



Kopie

Afgeleverd aan: Procureur-generaal
art. 1052 Ger. W.

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Uitgifte

Repertoriumnummer
2017/ 22 69
Datum van uitspraak
25 september 2017
Rolnummer
2016/AB/418

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

vijfde kamer

Arrest

COVER 01-00000942726-0001-0019-01-01-1



ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst arbeider
tegensprekelijk arrest
definitief

_____, wonende te
appellant, vertegenwoordigd door mr. _____ advocaat te

tegen

_____ met maatschappelijke zetel te _____
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. _____ loco mr. _____; advocaat te

*

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 op tegenspraak op 02 februari 2016 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 3e kamer (A.R. 14/2345/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van dit hof op 26 april 2016,
- de conclusies voor de appellant, neergelegd ter griffie op 21 november 2016 en 14 maart 2017,
- de conclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 5 september 2016 en 13 februari 2017,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare zitting van 24 april 2017, waarna de debatten gesloten werden.

Gelet op het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie reeds ontvangen ter griffie op 21 april 2017, en door het Openbaar Ministerie toegelicht ter zitting,

PAGE 01-00000942728-0002-0019-01-01-4



Gelet op de schriftelijke repliek van appellante partij op dit advies, ontvangen ter griffie op 13 juni 2017, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

De feiten en de rechtspleging in eerste aanleg

1.

De heer ' (° 12 augustus 1967) trad op 1 oktober 2008 in dienst van de nv (hierna " "), op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor arbeiders, voor onbepaalde tijd en voor voltijds werk. Hij werkte voornamelijk als buschauffeur bij het "crew transport".

2.

In december 2012 waren er gesprekken en email-correspondentie tussen de heer . en de personeelsdirecteur, de heer ; waarbij de heer meedeelde dat hij overwoog om voltijds in dienst te treden bij een andere werkgever () en bij enkel nog deeltijds te werken. verklaarde zich bereid met deze regeling en stelde op verzoek van de heer \ op 31 januari 2013 een overeenkomst op waarin bepaald werd dat het werkrooster van de heer herleid werd van 38 uur naar 12 uur , met mogelijkheid voor de heer om "onbetaalde toegestane afwezigheid " te nemen wanneer hij de geplande shift niet kon uitvoeren. Het betrof nog steeds tewerkstelling als chauffeur "Crew transport". In de overeenkomst stond vermeld dat deze kaderde in de cao "herstructurering afdeling crew transport/bussing" van 14 januari 2013.

3.

Inmiddels had inderdaad deze cao gesloten met de drie vakorganisaties (ACV, ACLVB en ABVV). Deze cao bepaalde:

"Hoofdstuk II. Afstoten activiteit, vermindering van tewerkstelling

Artikel 2. Omwille van de bedrijfsbeslissing van ' die hiervoor economische en concurrentiële redenen aanhaalt worden de activiteiten van crewtransport buiten de luchthaven afgestoten.

Artikel 3. Hierdoor daalt de tewerkstelling binnen de betrokken afdeling. Binnen het huidige klantenbestand zijn nodig: 6,8 FTE in 8u shifts, 3,8 FTE in 6u shifts en 2,5 FTE in 4 u shifts. [...]

Artikel 4. Ontslagen zullen maximaal vermeden worden. Werknemers in overtal zullen kunnen kandideren voor alle openstaande functies binnen : Indien ze voldoen aan het profiel voor de openstaande functie worden deze werknemers gemuteerd naar de openstaande functie. Werknemers in overtal worden gemuteerd naar afdelingen cargo, ramp of [onleesbaar] mutatie door een werknemer wordt geweigerd, zal overgaan tot ontslag.

Artikel 5 Om binnen de afdeling BHCT te blijven worden volgende criteria gebruikt: éérst het presteren van deeltijdse shifts en vervolgens de anciënniteit. Met het aspect deeltijdse shifts



wordt bedoeld shiften van 4u, 5u of 6u. Met het aspect anciënniteit wordt bedoeld de bedrijfsanciënniteit.

(...) Artikel 19. Deze cao is van onbepaalde duur en treedt in voege op 1 februari 2013. (...)"

4.

De heer ... ondertekende uiteindelijk niet de overeenkomst voor deeltijdse arbeid omdat hij besliste om niet bij ... in dienst te treden. In een email van 27 februari 2013 aan ... schreef hij: "...Ik bevestig bij deze dat ik definitief wil muteren naar de RAMP en dit per 19 maart 2013.

Onze schriftelijke overeenkomst dd. 31 januari 2013 m.b.t. 13u/week dewelke aanvang zou nemen per 1 april 2013 komt hierbij dan ook te vervallen.

Zoals ik gisteren reeds met ... en ... bekeken had, blijf ik gemakkelijks halve mijn shiften op crewtransport voldoen tot/met 18 maart en zal ik op 19 maart starten met de opleiding Ramp!..."¹

5.

