

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

VAN 20 SEPTEMBER 2019

P. E;(RR. nr. X wonende te X
appellant,
vertegenwoordigd door mr. D. , advocaat, loco mr. A. advocaat te X,

tegen

V. M., advocaat (de curator) van het faillissement van P. NV (KBO nr. X), wonende te BRUSSEL,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. V. advocaat te X

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:
Gelet op de stukken van de rechtspleging, In het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel op 30 oktober 2017, 1e kamer (A.R. 16/1752/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 24 januari 2018,
- de conclusies voor de appellant,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- het schriftelijk advies neergelegd ter griffie door het Openbaar Ministerie op 13 mei 2019,
- de voorgelegde stukken.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 22 maart 2019, waarna de debatten werden gesloten, een schriftelijk advies door het Openbaar Ministerie werd neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

I. FEITEN

1.-

De heer P trad op 21 april 2009 in dienst van de NV P. S. als verantwoordelijke Business Development Printing Solutions, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 21 april 2009. Het betrof een deeltijdse arbeidsovereenkomst (3 dagen per week). j

Met arbeidsovereenkomst van dezelfde datum trad hij ook in dienst van de in Nederland gevestigde NV P S.; in dezelfde functie, met deeltijdse arbeidsovereenkomst voor 1 dag per week.

Met arbeidsovereenkomst van dezelfde datum trad hij eveneens in dienst van de in Luxemburg gevestigde P.S. Luxembourg in dezelfde functie, eveneens met deeltijdse arbeidsovereenkomst voor 1 dag per week.

2. -

Op 15 november 2010 was de heer P: het slachtoffer van een arbeidsongeval, ten gevolge waarvan hij arbeidsongeschikt was, meestal volledig; tijdens de periode van 26 januari 2013 tot 22 augustus was hij in de regel 40 % arbeidsongeschikt en hervatte hij het werk in het kader van de Belgische arbeidsovereenkomst.

Tijdens deze periode van werkhervatting oefende hij de functie uit van 'product manager' en werd hij ook als dusdanig vermeld op het organigram van de verkoopafdeling.

Op 23 augustus 2013 werd hij terug volledig arbeidsongeschikt en hij bleef dit tot het einde van de arbeidsovereenkomst.

3.-

Per 1 juli 2015 werd de Belgische arbeidsovereenkomst van de heer P overgedragen aan de NV X, later P.

Per 1 december 2015 werd ook de Nederlandse arbeidsovereenkomst overgedragen aan de NV P

4.-

Eind december 2015 had de heer P contact met de NV en had hij een gesprek met mevrouw C.'. Uit een e-mail van deze laatste blijkt dat de heer P. had aangekondigd het werk te kunnen hervatten, niet vroeger dan februari 2016 en in het begin deeltijds (2/5). Tevens had hij een aantal punten aangehaald in verband met zijn re-integratie.

Met e-mail van 21 januari 2016 kondigde de heer I. . aan het werk te zullen hervatten op een datum tussen 1 en 29 februari 2016, in de hoedanigheid van 'product manager document printing solutions', deeltijds en met de vraag rekening te houden met de voorwaarden die zijn behandelende artsen beschreven. Met e-mail van 1 februari 2016 bepaalde hij de datum van werkhervatting op 1 maart 2016, dit is de dag na de consolidatie van de letsels ten gevolge van het arbeidsongeval, herhaalde hij dat rekening moest worden gehouden met de beperkingen ten gevolge van zijn invaliditeit en drong hij aan op werkhervatting in de functie waarin hij vertrokken was in augustus, deze van product manager.

Omdat hij geen reactie kreeg van de NV, stelde hij in een e-mail van 5 februari 2016 dat de NV drie mogelijkheden had:

- hem re-integreren in zijn functie van product manager
- hem een functie vinden aangepast aan zijn handicap
- hem de noodzakelijke documenten te geven die hem toelieten werkloosheidsuitkeringen te genieten.

In een e-mail van dezelfde datum bezorgde de heer P. aan de NV een door zijn arts opgestelde lijst van opmerkingen met betrekking tot de werkhervatting:

- verbod om lasten van meer dan 2 kg te tillen
- verplaatsingen dienen te worden beperkt tot tweemaal 45 minuten per dag
- zo veel mogelijk thuiswerk
- een comfortabele stoel in overleg te kiezen

- een parkeerplaats vlak bij kantoor
- een aangepaste bedrijfswagen met automatische versnelling en elektrische stoelen met verstelbare rugsteunen
- niet langer dan 30 minuten rechtstaan, afwisseling zitten en staan
- verbod voor sport- of gelijkaardige activiteiten
- recepties of evenementen met klanten of collega's zijn niet mogelijk
- trappen zijn verboden
- toekenning van taken waarbij rekening moet worden gehouden met de neveneffecten van de geneesmiddelen die de heer P. neemt (minder snel, dyslexie, spraak- en evenwichtsstoornissen)
- een functie In binnendienst dringt zich op
- de heer P moet regelmatig medische en paramedische behandelingen volgen, wekelijks en maandelijks.

