uitgebracht, zijn er geen redenen voorhanden om de huidige burgerlijke procedure te schorsen.

Bovendien blijkt uit de door de heer H. bijgebrachte stukken dat het voormelde verzoek tot heropening van het strafdossier op 8 mei 2016 zonder gevolg werd gerangschikt wegens onvoldoende bewijzen (stuk 32 dossier H.).

2. Schadevergoeding wegens willekeurig ontslag

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet -zoals van toepassing op het hangende geschil; op het ogenblik van het ontslag waren de bepalingen van de CAO nr.109 van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, immers nog niet van toepassing- is een ontslag willekeurig wanneer het werd gegeven om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

Bij betwisting behoort het aan de werkgever om het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen, bij ontstentenis waarvan hij gehouden is tot betaling van de in artikel 63, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde vergoeding.

Dit bewijs kan door alle middelen van recht worden geleverd, getuigen en vermoedens inbegrepen.

Met zijn arrest van 18 december 2014 (nr. 187/2014) stelde het Grondwettelijk Hof dat het artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod schendt, maar is het van oordeel dat de gevolgen van die wetsbepaling evenwel moeten worden gehandhaafd tot 1 april 2014 om te vermijden dat de bemerkte ongrondwettigheid in hangende zaken zou leiden tot een aanzienlijke rechtsonzekerheid ten nadele van de arbeiders, terwijl die konden worden ontslagen met inachtneming van de opzeggingstermijnen van artikel 59 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Met zijn arrest van 22 november 2010 (www.juridat.be, op datum) oordeelde het Hof van Cassatie dat de regeling van willekeurig ontslag het verbod inhoudt van kennelijk onredelijk ontslag.

Een ontslag om een motief dat in verband staat met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die gebaseerd is op de behoeften inzake de werking van de onderneming, is willekeurig wanneer dat motief kennelijk onredelijk is.

Het voorgaande impliceert dat de rechter moet nagaan of aan de grondslag van het ontslag door de werkgever een geldige reden tot ontslag ligt die verband houdt met het gedrag of de geschiktheid van de werknemer of die steunt op de behoeften inzake de werking van de onderneming.

De rechter beschikt bij het beoordelen van de geldigheid van de aangevoerde ontslagredenen over een marginale toetsingsbevoegdheid, wat inhoudt dat de rechter zich niet in de plaats van de werkgever mag stellen om uitspraak te doen over de opportuniteit.

De NV houdt voor dat de heer H. werd ontslagen omwille van zijn gedrag alsook omwille van zijn veelvuldige afwezigheden, wat ernstige problemen op het gebied van organisatie en planning van de busritten met zich meebracht.

Ontslag omwille van zijn gedrag: klachten van reizigers en wantrouwig ten overstaan van collega's en NV

Wat betreft de schriftelijke verwittiging van 15 november 2010 (en niet " 2013") van de NV aan de heer H., waarbij wordt aangehaald door de NV dat zij 6 klachten van reizigers van D.L. over de heer H. heeft ontvangen over een periode van 2 1/2 maand, voert de heer H. aan dat deze verwittigingsbrief, gedateerd op 15 november 2010, recentelijk door de NV zou opgesteld zijn en derhalve werd geantidateerd.

In zoverre de heer H. de NV beticht van intellectuele valsheid, is het arbeidshof van oordeel op deze tussenvordering wegens valsheid in burgerlijk zaken, niet te moeten ingaan, vermits het arbeidshof hierover uitspraak kan doen zonder rekening te houden met het van valsheid betichte stuk (cf. artikel 897 van het Gerechtelijk Wetboek).

Samen met de heer H. is het arbeidshof immers van oordeel dat met de inhoud van voormelde brief geen rekening kan worden gehouden, nu de heer H. stellig betwist een brief gedateerd op 15 november 2010 te hebben ontvangen van zijn werkgever (stuk 9 dossier H.) en de NV in gebreke blijft het bewijs te leveren dat deze ingebrekestelling effectief aan de heer H. werd verzonden (de NV laat overigens na een gepast antwoord te geven op de argumentatie van de heer H. dat voormelde brief werd geadresseerd aan zijn oud adres).

Verder haalde de NV nog de hiernavolgende klachten van reizigers aan (stuk 12 dossier NV):

- bus onbemand achterlaten om pillen te halen in de apotheker (15 maart 2013); refertenr. D.L. (...)
- niet stoppen aan halte (15 maart 2013); refertenr. D.L.: (...)
- met gsm sms'en en sturen achter het stuur (2 april 2013); refertenr. D.L. (...)