Na een maand in de BHR(Ramp) te werken, schreef de heer ... dan op 3 mei 2013 het volgende aan de personeelsdirecteur "Ik verneem via ... dat jullie aan het herbekijken zijn om de gemuteerde mensen al of niet tijdelijk terug meer in te schakelen op BHCT, hetgeen uiteindelijk op de dienstrol van MEI al is gebeurd. Verwijzend naar onze persoonlijke besprekingen van begin dit jaar, ben ik U dankbaar opnieuw een voltijdse betrekking te kunnen uitoefenen.

Mijn mutatie naar BHR en mijn job binnen BHR zie ik helemaal zitten en ik ben daar heel tevreden, waarvoor ik verschillende argumenten heb dewelke U wel bekend.

Neemt niet weg dat ik mijn ongenoegen wil uiten, als ik nu hoor, dat mensen met minder bedrijfsanciënniteit dan ikzelf, er vanuit gaan van op voltijdse basis naar BHTC terug te keren, en zeker niet m.b.t. één bepaald persoon dewelke theoretisch gezien parttime BHTC en parttime garage doet, maar in praktijk zo goed als voltijdse L shiften op BHTC invult.

Ik had in het verleden ... in een persoonlijk gesprek te kennen gegeven dat ik mijn job op BHR helemaal zie zitten en ik zo min mogelijk wens ingeschakeld te worden op BHTC. Ik wens hierop terug te komen en dit om volgende reden;

- Ik ben flexibel en de combinatie van BHTC en BHR brengt variatie in het uitoefenen van mijn job;

- uzelf toch ook al te kennen had gegeven naar de toekomst meer te willen werken met gemotiveerde mensen die inzetbaar zijn op beide diensten;

- ik toch ook al gezien mijn leeftijd (bijna 46j) het al wel eens in mijn rug begin te voelen en de combinatie van BHR en BHTC enige verlichting brengt;

- ik er hoegenaamd wel een probleem mee heb dat er mensen zijn met minder anciënniteit, en toch voltijdse L shiften presteren op BHTC en de helft van hun arbeidstijd dan nog op

¹ "Ramp" is de afdeling afdeling BHR (Belgium Handling Ramp); de ramp handlers laden en lossen de bagage van de passagiers in het vliegtuig, en vervoeren de bagage van en naar de terminal (p. 3 conclusies)



internet zitten, terwijl ik en andere gemuteerde collega's hun positieve ingesteldheid tonen en werken.

Verwijzend naar de CAO van 14 januari 2013 hoofdstuk II punt 5 ben ik dan ook de mening toegedaan dat indien er nu verschuivingen gebeuren van BHR naar BHTC of van garage naar BHTC er in eerste instantie toch rekening zal gehouden worden met de bedrijfsanciënitelt zelfs in die orde dat een verschuiving van garage naar BHR niet uitgesloten is.

Ik wens hiermee dan ook te stellen dat ik naar behoefte van het werk wens ingeschakeld te worden zowel op BHR als op BHTC.

Ik had dit immers al te kennen gegeven in mijn e-mail van 29 april (desiderata verzoek) aan

Uiteraard wens ik verdere opleidingen te volgen op BHR om volwaardig te volgroeien in het uitoefenen van mijn job.

Graag wil ik nog even herinneren aan mijn verzoek tot : m.b.t. de opleiding "materialenkennis voor gevorderden" waarin vooral slite's voorkomen m.b.t. type vliegtuigen ed.

Met betrekking tot extra's heb ik nog een vraag: Stel op een vrije dag wordt ik in extra gevraagd door zowel BHTC als door BHR, wie heeft er dan voorrang op mij? BHR of BHTC? Of mag ik dat zelf kiezen? Ik ben de mening toegedaan gezien ik gemuteerd ben naar BHR aldus BHR voorrang heeft op mij. Graag uw standpunt. Steeds bereid tot een persoonlijk gesprek".

De personeelsdirecteur antwoordde per e-mail van 3 mei 2013:

"Teneinde tijdens het zomerselzoen voldoende, prestaties te hebben op BHCT, zal de werknemers die gemuteerd werden naar BHR ook prestaties bij BHCT inplannen. Cfr. lopende planning van mei. Er zijn heden geen mutaties van BHR naar BHCT."

6.

Per e-mail van 5 augustus 2013 meldde de heer [redacted] aan de heer [redacted], HR Coördinator Airside, dat hij al enkele dagen pijn had aan zijn rechterschouder nadat hij tijdens zijn shift van 2 augustus 2013 een zware koffer had opgetild. Hij voegde een kopie toe van het medisch attest van zijn huisarts, die bevestigde dat hij "schouderlast" had en 10 dagen "in aanmerking kwam voor aangepast werk (geen zware lasten te dragen)".