Met e-mail van 8 februari 2016 aan de raadsman van de NV herhaalde de heer P zijn diverse vragen.

5.-

Met brief van 19 februari 2016 nodigde M. vzw, externe dienst voor preventie van de NV, de heer P uit op een geneeskundig onderzoek dat zou doorgaan op 22 februari 2016

Met e-mail van 22 februari 2016 meldde M. aan de NV dat een werkhervatting medisch niet mogelijk was, en dat aan de heer P. de raad was gegeven een 're-integratieonderzoek aan te vragen om hem definitief arbeidsongeschikt te zetten voor de functie bij de NV, met het oog op een beëindiging van de overeenkomst wegens overmacht en zonder vergoeding te moeten betalen'.

Met aangetekende brief van 23 februari 2016 vroeg de heer P. aan de NV 'een reclasseringsprocedure te willen opstarten met toepassing van artikel 39 van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht'. Hij verwees hierbij naar het attest van zijn behandelend arts dat bevestigt dat hij definitief ongeschikt was om zijn functie uit te oefenen.

6.-

Met e-mail van 25 februari 2016 maakte de NV aan de heer P. . kopie over van een 'verzoek om gezondheidstoezicht over de werknemers', over te maken aan M. vzw. In dit verzoek werd als te begeven functie opgegeven: 'responsible business development printing solutions'. De NV suggereerde verder dat de heer P. : haar een nieuw arbeidsongeschiktheidsattest zou bezorgen voor de periode vanaf 1 maart 2016.

Uit het formulier voor de gezondheidsbeoordeling, dat M. vzw op 11 maart 2016 meedeelde aan de heer P. en de NV, blijkt dat het onderzoek door is gegaan op 4 maart 2016, en dat de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer oordeelde dat de heer P definitief ongeschikt was.

Met e-mail van 15 maart 2016 zond de heer P. dit formulier aan de NV, met volgende commentaar (vertaling):

"Ziehier het definitief document, u kan dus nu al mijn einde dienstdocumenten opmaken, en de berekening maken van de bedragen die mij verschuldigd zijn, vakantiegeld en dertiende maand voor de respectievelijke landen, en mij dit alles toezenden per aangetekende brief."

Met e-mail van 16 maart 2016 ging de heer P. hierop verder (vertaling):

"De wetteksten zeggen dat het de datum van mededeling van de definitieve ongeschiktheid is die een einde stelt aan de overeenkomsten wegens overmacht, dus 11 maart 2016. Opdat noch u noch ik problemen zouden hebben (laattijdige overhandiging van de documenten), is het nu dringend mij het geheel van de wettelijke documenten over te maken die een einde maken aan mijn overeenkomsten.

Indien u een probleem hebt met mijn Luxemburgse overeenkomst, kan u reeds, mijn twee andere overeenkomsten beëindigen, en ze mij aangetekend toezenden.

Het zou zo zijn dat voor Luxemburg, men via een normaal ontslag zou moeten gaan, met opzegging."

Met tweede e-mail van 16 maart 2016 stelde de heer P. onder andere:

- dat de NV hem meerdere malen de toegang tot het bedrijf had ontzegd omdat zij van oordeel was dat zijn gezondheidstoestand hem niet toeliet te werken, waar niets van aan is; dat de NV weet welke voorwaarden zijn behandelend geneesheer stelde om arbeidsgeschikt te zijn, voorwaarden die niet onoverkomelijk zijn;
- dat de NV het recht heeft op grond van gedetailleerde verantwoording de beslissing te nemen dat hem geen aangepast werk zou worden aangeboden, wat zij niet heeft gedaan;
- dat hij van oordeel was na 1 maart 2016 nog steeds in dienst te zijn van alle vennootschappen, tot hij ontslagen zou worden.

Met e-mail van 16 maart 2016 bevestigde de NV nooit een initiatief te hebben genomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

7.-

Met aangetekende brief van 23 maart 2016 stelde de NV de beëindiging van de (Belgische) arbeidsovereenkomst vast:

"Op 4 maart 2016 heeft de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer van M. beslist dat je definitief ongeschikt bent voor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst

De beslissing, die een bevestiging is van wat je behandelende arts, Dr. D., attesteerde op 22 februari 2016, werd meegedeeld op 11 maart 2016 en is ondertussen definitief geworden.

Er zijn geen aanbevelingen geformuleerd die zouden toelaten je aan het werk te houden. In die omstandigheden is het onmogelijk je ander werk voor te stellen.

Bijgevolg stellen wij samen met jou vast, conform de Belgische regelgeving ter zake, dat er medische overmacht is waardoor er een einde komt aan onze Belgische arbeidsovereenkomst.

[...]