Ook deze stukken worden door de heer H. beticht van valsheid in geschriften (in het bijzonder intellectuele valsheid), maar ook hier is het arbeidshof van oordeel dat geen gevolg moet worden verleend aan de door de heer H. ingestelde tussenvordering wegens valsheid in burgerlijke zaken, vermits het uitspraak kan doen zonder rekening te houden met deze van valsheid betichte stukken.

Vooreerst stelt het arbeidshof m.b.t. deze ingeroepen klachten vast dat de NV op geen enkele wijze aantoont dat zij de heer H. hieromtrent schriftelijk heeft in gebreke gesteld of dat deze klachten in zijn "chauffeurskastje (lees: postvak) " werden gelegd, terwijl uit de stukken van het dossier -en ook door de NV in haar syntheseconclusie dd. 10 juni 2016 op blz. 12- nochtans kan worden afgeleid dat D.L. de NV steeds om antwoord verzoekt van de chauffeur, die een inbreuk zou hebben begaan, wat bij het arbeidshof uiteraard al vragen doet rijzen omtrent het feit of deze klachten aan de heer H. kunnen

toegerekend worden, a fortiori omtrent het causaal verband tussen deze klachten en het ontslag van de heer H..

Maar er is meer.

Op basis van een door de heer H. zelf uitgevoerd onderzoek bij D.L. moet noodzakelijk worden besloten dat twee van de drie door de NV hierboven geregistreerde klachten van klanten (met name 82013008650 en 82013008615) helemaal geen betrekking hebben op de persoon van de heer H. -terwijl niet betwist wordt door de NV dat D.L., bij klantenreacties over een rit uitgevoerd door de NV, de naam van D.L. chauffeur opvraagt bij de NV, terwijl aan inhoud van de derde klacht 82013010215 door D.L. werd getwijfeld (stukken 29 en 30 dossier H.).

Dat de onbeantwoorde klachten bij D.L. de status van "twijfel" toegekend krijgen, is een niet bewezen bewering van de NV die op niets gesteund is. Overigens geeft de NV zelf aan dat een onbeantwoorde klacht gelijk wordt gesteld met een onbetwiste en dus een gegronde klacht.

Het is slechts ten overvloede dat het arbeidshof opmerkt dat evenmin enig nuttig argument kan worden gehaald uit stuk 20 van het dossier van de NV, vermits deze door de NV aan de heer H. betekende klantenklacht via zijn postvak, ten gepaste tijde werd beantwoord door de heer H. en ook werd betwist. Overigens werd deze klacht door de NV niet aangegrepen om het ontslag van de heer H. te verantwoorden.

Het door de NV ingeroepen gebrek aan vertrouwen die de heer H. ten overstaan van het personeel van de NV en de NV zelf zou hebben getoond in de zomer van 2013, heeft betrekking op het openen van een aan de heer H. geadresseerde brief door een van de administratieve medewerkers van de NV.

Gelet op het feit dat de heer H. zich, naar aanleiding van een busincident tijdens de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, bij de politie heeft laten registeren als benadeelde persoon en in het kader daarvan, overeenkomstig de eigen richtlijnen van de NV, het administratief adres van de NV heeft opgegeven en dit als zodanig ook per mail van 4 juli 2013 ter kennis heeft gebracht van de NV -die diezelfde dag aanvaardde- (cf. stuk 3 dossier H.) én de vaststelling door de heer H. dat de aan hem in juli 2013 geadresseerde brief, uitgaande van het parket van de procureur des Konings, was geopend, kan het aan de heer H. niet ten kwade geduid worden dat hij op 15 juli 2013 per mail bij de NV informeerde naar zowel de naam van de medewerker die zijn brief heeft geopend als op grond van welke doeleinden dit is gebeurd alsmede waarom een kopie van die brief was gemaakt -waarop overigens geen eenduidig antwoord van de NV is gekomen "Op Je vraag ben ik het antwoord schuldig. Onze medewerkers handelen in deze te goeder trouw" (stuk 3 dossier H.)-.

Het arbeidshof is van oordeel dat het incident van de geopende briefwisseling absoluut niet kan worden gekwalificeerd als een wantrouwen vanwege de heer H. naar zijn collega's of naar de organisatie van de NV toe.

De vraag om uitleg door de heer H. omtrent de aangevoerde schending van zijn privacy, in het bijzonder zijn briefgeheim, was immers meer dan gerechtvaardigd.