[redacted] deed aangifte van het ongeval maar de verzekeraar weigerde het arbeidsongeval te erkennen omdat het voorval niet onmiddellijk werd gemeld en er geen getuigen waren.

Gezien de verklaring van de huisarts, diende de heer [redacted] zich op 8 augustus 2013 te laten onderzoeken door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Deze noteerde in het "formulier voor de gezondheidsbeoordeling" betreffende de "beklede werkpost" onder punt B ("... onderzoek van een werknemer die belast is met een veiligheidsfunctie of een functie met verhoogde waakzaamheid") "ongeschikt ... voor een duur, van 2 maanden voor de voormelde werkpost of activiteit" en onder punt F ("...aanbevelingen en voorstellen...") : "Enkel werken als buschauffeur voor een periode van twee maand."



7.

Van 30 augustus 2013 tot en met 17 januari 2014 was de heer [redacted] afwezig wegens arbeidsongeschiktheid.

In de maanden september tot november 2013 zond de heer [redacted] meerdere emails aan [redacted] met uitgebreide informatie over zijn letsels aan schouder-, rug, knieën en elleboog en de medische onderzoeken die hij onderging. Hij drong herhaaldelijk aan op een definitieve overplaatsing naar "crew transport" (emails van 21 en 26 november 2013).

Omwille van deze vraag diende de heer [redacted] zich op 28 november 2013 opnieuw te laten onderzoeken door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, aan wie hij de medische verslagen van zijn behandelende artsen-orthopedisten bezorgde. De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer noteerde in het "formulier voor de gezondheidsbeoordeling" met betrekking tot de "voorgestelde werkpost" in punt F: *"Advies voorafgaand aan de werkhervatting: mogelijkheden bekijken intern of er werk kan worden aangeboden waarbij zware schouderbelasting zoveel mogelijk wordt vermeden: bekijken of een definitieve werkpost mutatie naar crewtransport mogelijk is."*

De heer [redacted] bleef afwezig en werd op 6 december 2013 opnieuw onderzocht. In het formulier van gezondheidsbeoordeling m.b.t. de "bektele werkpost" noteerde de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in punt B dat de heer [redacted] "met ziekteverlof moet worden gezonden." In punt F vermeldde zij: *"Werkhervattingsonderzoek: Ziekteverlof dient te worden verlengd."*

8.

De heer [redacted] zou het werk hervatten op 17 januari 2014. Per e-mail van 10 januari 2014 protesteerde hij tegen de roosters van januari waarin hij opnieuw was ingepland als bagagist, o.m. met verwijzing naar de adviezen van zijn behandelende artsen en de arbeidsgeneesheer. Hij stelde zijn werkgever "aansprakelijk voor verdere gezondheidsschade door de welgering van overplaatsing."

Per aangetekende brief aan [redacted] van 15 januari 2014 verwees de heer [redacted] naar de oproeping die hij had ontvangen voor een werkhervattingsonderzoek voor zijn werkpost BHR. Hij voegde in bijlage een attest van zijn huisarts die verklaarde dat hij hem *momenteel ongeschikt achtte om zijn huidige overeengekomen functie als bagagist verder uit te oefenen i.g.v. doorgemaakte arbeidsongeval in 08/2013 maar hem wel geschikt achtte om een andere aangepaste functie uit te oefenen (minder belastend werk voor schouder)*. De heer [redacted] voegde eraan toe dat hij aansprakelijk stelde *"voor verdere gezondheidsschade door de welgering van overplaatsing. Er dient thans dringend rekening gehouden te worden met mijn medisch dossier en de aanbevelingen in dit verband geformuleerd. Een functie als bagagist voldoet hiernaan niet."*



9.
Op 16 januari 2014 werd de heer _____ opnieuw onderzocht door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer m.b.t. zijn geschiktheid voor de "beklede werkpost".

De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer bezorgde diezelfde dag (16 januari 2014) een formulier "voorstel tot definitieve werkverandering" aan de heer _____ waarin zij verklaarde "een [...] definitieve ongeschiktheid voor de functie [...] van bagagist (R3) voor te stellen."

Op dit formulier noteerde de heer _____ "Akkoord voor definitieve werkverandering. Niet akkoord voor definitieve ongeschiktheid". Het formulier werd door beiden ondertekend.

De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer bezorgde vervolgens op 20 januari 2014 een "formulier voor de gezondheidsbeoordeling" aan de heer _____ waarin zij in punt B vermeldde dat de heer _____ "definitief ongeschikt" was. In punt F vermeldde zij: "Definitief over te plaatsen naar een werkpost met minder schouderbelastend werk."