Wat betreft je Nederlandse arbeidsovereenkomst zullen wij je eerstdaags een overeenkomst voorleggen die, conform het Nederlandse recht, de modaliteiten bepaalt voor de verdere afwikkeling van die samenwerking."

8. -

Met aangetekende brief van 31 maart 2016 beëindigde de NV de Luxemburgse arbeidsovereenkomst van de heer P met een opzeggingstermijn van 4 maanden die een aanvang nam op 1 april 2016 om te eindigen op 31 juli 2016. Hij werd vrijgesteld van het presteren van de opzeggingstermijn.

9. -

Met brief van 7 november 2016 deed de NV via een Nederlandse raadsman een aanvraag voor een ontslagvergunning wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.

Met beslissing van 12 december 2016 verleende de U. Rotterdam toestemming om de heer P. op te zeggen.

Met aangetekende brief van 20 december 2016 zegde de NV de Nederlandse arbeidsovereenkomst op tegen het einde van de maand met een opzeggingstermijn van 2 maanden, waarop de proceduretijd van 28 dagen in mindering mocht worden gebracht.

10. -

Met brief van 8 april 2016 vorderde de raadsman van de heer P betaling door de NV van 24.483,95 euro opzeggingsvergoeding van 5 maanden en 12 weken loon, en van 1.894,85 euro saldo loon maart 2016.

Met e-mail van dezelfde dag betwistte de raadsman van de NV dat een opzeggingsvergoeding verschuldigd zou zijn.

Met brief van 20 mei 2016 verduidelijkte de raadsman van de heer P. diens standpunt.

Met brief van 11 juli 2016 stelde de raadsman tevens vordering in met betrekking tot de Nederlandse en de Luxemburgse arbeidsovereenkomst.

II. RECHTSPLEGING

11.-

Met verzoekschrift, neergelegd op de griffie van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel op 14 juli 2016, vorderde de heer P., betaling door de NV van:

1.003,15 euro bruto achterstallig loon
24.483,95 euro bruto opzeggingsvergoeding
18.908,40 euro forfaitaire schadevergoeding wegens discriminatie

Deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest.

Hij vorderde tevens de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding, met Inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, en de voorlopige uitvoerbaarheid van het tussen te komen vonnis.

12.-

In zijn syntheseconclusie, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank op 27 juni 2017, bepaalde hij zijn vordering als volgt:

5.218,96 euro bruto achterstallig loon voor de periode van 1 maart tot 31 maart 2016
40.547,24 euro bruto (Belgische) opzeggingsvergoeding
31.313,76 euro forfaitaire schadevergoeding omwille van discriminatie
2.694,00 euro (Luxemburgse) opzeggingsvergoeding
7.700,00 euro (Nederlandse) opzeggingsvergoeding.

13.-

Met vonnis van 8 augustus 2017 verklaarde de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel de NV failliet. De heer V. werd aangesteld als curator van het faillissement.

14. -

Met vonnis van 30 oktober 2017 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel de vordering van de heer P ontvankelijk doch geheel ongegrond. Zij veroordeelde hem tot de gerechtskosten, in hoofde van de NV begroot op 3.600,00 euro rechtsplegingsvergoeding.

15. -

Partijen maken geen melding van een betekening van dit vonnis.

16. -

Met verzoekschrift, neergelegd op de griffie van het arbeidshof te Brussel op 24 januari 2018, tekende de heer P hoger beroep aan tegen het vonnis van 30 oktober 2017 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel. Hij vorderde dat het arbeidshof dit vonnis zou hervormen en de NV zou veroordelen tot betaling van volgende bedragen:

5.218,96 euro bruto achterstallig loon voor de periode van 1 maart tot 31 maart 2016
40.547,24 euro bruto (Belgische) opzeggingsvergoeding
5.218,96 euro forfaitaire schadevergoeding omwille van discriminatie
2.609,04 euro (Luxemburgse) opzeggingsvergoeding
7.700,00 euro (Nederlandse) opzeggingsvergoeding

Te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest.

En tot de kosten van beide aanleggen, begroot op 2.750,00 euro rechtsplegingsvergoeding per aanleg.

17-

In zijn syntheseconclusie in beroep, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 8 oktober 2018, bepaalde hij de gevorderde bedragen als volgt:

2.606,43 euro bruto achterstallig loon voor de periode van 1 maart tot 23 maart 2016
40.547,24 euro bruto (Belgische) opzeggingsvergoeding
31.313,76 euro forfaitaire schadevergoeding omwille van discriminatie
2.649,26 euro (Luxemburgse) opzeggingsvergoeding
7.300,00 euro (Nederlandse) opzeggingsvergoeding

Hij begrootte de rechtsplegingsvergoeding op 3.600,00 euro per aanleg (later terug 2.750,00 euro per aanleg).