Minstens kan deze vraagstelling van de heer H., naar het oordeel van het arbeidshof, zijn ontslag niet redelijk verantwoorden.

Het is slechts ten overvloede dat het arbeidshof opmerkt dat de bewering van de NV dat het openen van de kwestieuze brief te wijten is aan een onoplettendheid van haar medewerker, op generlei wijze wordt aangetoond.

Ontslag omwille van zijn geschiktheid

In haar aangetekende brief van 11 oktober 2013, in antwoord op de vraag van de heer H. om de reden van het ontslag mee te delen, stelt de NV onder meer het volgende:

"(...)

Aanvullend verwijs ik ook naar uw afwezigheidspatroon in 2011, 2012 en de aanzet tot herhaling in 2013. Hierbij zijn afwezigheden die hun oorzaak vinden in het werk en die klaarblijkelijk een grote fysische en psychische impact hebben. Deze systematische afwezigheden lopen op tot ca. 75% van uw prestaties op jaarbasis en hebben dan ook een duidelijke, directe en nefaste invloed op onze bedrijfsorganisatie". (...)

De NV houdt voor dat de heer H. de laatste jaren veelvuldig afwezig was (tot 75% van de verwachte prestaties) en dat dit uiteraard leidde tot ernstige problemen in haar onderneming op het gebied van organisatie en planning van de busritten.

Ook de heer H. roept in zijn syntheseconclusie van 20 mei 2016 (blz. 47) in dat zijn afwezigheden wegens ziekte door de NV werden ingeroepen als ontslagreden.

Op basis van de stukken van het dossier aanvaardt het arbeidshof als bewezen dat het ontslag van de heer H. werd gegeven omwille van de veelvuldige, langdurige en opeenvolgende (en gerechtvaardigde) afwezigheden wegens arbeidsongeschiktheid in 2011, 2012 en 2013 en waardoor hij niet meer in staat was om de overeengekomen arbeid te verrichten.

De heer H. betwist als zodanig niet dat hij voorafgaand aan zijn ontslag op 6 september 2013, drie maanden arbeidsongeschikt was wegens een arbeidsongeval.

Artikel 63, eerste lid van de Arbeidsovereenkomst, zoals ten deze van toepassing, bepaalt dat het ontslag van een werkmans die voor onbepaalde tijd is aangeworven niet willekeurig is indien het verband houdt met zijn geschiktheid, dit wil zeggen, zijn vermogen om de overeengekomen arbeid te verrichten.

Anders dan de heer H. voorhoudt, is het geenszins vereist dat de NV als werkgever aantoonde dat deze afwezigheden de werkorganisatie zouden hebben verstoord. Er is immers geen wettelijke vereiste voor de werkgever om in geval van arbeidsongeschiktheid waardoor de bedongen arbeid niet meer kan uitgevoerd worden te bewijzen dat die afwezigheden de werking van de onderneming hebben ontwricht. Anders over oordelen impliceert dat een bijkomende voorwaarde wordt opgelegd aan de werkgever die evenwel niet voorzien is in de wettelijke bepaling van artikel 63 van

de Arbeidsovereenkomstwet (cf. 14 december 2015, www.cass.be, op datum; Cass. 18 februari 2008, www.juridat.be).

Het arbeidshof is van oordeel dat de hierboven aangehaalde niet- betwiste veelvuldige afwezigheden van de heer H., vóór zijn ontslag, die te wijten zijn aan de gezondheidstoestand van de werknemer -zelfs wanneer de arbeidsongeschiktheden hun oorzaak vinden in arbeidsongevallen- waardoor de overeengekomen arbeid niet meer kan worden verricht, een geldige reden tot ontslag vormen.

Deze door de NV ingeroepen reden van het ontslag kan dan ook niet als kennelijk onredelijk worden gekwalificeerd.

Gelet op het voorgaande dient het arbeidshof de realiteit van de overige door de NV ingeroepen ontslagredenen, met name het ontslag omwille van de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming (cf. infra), in het kader van de beoordeling van dit onderdeel van de vordering, niet verder te onderzoeken.

Het hoger beroep van de heer H. is wat dit punt betreft niet gegrond.

3. Schadevergoeding wegens discriminatoir ontslag

De heer H. voert aan dat hij ontslagen werd omwille van zijn arbeidsongeschiktheid en dat hij aldus werd gediscrimineerd omwille van zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand. Op grond van artikel 18, § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet vordert hij een schadevergoeding gelijk aan drie maanden loon.