10.
Met een aangetekende brief van 3 februari 2014 schreef _____ dat zij, volgend op de beslissing van de arbeidsgeneesheer, hem geen aangepast werk kon aanbieden dat aan de vermelde beperking beantwoordde. Zij stelde vast dat de overeengekomen arbeid wegens overmacht definitief niet meer kon worden uitgevoerd zodat de arbeidsovereenkomst eindigde op 28 januari 2014. Het bijgevoegde C4 formulier van 28 januari 2014 vermeldde als oorzaak van werkloosheid: "Overmacht wegens medische reden."

11.
De heer _____ betwistte de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht (brieven van zijn vakorganisatie van 4 februari 2014 en van zijn raadsman van 6 maart 2014).

12.
Met een verzoekschrift neergelegd op 18 juli 2014 bracht de heer _____ het geschil voor de arbeidsrechtbank.
Met een vonnis van 2 februari 2016 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel de vordering van de heer _____ ontvankelijk maar ongegrond.



De vorderingen in hoger beroep

13.

Op 26 april 2016 stelde de heer
vordert de betaling van:

hoger beroep in tegen het vonnis. Hij

- 12.046,50 EUR als opzeggingsvergoeding;
- 20.880,60 EUR als schadevergoeding wegens discriminatie;
- 20.880,60 EUR als schadevergoeding wegens willekeurig ontslag;
- de wettelijke en gerechtelijke intresten tot op de dag van betaling;
- en de afgifte van de wettelijke, sociale en fiscale documenten, te weten de Individuele rekening, loonbrief, fiscale fiche 281.10, verbeterd formulier C4, onder verbeurte van een dwangsom.

In ondergeschikte orde en alvorens verder recht te doen, vraagt de heer om met alle wettelijke middelen te bewijzen, daaronder begrepen getuigen en vermoedens, de hiernavolgende, ter zake dienende, voldoende nauwkeurig omschreven feiten, vatbaar voor tegenbewijs:

- dat t.a.v. hem de bepalingen van de KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers niet werden nageleefd;
- dat de ondernemingscao "herstructurerings afdeling crewtransport/bussing" van 14 januari 2013 door de niet werd nageleefd en dat er wel degelijk de mogelijkheid bestond om de heer in februari 2014 te muteren naar de afdeling crewtransport;
- dat er naast de functie van buschauffeur of bagagist in februari 2014 nog verschillende andere functies beschikbaar waren die de heer had kunnen uitoefenen.

14.

Het blijkt niet dat het vonnis werd betekend. Het hoger beroep is ontvankelijk.

Bespreking

15.

De arbeidsovereenkomstenwet bepaalt :

- in artikel 26: *"De door overmacht ontstane gebeurtenissen hebben de beëindiging van de overeenkomst niet tot gevolg wanneer zij slechts tijdelijk de uitvoering van de overeenkomst schorsen."*;
- in artikel 31 §1: *"De onmogelijkheid voor de werknemer om zijn werk te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval, schorst de uitvoering van de overeenkomst."*
- in artikel 32: *"Behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen te niet gaan, nemen de verbintenissen voortspruitende uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde : (...)*
5° door overmacht."



Zoals het Hof van Cassatie bevestigde, volgt uit deze bepalingen dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt wanneer de onmogelijkheid van de werknemer om "zijn werk" te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval definitief is; dat onder "zijn werk" moet worden verstaan de in de overeenkomst bedongen taak, essentieel element van de overeenkomst, met inbegrip van de overeengekomen arbeidstijd (Cass., 2 oktober 2000, www.juridat.be).

16.

Artikel 34 van de Arbeidsovereenkomstenwet, zoals ingevoegd door de wet van 20 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake arbeidsrecht in het kader van arbeidsongeschiktheid, bepaalt thans:

"De arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte of ongeval, waardoor het voor de werknemer definitief onmogelijk wordt om het overeengekomen werk te verrichten, kan slechts een einde maken aan de arbeidsovereenkomst wegens overmacht nadat het reïntegratietraject van de werknemer die het overeengekomen werk definitief niet kan uitoefenen, vastgesteld krachtens de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, is beëindigd.

Dit artikel doet geen afbreuk aan het recht om de arbeidsovereenkomst te beëindigen mits een opzeggingstermijn wordt nageleefd of een vergoeding wordt betaald overeenkomstig de bepalingen van deze wet."

Deze bepaling was nog niet van kracht op het ogenblik van de feiten in deze zaak. Toen was er een gelijkaardige bepaling opgenomen als in artikel 34 van de arbeidsovereenkomstenwet (ingevoegd bij wet van 27 april 2007 houdende diverse bepalingen). Dit artikel is echter nooit in werking getreden omdat de Koning de datum van inwerkingtreding diende te bepalen, wat uiteindelijk nooit gebeurd is (artikel 3 van de wet van 27 april 2007)².

17.

Op het ogenblik van de feiten was wel het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers van toepassing (Inmiddels opgeheven door het KB van 28 april 2017 tot vaststelling van boek I Algemene beginselen van de codex over het welzijn op het werk).