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

18. -

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

IV. BEOORDELING

1. De opzeggingsvergoeding

1.1. Definitieve arbeidsongeschiktheid en overmacht als beëindigingsgrond van de arbeidsovereenkomst

1.1.1. Enkele principes

19. -

Artikel 32, 5° van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt door overmacht.

De werkgever die zich op overmacht beroept om de arbeidsovereenkomst te beëindigen moet bewijzen dat er op het ogenblik van het ontslag sprake is van definitieve overmacht.

Overmacht geeft ofwel aanleiding tot schorsing van de arbeidsovereenkomst (tijdelijke overmacht), dan wel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst (definitieve overmacht).

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

(vgl. Cass. 5 januari 1981, R.W. 1980-81, 2401)

Wanneer de arbeidsongeschiktheid tijdelijk is, leidt zij enkel tot de schorsing van de arbeidsovereenkomst, wat ook de duur van de arbeidsongeschiktheid is. (vgl. M. D., L'incapacité de travail et la rupture du contrat pour force majeure, Ors. 1997, 76)

20.-

Het enkele feit dat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer van lange duur blijkt te zijn, volstaat niet om te concluderen tot het definitieve karakter ervan, (vgl. Cass. 17 mei 1982, Soc. Kron. 1982, 264, noot P. C.)

Medische overmacht leidt slechts tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien hij de uitvoering van de overeenkomst definitief onmogelijk maakt, (vgl. Cass. 10 januari 1994, J.T.T. 1994,209)

Medische overmacht moet enkel worden beoordeeld op grond van de overeengekomen arbeid. (vgl. Cass. 2 oktober 2000, R.W. 2000-01, 1457, noot W.R.)

Wanneer de werkgever ten onrechte inroept dat de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht is beëindigd, kan de werknemer dit beschouwen als een onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, (vgl. Cass. 19 mei 2008, J.T.T. 2008, 394)

1.1.2. Toepassing van artikel 55 en volgende van het KB van 28 mei 2003

21.-

Artikel 55 van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers bepaalt dat vooraleer de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer een beslissing tot arbeidsongeschiktheid neemt, hij gepaste bijkomende onderzoeken uitvoert die ten laste vallen van de werkgever, inzonderheid wanneer de werknemer een aandoening heeft waarvan vermoed wordt dat ze beroepsgebonden is en waarvan de diagnose niet afdoende kon worden gesteld met de middelen bepaald voor de periodieke gezondheidsbeoordeling. Daarnaast doet de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer navraag naar de sociale toestand van de werknemer, maakt hij een nieuwe risicoanalyse en onderzoekt hij ter plaatse welke maatregelen en aanpassingen het mogelijk zouden maken om de werknemer zijn werkpost of activiteit te laten behouden, rekening houdend met zijn mogelijkheden.

Artikel 57 van hetzelfde KB bepaalt verder dat de werkgever, de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer en in voorkomend geval andere preventieadviseurs, de werknemer en de afgevaardigden van het personeel in het comité, of bij ontstentenis van het comité, de door de werknemer gekozen vertegenwoordigers van de vakbond, voorafgaandelijk overleg plegen over de mogelijkheden voor ander werk en de maatregelen voor aanpassing van de werkposten.

22. -

Het arbeidshof stelt vast dat de procedure voorzien in de artikels 55 en volgende van het KB van 28 mei 2003 niet werd nageleefd.

Vooraleer de beslissing te nemen over de definitieve arbeidsongeschiktheid van de heer P heeft de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer immers geen bijkomende onderzoeken ingesteld, geen navraag gedaan naar de sociale toestand van de werknemer, geen nieuwe risicoanalyse gemaakt en niet ter plaatse onderzocht welke maatregelen en aanpassingen het mogelijk zouden maken om de heer P zijn werkpost of activiteit te laten behouden, rekening houdend met zijn mogelijkheden.

23. -

Verder dient te worden vastgesteld dat de overlegprocedure voorzien in artikel 57 niet werd nageleefd.

24. -

Aan de orde is vervolgens de vraag wat het gevolg is van het feit dat de procedure voorzien in de artikels 55 tot 58 van het KB van 28 mei 2003 niet werd nageleefd.

Naar het oordeel van het arbeidshof is het gevolg van het niet naleven van de procedure voorzien in de artikels 55 tot 58 van het KB van 28 mei 2003 dat de beslissing van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer niet geldig werd genomen en bijgevolg niet kan dienen als bewijs van de definitieve arbeidsongeschiktheid waarop de werkgever zich beroept op om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht vast te stellen.
(vgl. Arbh. Luik 16 december 2010, J.T.T. 2011, 294)

1.1.3. Bewijs van de definitieve arbeidsongeschiktheid

25.-

Zoals onder randnummer 19 reeds aangegeven, moet de werkgever die zich op overmacht beroept om de arbeidsovereenkomst te beëindigen bewijzen dat er op het ogenblik van de vaststelling van de definitieve arbeidsongeschiktheid sprake is van definitieve overmacht.