In de Antidiscriminatiewet is er sprake van een verbod tot het maken van een direct onderscheid op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand waarvoor geen rechtvaardiging bestaat, met dien verstande dat in de wet nauwkeurig wordt omschreven wat onder rechtvaardiging voor een direct (of indirect) onderscheid kan in aanmerking genomen worden (cf. Titel II van deze wet).

In deze wet wordt vervolgens bepaald dat een direct onderscheid op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand een directe discriminatie vormt, tenzij dit onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Onder direct onderscheid wordt verstaan de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, is of zou behandeld worden op basis van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand.

In navolging van het arrest B. van het Hof van Justitie (H.v.J. 13 mei 1986, nr. 170/84, B./W.v. H., HvJ. 1986,1607) wordt bij de rechtvaardigingstoets in drie stappen tewerk gegaan:

1° doeltoets: wordt met het onderscheid een legitieme doelstelling beoogd?

2° pertinentietoets: is het onderscheid pertinent om het doel te bereiken?

3° proportionaliteitstoets: is het onderscheid noodzakelijk of toch minstens niet kennelijk onredelijk of willekeurig in het licht van de doelstelling?

Artikel 28 van de Antidiscriminatiewet bevat de bewijsregels en bepaalt:

"§ 1. Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§ 2. Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen :

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§ 3. Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, begrepen :

1" algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of

2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt. "

Rekening gehouden met voormelde regels moet de heer H. feiten aanvoeren die het bestaan van directe discriminatie op grond van één van de beschermde criteria, in deze zijn gezondheidstoestand, kunnen doen vermoeden.

Zodra de heer H. erin slaagt de door hem opgeworpen discriminatie aannemelijk te maken, is het aan de NV om dat vermoeden te weerleggen.

Hoger werd al beslist dat het ontslag van de heer H. werd ingegeven door zijn geschiktheid. Deze vaststelling doet evenwel geen afbreuk aan het feit dat er sprake kan zijn van een directe discriminatie op grond van de gezondheidstoestand.

Artikel 18 §2, 2° van de Antidiscriminatiewet bepaalt immers dat "indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning van zes maanden, tenzij de werkgever aantoonst dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou

zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning (...)"

Hieruit volgt dat discriminatie ook kan vastgesteld worden, zelfs als de NV aantoont dat het ontslag ook gesteund is op andere niet discriminerende gronden.

Naar het oordeel van het arbeidshof brengt de heer H. afdoende elementen aan die het bestaan van discriminatie op grond van de gezondheidstoestand doen vermoeden.

De heer H. voert aan dat de NV strenger, en bijgevolg discriminatoir, opgetreden is ten overstaan van hem omwille van zijn veelvuldige afwezigheden wegens zijn gezondheidstoestand, dan ten aanzien van andere arbeidsongeschikte collega's, vermits alleen ten aanzien van hem, bij de hervatting van de arbeid, de arbeidsovereenkomst onmiddellijk werd verbroken, terwijl andere collega's in vergelijkbare omstandigheden niet werden ontslagen. Meer in het bijzonder werpt de heer H. op dat 16 collega's op de 100 lijnchauffeurs die bij de NV zijn tewerkgesteld en die veelvuldig langdurig afwezig zijn wegens ziekte nog steeds in dienst van de NV zijn, wat op zich niet ernstig betwist wordt door de NV (cf. haar eigen tabel van de ziekteperiodes van deze 16 werknemers op blz. 17 van haar syntheseconclusie van 10 juni 2016).

Aldus wordt een direct onderscheid gemaakt op grond van de gezondheidstoestand, zoals bedoeld in artikel 3 van de Antidiscriminatiewet. De omstandigheid dat de NV ook aanvoert dat het ontslag het gevolg is van de impact van de afwezigheden van de heer H. op de bedrijfsorganisatie, doet daaraan geen afbreuk.

De heer H. heeft aldus de elementen aangetoond die een discriminatie kunnen doen vermoeden.

Het komt aldus aan de NV toe deze vermoede directe discriminatie te weerleggen door aan te tonen dat de vergeleken situaties niet vergelijkbaar zijn of door aan te geven dat het verschil in behandeling is ingegeven door een geoorloofd criterium.

Zijn de vergeleken situaties vergelijkbaar?