Dit KB bepaalde in artikel 72: *"Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 71, is de werkgever ertoe gehouden de werknemer die definitief ongeschikt is verklaard door een definitieve beslissing van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, aan het werk te houden overeenkomstig de aanbevelingen van deze laatste, door hem ander werk te geven, tenzij wanneer dat noch technisch noch objectief mogelijk is of wanneer dat om gegronde redenen redelijkerwijze niet kan worden geëist."*

In de stand van de wetgeving op het ogenblik van de feiten, kon de werkgever de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht vaststellen indien bleek dat de

² vgl. Joosten, I., en Monserez, L. "Beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de definitief arbeidsongeschikte werknemer wegens overmacht", Or., 2007, afl. 10, p. 269 e.v.).



werknemer definitief ongeschikt was om het overeengekomen werk te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval. (vgl. De Saedeleer, V., commentaar bij het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers, In Welzijn op het werk, duiding, 2015, Deconynck, M., e.a. eds., Larcier, 857).

Het blijkt dat en ook de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer er alleszins van uitgingen dat de werkgever de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht pas kon en zou vaststellen, in overeenstemming met de bepalingen van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht.³

18.

Het overeengekomen werk: de heer en waren uitdrukkelijk overeengekomen dat de heer vanaf 19 maart 2013 voltijds zou werken als bagageafhandelaar BHR(Ramp) en niet langer als buschauffeur crew transport. Dit werd bevestigd in eigen de emails van de heer van 27 februari 2013 en 3 mei 2013.

19.

Het hof stelt vast dat, anders dan wat de heer beweert, de bepalingen van het KB van 28 mei 2003 wel degelijk heeft nageleefd:

³ paste dus niet de redenering toe die het Hof van Cassatie volgde in zijn arrest van 2 oktober 2000, www.juridat.be in de zaak waarover het Hof van Cassatie uitspraak deed was nog het ARAB van toepassing, dat bepaalde in artikel 146 ter " ... § 3. Onverminderd de bepalingen van de §§ 1 en 2 hierboven, tracht de werkgever elke werknemer op wiens kaart van medisch onderzoek aanbevelingen in die zin zijn aange tekend zo vlug mogelijk aan een ander werk te zetten dat strookt met de aanwijzingen van de arbeidsgeneesheer.

§ 4. Indien nodig onderzoeken de werkgever, de arbeidsgeneesheer, de werknemer en door deze laatste gekozen personeelsafgevaardigden in het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen of, bij ontstentenis van zulk comité, vakbondsafgevaardigden samen vooraf de mogelijkheden voor ander werk en de maatregelen met het oog op de sociale of professionele wederaanpassing."

Het Hof van Cassatie leidde in het voormelde arrest uit deze bepalingen af: "Overwegende dat de artikelen 146bis, § 2, en 146ter, §§ 3 en 4, van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming aan de werkgever en de arbeidsgeneesheer verplichtingen opleggen met het oog op de tewerkstelling van de werknemer, die blijvend arbeidsongeschikt wordt verklaard met betrekking tot de overeengekomen arbeid, in een andere aangepaste functie en met het oog op diens sociale en professionele wederaanpassing;

Dat de werkgever ingevolge deze bepalingen ertoe verplicht is de werknemer indien mogelijk een nieuwe arbeidsovereenkomst met een aangepast werk aan te bieden tegen eventuele andere loonvoorwaarden, waarop de werknemer kan ingaan; dat die overeenkomst van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst onderscheiden is;

Dat deze verplichtingen niet beletten vast te stellen dat er overmacht is ingevolge de blijvende arbeidsongeschiktheid om de bedongen arbeid uit te voeren;

Overwegende dat de onderdelen, die ervan uitgaan dat de vaststelling van overmacht wegens blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer, waardoor het hem definitief onmogelijk is de bedongen arbeid verder te zetten, afhankelijk is van de naleving van de bepalingen van de artikelen 146bis en 146ter van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming, falen naar recht;"



Anders dan wat de heer [redacted] beweert, blijkt dat [redacted] de functies die de heer [redacted] uitvoerde wel degelijk heeft beschouwd als een veiligheidsfunctie, waarvoor hij aan een voorafgaand en periodieke gezondheidsbeoordeling werd onderworpen.

Reeds in de arbeidsovereenkomst stond uitdrukkelijk vermeld "De uitvoering van de arbeidsovereenkomst is afhankelijk van een geschiktheidsverklaring van de arbeidsgeneeskundige dienst". De heer [redacted] werd toen tewerkgesteld als buschauffeur, wat Inderdaad een veiligheidsfunctie is.