Onderzocht dient te worden of de NV aldus het bewijs levert dat de heer P op 23 maart 2016 om medische redenen definitief ongeschikt was om de bedongen arbeid verder uit te voeren.

Zoals reeds onder randnummer 24 aangegeven, kan dit bewijs niet worden geleverd door het formulier voor gezondheidsbeoordeling, opgesteld door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, nu deze beoordeling van de arbeidsongeschiktheid geschiedde met miskenning van de in de In artikels 55 tot 58 van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers voorziene procedure.

26. -

Aan de orde is dan de vraag of het bewijs van de blijvende arbeidsongeschiktheid kan worden geleverd door het attest van de behandelende arts van de heer P van 22 februari 2016, waarin de arts bevestigt dat zijn patiënt definitief ongeschikt is voor de uitoefening van zijn functie. Ook hier stelt zich het probleem dat dit attest geen ondubbelzinnig bewijs van de definitieve arbeidsongeschiktheid van de heer P kan opleveren, vermits dezelfde arts op 4 februari 2016, het tegenovergestelde bevestigde, met name dat de heer P vanaf 1 maart 2016 'bekwaam was zijn beroepsactiviteiten aan 100 % te hervatten', zij het met een aantal voorzorgen en maatregelen.

Dat de fysieke toestand van de heer P. op minder dan drie weken zo spectaculair zou verslechteren, wordt door geen enkel argument ondersteund.

27. -

In de mate dat een bewijs van definitieve arbeidsongeschiktheid zou kunnen gevonden worden in verklaringen van de heer P zelf, dient het arbeidshof ook hier vast te stellen dat geen ondubbelzinnige erkenning van de eigen definitieve arbeidsongeschiktheid voorligt. Het is juist dat de heer P in zijn e-mails van 15 en 16 maart 2016 wel melding maakt van een definitieve arbeidsongeschiktheid en aan de NV vraagt om de nodige documenten toe te zenden, maar het is even juist dat hij in een e-mail van dezelfde 16 maart 2016 aangaf dat van dergelijke definitieve arbeidsongeschiktheid geen sprake was en de NV op de hoogte was van de maatregelen die moesten genomen worden om een werkhervatting mogelijk te maken.

28. -

Vermits de NV aldus niet aantoont dat de heer P definitief arbeidsongeschikt was heeft zij met aangetekende brief van 23 maart 2016 ten onrechte vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst beëindigd was ten gevolge van medische overmacht en aldus de arbeidsovereenkomst zelf onrechtmatig beëindigd.

Bijgevolg maakt de heer P ten laste van de thans gefailleerde terecht aanspraak op betaling van een opzeggingsvergoeding.

1.2. De opzeggingsvergoedingen

1.2.1. De Belgische opzeggingsvergoeding

29. -

Met toepassing van artikel 39 § 1 eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet dient de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden en zonder inachtneming van een (voldoende) opzeggingstermijn, aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het loon dat overeenstemt met de (eventueel resterende) duur van de opzeggingstermijn.

Voor de toepassing van deze regel dient bijgevolg onderzocht te worden welk loon de heer P. verdiende en welke opzeggingstermijn nageleefd diende te worden.

Samenstelling van het jaarloon

30. -

Artikel 39 §1 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de opzeggingsvergoeding niet enkel het lopend loon behelst maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Rekening houdend met de door partijen bijgebrachte stukken en de door hen ontwikkelde argumenten begroot het arbeidshof het jaarloon van de heer P in het kader van de Belgische arbeidsovereenkomst op 38.106,31 euro, samengesteld als volgt:

2.404,66 euro (maandloon) x 13,92 =	33.472,87 euro
voordelen in natura:	
- privaat gebruik bedrijfswagen: 300,00 euro x 12 =	3.600,00 euro
- privaat gebruik GSM: 30,00 euro x 12 =	360,00 euro
werkgeversbijdrage maaltijdcheques: 4,88 euro x 138 dagen =	673,44 euro

31.-

Partijen zijn het niet eens over een aantal elementen van dit jaarloon.

Terecht stelt de curator q.q. dat de vaste maandwedge niet mag berekend worden op het volledige (Belgische, Nederlandse en Luxemburgse) loon, doch enkel op het loon dat hij in het kader van de Belgische arbeidsovereenkomst verdiende.

Hetzelfde geldt voor de maaltijdcheques, die enkel gelden voor de Belgische tewerkstelling.

Vermits de bonus voor 2013 niet werd verdiend tijdens de laatste 12 maanden die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voorafgaan, kan met deze bonus en het vakantiegeld op de bonus geen rekening worden gehouden bij de samenstelling van het jaarloon.

Opzeggingstermijn

32. -

Partijen zijn het er over eens dat de NV ten aanzien van de heer P een opzeggingstermijn van 5 maanden en 12 weken diende te respecteren.