De NV argumenteert dat voornoemde 16 langdurige afwezige collega's geen vergelijkbaar afwezigheidspatroon zoals de heer H. vertonen. Zij waren ofwel minder afwezig dan de heer H., ofwel ononderbroken langdurig afwezig in afwachting van invaliditeit, terwijl de heer H. een onregelmatig ziektepatroon had (perioden van afwezigheid doorbroken met perioden van tewerkstelling, al dan niet van korte duur).

Het arbeidshof is van oordeel dat de NV niet met de rechtens vereiste zekerheid het bewijs levert dat de situatie van de genoemde 16 collega's van de heer H. effectief verschilde van deze van de heer H..

Vooreerst moet worden vastgesteld dat de door de NV op blz. 17 van haar syntheseconclusie dd. 10 juni 2016 opgenomen overzichtstabel van afwezigheden van de zieke collega's van de heer H. een eenzijdig document is waarvan de volledigheid en aldus ook de geloofwaardigheid terecht in vraag wordt gesteld door de heer H. (cf. de niet vermelding in dit overzicht van onder meer de arbeidsongeschikte lijnchauffeur, de heer J. B.).

Waar de NV in haar stuk 13 een gedetailleerd overzicht van de afwezigheden van de heer H. voor de periode van januari 2011 tot en met 6 september 2013 geeft, beperkt zij zich voor de 16 arbeidsongeschikte werknemers tot het opstellen van een resumerende tabel -cf. blz.17 syntheseconclusie NV-, zodat elke vergelijking van het afwezigheidspatroon tussen de heer H. en de voornoemde 16 lijnchauffeurs uitgesloten is.

Hoewel de NV door de heer H. in dit verband werd uitgenodigd om een gelijkaardig overzicht te maken van het ziektepatroon van de genoemde 16 buschauffeurs, is zij hierop onterecht niet Ingegaan.

Ten slotte kan aan de hand van de door de NV in haar syntheseconclusie opgenomen samenvattende tabel niet opgemaakt worden of de genoemde 16 chauffeurs een regelmatig ziektepatroon vertoonden- zoals de NV wil doen uitschijnen- dat zich aldus zou onderscheiden van het onregelmatig ziektepatroon dat de heer H. kende.

Het is slechts ten overvloede dat het arbeidshof opmerkt dat het onderscheid dat de NV maakt in het afwezigheidspatroon van haar chauffeurs (met name korte afwezigheden, ononderbroken langdurige afwezigheden en afwezigheden doorbroken door perioden van tewerkstelling) kunstmatig overkomt.

Bij langdurige afwezigheid moet immers ook de arbeidsongeschiktheid op regelmatige basis worden verlengd omdat de definitieve terugkeer uit ziekte evenmin is gekend.

Voegt zich daar nog bij dat de NV op zich het bestaan van een opvangsysteem voor de vervanging van zieke collega's binnen haar onderneming (het zogenaamde cascadesysteem zoals door de heer H. wordt geschetst op blz. 48 en 49 van zijn syntheseconclusie van 20 mei 2016) als zodanig niet betwist, terwijl niets in het dossier toelaat te besluiten dat dit systeem -dit wordt zelfs niet aangevoerd door de NV- enkel zou gelden bij de vervanging van kortstondige afwezigheden.

Wordt de gemaakte discriminatie voldoende gerechtvaardigd (op een objectieve en redelijke wijze)?

De NV verwijst In dit verband naar de impact van de afwezigheden van de heer H. (tot 75% van de prestaties) op haar bedrijfsorganisatie.

Het arbeidshof is evenwel van oordeel dat de NV niet aantoonst -en zelfs niet aannemelijk maakt- op welke wijze de afwezigheden (zelfs met een onregelmatige ziektepatroon) van de heer H. negatieve Implicaties heeft gehad op haar organisatie zodat zij er niet in slaagt het bewijs bij te brengen dat haar organisatie werd verstoord of ontwricht. De loutere bewering dat zulks het geval is, volstaat evident niet.

Overigens is deze bewering van de NV in dit verband bijzonder ongeloofwaardig omwille van het niet door haar betwiste bestaan van een vervangingspool ingeval van afwezigheid van haar werknemers wegens ziekte en waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naargelang de duur van de afwezigheid en/of de aard van afwezigheid (cf. supra).

Minstens verduidelijkt de NV noch in haar conclusies noch aan de hand van stukken hoeveel collega's de heer H. tijdens zijn afwezigheden hebben vervangen en welke gevolgen dit mogelijks heeft teweeg gebracht op haar organisatie.