Verder bevestigde [redacted] adviseur welzijn op het werk-coördinator van de FOD WASO, na een bijeenkomst op 23 april 2014 met de werknemersafgevaardigde, de beperkte afvaardiging van het Comité voor preventie en bescherming op het werk, de preventieadviseur en de arbeidsgeneesheer, dat ook de functie van bagagist door de werkgever, met akkoord van het Comité voor preventie en bescherming op het werk, werd beschouwd als een veiligheidsfunctie. Dit lijkt logisch gezien deze functie ook het vervoer van bagage van en naar de terminal inhield (cfr. p 3 conclusies [redacted]). Het betreft een grote onderneming waar ploegenarbeid en nachtarbeid wordt uitgevoerd, waardoor vanzelf het periodiek gezondheidstoezicht verplicht is⁴. Er is een ondernemingsraad, een comité voor veiligheid en een syndicale vertegenwoordiging. Er wordt beroep gedaan op een externe dienst voor preventie op het werk, die deskundig en onafhankelijk is. [redacted] maakte geen enkele opmerking over het gezondheidstoezicht en de risico-analyse in de onderneming.

20.

De heer [redacted] toont niet aan dat [redacted] zijn arbeidsongeschiktheid mee in de hand zou hebben gewerkt door het niet naleven van de wetgeving inzake welzijn op het werk. Hij beperkt zich ertoe te verwijzen naar een email die zijn raadsman rechtsreeks zond aan een aantal werknemers van [redacted] en de reactie van [redacted]. Deze persoon is lid van de ondernemingsraad en syndicaal afgevaardigde en verklaart dat hij niet afweet van een risico-analyse. Dit is niet abnormaal gezien het een bevoegdheid van het comité betreft. De vage verklaring van de heer [redacted] is dus weinig zinvol.

Het blijkt niet dat de gezondheidsproblemen van de heer [redacted] te wijten zouden zijn aan een niet-naleving van de wetgeving door [redacted].

De heer [redacted] schreef talloze emails, rechtstreeks naar de personeelsdirecteur en de "HR coordinator Airside", met meerdere werknemersvertegenwoordigers in kopie, en het blijkt dat de personeelsdirectie de mails steeds ernstig nam en dat er meerdere persoonlijke gesprekken waren. De personeelsdirectie verwees de heer [redacted] ook telkens zeer consequent naar de arbeidsgeneesheer. Uit de mails blijkt ook dat de werkgever hem ook concreet informeerde over de maandelijkse planning en noden binnen het crewtransport (b.v. mail van 19 september 2013 van [redacted]).

⁴ K.B. van 16 juli 2004 betreffende bepaalde aspecten van nacht- en ploegenarbeid die verband houden met het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.



Uit de eigen email van de heer [redacted] van 3 mei 2013 bleek overigens dat hij heel tevreden was over zijn werk als bagagist, wat tegenspreekt dat hij een functie kreeg die hij reeds van bij de aanvang fysiek niet aankon of waarvan vermoed kon worden dat hij deze niet zou aankunnen.

21.

Op 20 januari 2014 was er een definitieve beslissing van de arbeidsgeneesheer dat de heer [redacted] definitief arbeidsongeschikt was voor de overeengekomen functie van bagagist. De heer [redacted] had geen gebruik gemaakt van de overlegprocedure noch van de beroepsprocedure zoals geregeld in de artikelen 59 tot 69. Hij werd nochtans duidelijk geïnformeerd over zijn rechten in dat verband en stond in nauw contact met de syndicaal afgevaardigde. Hij ondertekende het formulier "voorstel tot definitieve werkverandering" op 16 januari 2014. De formulieren voor de gezondheidsbeoordeling vermeldten in voetnoot en in bijlage de overlegprocedure en de beroepsprocedure. Ook Dr. [redacted] besloot dat de heer [redacted] volledig geïnformeerd was geweest en niettemin geen gebruik had gemaakt van de overlegprocedure. Het had voor de heer [redacted] volstaan om een behandelende arts aan te duiden overeenkomstig artikel 60 §3 van het KB van 28 mei 2003 dat bepaalt: *"Indien de werknemer niet akkoord gaat, wijst hij aan de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer een behandelend arts naar eigen keuze aan. De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer deelt die arts zijn met redenen omklede beslissing mede. De twee artsen trachten tot een gemeenschappelijke beslissing te komen. Elk van hen mag om bijkomende onderzoeken of raadplegingen verzoeken die hij onontbeerlijk acht. Enkel de door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer gevraagde bijkomende onderzoeken of raadplegingen zijn ten laste van de werkgever."*

22.