Opzeggingsvergoeding

33. -

Met als uitgangspunten een jaarloon van 38.106,31 euro en een opzeggingsvergoeding van 5 maanden en 12 weken loon, heeft de heer P recht op een opzeggingsvergoeding van 24.671,39 euro, becijferd als volgt:

38.106,31 euro x 5/12 =	15.877,63 euro
38.106,31 euro x 12/52 =	8.793,76 euro

1.2.2. De Nederlandse opzeggingsvergoeding

34. -

Met brief van 7 november 2016 deed de NV via een Nederlandse raadsman een aanvraag voor een ontslagvergunning wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.

Met beslissing van 12 december 2016 verleende de U. toestemming om de heer P. op te zeggen.

Met aangetekende brief van 20 december 2016 zegde de NV de Nederlandse arbeidsovereenkomst op tegen het einde van de maand met een opzeggingstermijn van 2 maanden, waarop de proceduretijd van 28 dagen in mindering mocht worden gebracht.

35. -

De heer P vordert betaling van een Nederlandse opzeggingsvergoeding voor de periode van 23 maart 2016 tot 9 Januari 2017. Hij verduidelijkt echter niet op welke rechtsgrond hij betaling vordert van een vergoeding over deze periode; in het bijzonder toont hij niet aan dat de Nederlandse arbeidsovereenkomst beëindigd werd op 23 maart 2016, op welke grond hij betaling zou kunnen vorderen van een vergoeding voor een periode tijdens dewelke hij niet werkte in het kader van de Nederlandse arbeidsovereenkomst, brengt hij de proceduretijd van 28 dagen niet in mindering en becijfert hij niet nauwkeurig de hem eventueel nog verschuldigde vergoeding.

1.2.3. De Luxemburgse opzeggingsvergoeding

36. -

Artikel 17 Ger.W. bepaalt dat de vordering niet kan worden toegelaten, indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen.

Dit principe heeft als logisch gevolg dat de eiser, die de hoedanigheid en de bekwaamheid heeft om de vordering in te stellen, deze vordering moet richten tegen hem die de nodige hoedanigheid en bekwaamheid heeft ze te beantwoorden.

(vgl. Rapport du Commissaire Royal, Pas. 1967, 322, gec. in E. Gutt en A.M. S – T., Examen de jurisprudence. Droit Judiciaire privé (1965-1970), R.C.J.B. 1973, 103; P. R., Traité élémentaire de droit judiciaire privé, T. préL., vol. I, B., Brussel 1979,168)

De vordering moet bijgevolg worden ingeleid tegen degene die de vereiste hoedanigheid en de vereiste bekwaamheid heeft om als verweerder op te treden, (vgl. Cass. 3 april 2017, S.15.0009.N)

37. -

Indien de heer P betaling vordert van een opzeggingsvergoeding op grond van de Luxemburgse arbeidsovereenkomst, dient hij deze vordering te stellen tegen de werkgever.

Hij toont niet aan dat de thans gefailleerde NV P. zijn werkgever was voor de tewerkstelling In Luxemburg.

Ook dit onderdeel van zijn vordering dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

2. Het loon voor de periode van 1 maart 2016 tot 23 maart 2016

38. -

Dat het recht op loon ontstaat door het verrichten van arbeid krachtens een arbeidsovereenkomst, heeft tot gevolg dat behoudens afwijkende wettelijke of contractuele regeling, de werknemer geen aanspraak heeft op loon gedurende de periode waarin hij, zelfs door toedoen van de werkgever, geen arbeid verricht, (vgl. Cass. 26 april 1993, R.W. 1993-94, 507)

39. -

Het staat niet ter discussie dat de heer P tijdens deze periode geen arbeidsprestaties heeft geleverd. Hij toont niet aan dat hij aan de werkgever het bewijs heeft overgemaakt dat hij arbeidsongeschikt was.

In die omstandigheden dient ook dit onderdeel van zijn vordering als ongegrond te worden afgewezen.

3. Schadevergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap

3.1. Toepasselijke bepalingen

40. -

Artikel 14 van de Antidiscriminatiewet verbiedt elke vorm van discriminatie in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van de wet vallen, en bepaalt verder dat onder discriminatie onder andere wordt verstaan, de weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.

Artikel 4, 12° van dezelfde wet definieert redelijke aanpassingen als passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen In de aangelegenheden waarop deze wet van toepassing is, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen,

41.-

Met betrekking tot het begrip handicap kan nuttig worden gerefereerd aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. De Antidiscriminatiewet is immers de omzetting van de richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling In arbeid en beroep, zoals overigens aangegeven in artikel 2 van deze wet.

Het Hof van Justitie definieert 'handicap' als volgt:

"Het begrip 'handicap' in richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, moet aldus worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte, wanneer die ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is. De aard van de door de werkgever te treffen maatregelen is niet bepalend voor de beoordeling of de gezondheidstoestand van een persoon onder dit begrip valt."