Net zo min toont de NV aan dat voorafgaand aan het doorvoeren van het ontslag van de heer H. het voornoemd opvangsysteem dermate (over)belast was of dat op dit cascadesysteem geen beroep kon worden gedaan om de afwezigheid van de heer H. op te vangen.

Uit wat voorafgaat volgt dat de NV niet het bewijs levert dat het ontslag als maatregel was ingegeven om een legitiem doel (niet In het gedrang brengen van haar arbeidsorganisatie) te bereiken, a fortiori wordt niet aangetoond dat het ontslag van de heer H. -zij voert dit overigens ook niet aan- noodzakelijk was om dit doel te bereiken.

In zoverre de NV nog doet gelden dat de Antidiscriminatiewet enkel voorziet in een discriminatie op grond van een huidige of toekomstige gezondheidstoestand, terwijl de heer H. op de dag van zijn ontslag terug arbeidsgeschikt was, is zulks volstrekt irrelevant vermits de CAO nr. 95 van 20 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie (SS 4 februari 2009), discriminatie op grond van het ziekteverleden gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie verbiedt.

Vermits het ontslag van de heer H. een discriminatoir karakter heeft, dient zijn vordering tot betaling van een schadevergoeding van 9.439,33 euro bruto wegens discriminatie gegrond te worden verklaard.

4. Schadevergoeding wegens gederfd loon lste en 2de kwartaal 2013

De heer H. voert aan dat de NV hem in de periode van januari 2013 tot en met maart 2013 voor 44,49 uren (481 uren (13 weken x 37 uur) min 436,51 uren gepresteerde uren) geen werk heeft verschaft en vordert de betaling van 679,61 euro bruto schadevergoeding voor gederfd loon.

Overeenkomstig artikel 1382 BW moet diegene door wiens schuld schade is ontstaan, deze schade vergoeden. Opdat er sprake kan zijn van de toekenning van een schadevergoeding dienen een fout, een bijzondere schade en een oorzakelijk verband aangetoond te worden.

Op basis van de door de heer H. bijgebrachte prestatiestaten over voornoemde periode blijkt op afdoende wijze dat hij slechts 436,51 uren effectief heeft gepresteerd, zodat de NV -die niet aanvoert dat de heer H. in deze periode ongerechtvaardigd afwezig was of door zijn eigen toedoen niet is komen werken- een fout begaat door de heer H. geen werk te verschaffen voorde contractueel overeengekomen uren (stukken 17 en 18 dossier H.).

Bovendien is er een oorzakelijk verband tussen het niet betalen van het loon op voormelde 44,49 uren en de fout van de NV.

Dit onderdeel van de vordering komt dan ook gegrond voor.

5. De dwangsom

De bij dit arrest toegekende bedragen rechtvaardigt de veroordeling tot afgifte van de door de heer H. gevorderde sociale en fiscale documenten.

Niets in het dossier laat echter toe te besluiten dat het nodig of zelfs maar wenselijk zou zijn de veroordeling tot afgifte van deze documenten te bevelen onder verbeurte van een dwangsom.

Dat de NV de prestatieverslagen over 2008-2012, waartoe zij door de eerste rechters werd veroordeeld, laattijdig zou hebben overgemaakt, wordt op generlei wijze aangetoond zodat niets erop wijst dat de NV zich aan haar verplichting tot afgifte van de gevorderde documenten zou onttrekken.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep van de heer H. ontvankelijk en gegrond als volgt.

Vernietigt het vonnis van 26 februari 2015 -in zoverre bestreden- van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen

Spreekt opnieuw recht en veroordeelt de NV tot betaling aan de heer H. van:

- 9.439,33 euro bruto schadevergoeding wegens discriminatie
- 679,61 euro bruto schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke interesten.

Veroordeelt de NV tot afgifte aan de heer H. van een loonfiche, een fiscale fiche 281.10 en een individuele rekening m.b.t. de toegekende bedragen.

Wijst het meer of het anders gevorderde af als ongegrond.

Veroordeelt de NV tot de kosten van het hoger beroep.

Vereffent deze kosten aan de zijde van:

- de heer H. op:
nihil

-de NV B. D. P. op:
1.210,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof

Aldus gewezen door:

H. C., kamervoorzitter,

R. V., raadsheer in sociale zaken, werkgever,.

R. D. S., plaatsvervangend raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,

En uitgesproken door de voorzitter van de derde kamer van het arbeidshof Antwerpen afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen. In openbare terechtzetting van 6 juni 2017 met bijstand van griffier A. D. S.