Zelfs in het kader van de procedure voor de rechtbank heeft de heer [redacted] nooit een attest van een behandelend arts neergelegd die verklaart dat hij het oneens is met de beslissing van de van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. De heer [redacted] verwijst naar het feit dat zijn huisarts van 15 januari 2014 hem "momenteel" ongeschikt achtte wegens de schouderproblematiek, maar daaruit kan niet afgeleid dat deze arts zich uitspraak over de vraag of de heer [redacted] al dan niet blijvend arbeidsongeschikt was. In een attest van 11 oktober 2013 verklaarde de behandelde arts prof. D. [redacted] alleszins "gezien de leeftijd en de verzwakking van schoudergordel en elleboog is aangepast werk dat zware belasting van schouder en elleboog vermijdt, aangewezen". Het lijkt logisch dat een verzwakking van de schoudergordel en elleboog de heer [redacted] inderdaad blijvend ongeschikt maakte voor het werk van bagagist. Het blijkt ook uit de eigen verklaringen van de heer [redacted] dat hij er zelf ook van uitging dat hij definitief arbeidsongeschikt was voor het werk van bagagist. In het formulier "voorstel tot definitieve werkverandering" op 16 januari 2014 vermeldde hij weliswaar "akkoord voor definitieve werkverandering. Niet akkoord voor definitieve ongeschiktheid". Uit zijn vele emails waarin hij vroeg om definitief overgeplaatst te worden naar het crew transport omwille van medische redenen, blijkt echter dat hij de definitieve overplaatsing wel degelijk vroeg



omwille van zijn definitieve arbeidsongeschiktheid voor het werk van bagagist (mails van 16 oktober 2013, 21 november 2013, en 26 november 2013 aan de personeelsdirectie en aan de arbeidsgeneesheer). In deze emails verwijst hij ook naar de medische verslagen van artsen-specialisten die hij aan de arbeidsgeneesheer had bezorgd aangaande zijn letsels aan de schouder, maar bovendien ook aan de elleboog, de knieën en de rug.

In zijn conclusies (p. 31) beschrijft de heer [redacted] ook hoe fysiek zwaar belastend het werk was: *"De arbeid als bagagist houdt daarentegen in het laden en lossen van bagage in de bulk van het vliegtuig, continu op de knieën zittend, waarbij roterende en draaiende bewegingen op de knieën moeten gemaakt worden voor het doorgeven van de bagage in ketting, bij kleinere toestellen gebogen en ingetrokken in een zeer ongunstige houding, het heffen en stapelen van zware bagage en vaak overladen bagage boven schouderhoogte, aan een hoog tempo van bagage die de band komt opgerold, en gepaard gaande met krachtige repeterende bewegingen, o.m. bij het heffen van bagage boven schouderhoogte om de bagage te stapelen. Het is voornamelijk het continu heffen van bagage, o.m. boven schouderhoogte voor het stapelen ervan, waardoor zowel door de arbeidsgeneesheer als door de behandelend arts van consequent minder schouder belastend werk werd voorgeschreven."*

Rekening gehouden met al deze elementen en in het bijzonder de vele aandoeningen, mag met voldoende zekerheid aangenomen worden dat de heer [redacted] definitief arbeidsongeschikt was voor het overeengekomen werk van bagagist.

23.

Anderzijds blijkt dat [redacted] daadwerkelijk heeft onderzocht of het mogelijk was om de heer [redacted] aangepast werk aan te bieden in de zin van het hierboven aangehaalde artikel 72 van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht en dat zij aantoonde dat dit niet mogelijk was. Om dezelfde redenen blijkt ook dat [redacted] geen inbreuk heeft gepleegd op de Antidiscriminatiewet.

24.

De heer [redacted] zet in zijn conclusies uiteen:

"Art. 7 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna genoemd de Antidiscriminatiewet) stelt uitdrukkelijk dat elk direct onderscheid op grond van één van de beschermde criteria een directe discriminatie vormt, tenzij dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."

Overeenkomstig artikel 9 van de Antidiscriminatiewet vormt elk indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria een indirecte discriminatie, tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handwijze die aan de grondslag ligt van dit indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, of, tenzij, in het geval van indirect



onderscheid op grond van een handicap, aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.

De beschermde criteria worden omschreven in art. 4, 4° van de Antidiscriminatiewet, waaronder o.m. de huidige of toekomstige gezondheidstoestand alsook handicap.

Overeenkomstig artikel 5, §2, 3° van de Antidiscriminatiewet vindt de wet toepassing op de beëindiging van de arbeidsbetrekking, o.m. op de ontslagbeslissing.

Op grond van artikel 8, § 1 van de Antidiscriminatiewet kan een direct onderscheid op grond van handicap in de arbeidsbetrekkingen uitsluitend gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

Overeenkomstig artikel 14 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie wordt als discriminatie beschouwd, een welgering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.”

25.

Het begrip „handicap” in 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 en die mede aan de basis ligt van de Antidiscriminatiewet, moet in die zin worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een gezondheidstoestand die voortvloeit uit 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. (H.v.J. 11 april 2013, zaak HK Danmark, C-355/11 en 337/11).

26.