(H.v.J. 11 april 2013, C-335/11 (Jette R.) en C-337/11 (L. S. W.), www.curia.eu op datum, eerste dictum)

42. -

Zoals terecht opgemerkt door het openbaar ministerie sluit de door het Hof van Justitie gehanteerde definitie aan bij de omschrijving van de notie 'handicap' in artikel 1 van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 13 december 2006.

In dezelfde arresten geeft het Hof van Justitie uitdrukkelijk aan dat het bestaan van een beperkte arbeidsgeschiktheid niet belet dat deze gezondheidstoestand beschouwd kan worden als een handicap. (H.v.J. 11 april 2013, C-335/11 (Jette R.), www.curia.eu op datum, nr. 43)

43. -

Artikel 28 § 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat 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 het geslacht kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. (vgl. Grondwettelijk Hof, nr. 17/2009, arrest 12 februari 2009)

44.-

Artikel 28 § 2 van dezelfde wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt 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.

45. -

Artikel 28 § 3 van de wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt 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.

Ten slotte dient vermeld te worden dat artikel 27 bepaalt dat voor de toepassing van titel V (bewijslast) van de Antidiscriminatiewet onder discriminatie wordt begrepen, de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

46. -

Artikel 18 § 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat in geval van discriminatie het slachtoffer een schadevergoeding kan vorderen, doch in een aantal gevallen het slachtoffer de keuze laat om hetzij een forfaitair bedrag te vorderen, hetzij een vergoeding voor de werkelijk geleden schade.

Artikel 18 § 2, 2° bepaalt dan verder dat indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen, de forfaitaire schadevergoeding voor morele en materiële schade gelijk is aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoonde dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden

getroffen zou zijn, in welk geval de forfaitaire schadevergoeding beperkt wordt tot drie maanden beloning.

3.2. Toepassing

47. -

Indien de heer P betaling vordert van een vergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap, dient met toepassing van de hiervoor aangegeven wettelijke bepalingen aangetoond te worden:

- dat zij beschouwd moet worden als persoon met een handicap
- dat het OCMW weigerde redelijke aanpassingen te doen in haar voordeel.

48. -

De eerste te beantwoorden vraag is bijgevolg of de heer P. beschouwd dient te worden als een persoon met een handicap.

Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat er sprake is van een handicap indien aan volgende voorwaarden wordt voldaan:

- de handicap heeft betrekking op een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte;
- die ziekte lijdt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen;
- de beperking is langdurig.

50.-

Naar het oordeel van het arbeidshof kan niet ernstig worden betwist dat de heer P beschouwd moet worden als een persoon met een handicap.

De aandoening waaraan hij lijdt werd vastgesteld door meerdere artsen, en leidt tot een beperking die hem belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen; deze beperking is aanwezig sinds 2010 en bijgevolg langdurig.

51.-

Aan de orde is vervolgens de vraag of de heer P. voldoende sterke en pertinente feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden; slechts indien dit het geval is, is het aan de NV om aan te tonen dat zij niet discrimineerde.

Het arbeidshof is hierbij van oordeel dat de heer P' wel degelijk feiten In de zin van artikel 28 §§ 2 en 3 aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden.

Artikel 28 § 2 en § 3 van de Antidiscriminatiewet geven Inderdaad wel aan welke feiten het bestaan van een directe of een indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, doch stellen tevens dat de opgegeven elementen slechts 'onder meer doch niet uitsluitend' kunnen wijzen op het bestaan van enige discriminatie.

52.-

In voorliggende betwisting heeft de heer P< eind december 2015 contact gehad met de NV en had hij een gesprek met mevrouw C.. Uit een e-mail van deze laatste blijkt dat de heer P had aangekondigd het werk te kunnen hervatten, niet vroeger dan februari 2016 en in het begin deeltijds (2/5). Tevens had hij een aantal punten aangehaald In verband met zijn re-integratie.

Met e-mail van 21 januari 2016 kondigde de heer F aan het werk te zullen hervatten op een datum tussen 1 en 29 februari 2016, in de hoedanigheid van 'product manager document printing solutions', deeltijds en met de vraag rekening te houden met de voorwaarden die zijn behandelende artsen beschreven. Met e-mail van 1 februari 2016 bepaalde hij de datum van werkhervatting op 1 maart 2016, dit is de dag na de consolidatie van de letsels ten gevolge van het arbeidsongeval, herhaalde hij dat rekening moest worden gehouden met de beperkingen ten gevolge van zijn invaliditeit en drong hij aan op werkhervatting in de functie waarin hij vertrokken was. In augustus, deze van product manager.

Omdat hij geen reactie kreeg van de NV, stelde hij in een e-mail van 5 februari 2016 dat de NV drie mogelijkheden had:

- hem re-integreren in zijn functie van product manager
- hem een functie vinden aangepast aan zijn handicap
- hem de noodzakelijke documenten te geven die hem toelieten werkloosheidsuitkeringen te genieten.

In een e-mail van dezelfde datum bezorgde de heer P. aan de NV een door zijn arts opgestelde lijst van opmerkingen met betrekking tot de werkhervatting:

- verbod om lasten van meer dan 2 kg te tillen
- verplaatsingen dienen te worden beperkt tot tweemaal 45 minuten per dag
- zo veel mogelijk thuiswerk
- een comfortabele stoel in overleg te kiezen
- een parkeerplaats vlak bij kantoor
- een aangepaste bedrijfswagen met automatische versnelling en elektrische stoelen met verstelbare rugsteunen
- niet langer dan 30 minuten rechtstaan, afwisseling zitten en staan
- verbod voor sport- of gelijkaardige activiteiten
- recepties of evenementen met klanten of collega's zijn niet mogelijk
- trappen zijn verboden
- toekenning van taken waarbij rekening moet worden gehouden met de neveneffecten van de geneesmiddelen die de heer P. neemt (minder snel, dyslexie, spraak- en evenwichtsstoornissen)
- een functie in binnendienst dringt zich op
- de heer P. moet regelmatig medische en paramedische behandelingen volgen, wekelijks en maandelijks.

Met e-mail van 8 februari 2016 aan de raadsman van de NV herhaalde de heer P : zijn diverse vragen.

53.-

Het arbeidshof kan enkel vaststellen dat de NV niet aantoonbaar ook maar één poging te hebben gedaan om aan de wensen van de heer P voor een werkhervatting tegemoet te komen.

Indien de curator q.q. thans opmerkingen maakt over de mogelijkheid om de wensen van de heer P al dan niet te kunnen realiseren, is hij daarmee rijkelijk laat: de NV heeft deze opmerkingen vroeger nooit gemaakt, en de zijdelingse suggestie dat de vraag van de heer P. om het werk te kunnen hervatten niet ernstig was, kan niet worden aanvaard.

Dit gebrek aan reactie kan niet anders worden gelezen dan als een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van de heer f die zoals hiervoor aangetoond beschouwd moet worden als een persoon met een handicap.

54. -

Vermits de heer P voldoende ernstige en pertinente feiten heeft aangevoerd die het bestaan van discriminatie, met name de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap, doen vermoeden, verschuift de bewijslast met betrekking tot de discriminatie naar de NV,

die bijgevolg dient aan te tonen dat zij de heer P .. niet heeft gediscrimineerd, in het bijzonder door niet te weigeren redelijke aanpassingen te maken in zijn voordeel.

Zoals hiervoor reeds gesteld, heeft de NV niet gereageerd op de vragen van de heer P om maatregelen te nemen om overeenkomstig de vraag van zijn arts de werkhervatting mogelijk te maken.

55. -

Nu de curator q.q. niet en alleszins niet op afdoende wijze aantoonde dat de NV niet geweigerd heeft redelijke aanpassingen te maken voor de heer P als persoon met een handicap, oordeelde de arbeidsrechtbank ten onrechte dat hij geen aanspraak kon maken op de door haar gevorderde forfaitaire vergoeding voorzien in artikel 18 § 2, 26 van de Antidiscriminatiewet en die gelijk is aan de bruto beloning voor zes maanden,

Hiervoor werd geoordeeld dat het jaarloon van de heer P in het kader van de Belgische arbeidsovereenkomst 38.106,31 euro bedraagt, zodat dit onderdeel van zijn vordering gegrond is ten belope van 19.053,16 euro (38.106,31 euro x 6/12).

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 Juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Gelet op het schriftelijk advies van mevrouw N. V, advocaat-generaal;

Verklaart het hoger beroep van de heer P ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond; doet het bestreden vonnis teniet behalve voor zover dit de vordering ontvankelijk verklaarde; opnieuw recht doende, verklaart de vordering van de heer P. als volgt gegrond:

Zegt dat de heer P ten aanzien van het passief van het faillissement van de NV P. aanspraak kan maken op volgende bedragen:

24.671,39 euro bruto opzeggingsvergoeding

19.053,16 euro forfaitaire schadevergoeding omwille van discriminatie

Deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf het einde van de arbeidsovereenkomst tot 30 oktober 2017;

Veroordeelt de curator q.q. tot de kosten van beide aanleggen, aan de zijde van beide partijen vereffend op 3.600,00 euro rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en 3.600,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep;

Legt de bijdrage van 20,00 euro voor het Fonds juridische tweedelijnsbijstand ten laste van de curator q.q.;

Verwijst de zaak naar de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel voor opname van de vordering in het passief van het faillissement van de NV P

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

- D. raadsheer,
- R. raadsheer in sociale zaken, werkgever,
- D. raadsheer in sociale zaken werknemer-bediende,

bijgestaan door :

- D. griffier.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 20 september 2019 door:

- D. raadsheer,
- bijgestaan door
- D. griffier.