Het hof heeft geen kennis gekregen van alle medische verslagen. Hoe dan ook, zelfs indien wordt aangenomen dat er sprake is van een handicap en dat de beslissing van de werkgever om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht omwille van de definitieve arbeidsongeschiktheid in te roepen, dan nog heeft geen inbreuk gemaakt op de Antidiscriminatiewet:

Artikel 7 van de Antidiscriminatiewet bepaalt: “Elk direct onderscheid op grond van een van de beschermde criteria vormt een directe discriminatie, tenzij dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.

Overeenkomstig artikel 8 van de Antidiscriminatiewet, “§1...kan een direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap in de in artikel 5, § 1, 4°, 5° en 7°, bedoelde aangelegenheden uitsluitend kan gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

§ 2. Van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan slechts sprake zijn wanneer :
- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap, vanwege de aard van de betrokken specifieke



beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is, en;

- het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.

§ 3. De rechter onderzoekt in elk concreet geval of een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalend beroepsvereiste vormt.

Artikel 7 van de Antidiscriminatiewet bepaalt: "Elk indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria vormt een indirecte discriminatie,

- tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die aan de grondslag ligt van dit indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn; of,

- tenzij, in het geval van indirect onderscheid op grond van een handicap, aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden."

27.

Het blijkt uit de eigen verklaringen van de heer [REDACTED] dat het werk van bagagist fysiek zeer zwaar was. Bovendien werd er gewerkt in ploegen en 's nachts en diende het werk noodzakelijkerwijze snel en vlot te verlopen. Het betrof immers het lossen en laden van vliegtuigen. Bijgevolg was een goede fysieke conditie een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste die overigens ook in het belang van de werknemer zelf was. Deze vereiste berustte dan ook op een legitieme doelstelling en was evenredig ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.

28.

Het blijkt verder niet dat [REDACTED] heeft gewelgerd redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap als bepaald in artikel 14 van de Antidiscriminatiewet.

Bovendien blijkt dat [REDACTED] geen ander werk kon aanbieden omdat dat noch technisch noch objectief mogelijk was en om gegronde redenen redelijkerwijze niet kon worden geëist, zoals bepaald in artikel 72 van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht.

29.

Het blijkt uit de vele emails van de heer [REDACTED] dat hij aandrong om definitief en voltijds te worden overgeplaatst naar het Crew transport. Dit was ook het voor de hand liggende alternatief voor hem gezien hij deze functie reeds eerder uitoefende en hij overigens na zijn vertrek bij [REDACTED] aan de slag is gegaan als buschauffeur van de Lijn. Pas na zijn vertrek is de heer [REDACTED] voor het eerst in zijn conclusies gaan beweren dat [REDACTED] ook nog andere functies had moeten aanbieden. Hij zet uiteen: "Uit de recente functieclassificatie in het pc 140.04 blijkt dat er bij een bagageafhandelaar nog vele andere functies zijn naast buschauffeur of bagagist. Er is bijv. de functie van medewerker water & toilet & waste die instaan voor het bevoorraden van het vliegtuig met water en legen van de sanitaire voorzieningen. Er is de functie van passagiersassistent. Er is de functie van ploegbaas: conculant had jarenlange ervaring in de onderneming. Bovendien heeft



ook verschillende bediendenfuncties zoals check in, dispatching enzoverder. Kwam concludant hiervoor niet in aanmerking? Concludant heeft hiervoor de intellectuele capaciteiten en heeft een goede talenkennis. Was er bovendien geen mogelijkheid om concludant deels tewerk te stellen in de afdeling BHR als bagagist en deels in de afdeling BHCR?”.

Deze redenering is in het geval van de heer niet redelijk. Hij kende zelf zeer goed de onderneming en de verschillende functies die er bestonden. Hij stond ook in nauw contact met de vakbondsafgevaardigde. Nooit heeft hij zelf ook maar enigszins gesuggereerd dat hij ook in aanmerking kwam voor de voormelde jobs. Zodra zijn gezondheidsprobleem ontstond, heeft hij steeds gevraagd om volledige en definitief over te gaan naar het crew transport. Hij heeft ook nooit voor een van deze andere lichtere functies gesolliciteerd, wat toch van hem verwacht mocht worden indien er werkelijk een post vacant was en hij daarvoor in aanmerking kwam en er belangstelling voor had.

30.

Het aanbieden van ander werk verelste ook het akkoord van de heer met de nieuwe functie, het bijhorende (mogelijks lagere) loon en werkrooster. Gelet op het uitdrukkelijk aandringen van de heer, mocht er dan ook te goeder trouw en in alle redelijkheid van uitgaan dat de heer enkel geïnteresseerd was in de voltijdse functie van crew transport en niets anders zou aanvaarden. mocht ervan uitgaan dat een deeltijdse arbeidsovereenkomst voor de heer geen optie was. Hij verklaart zelf dat hij in collectieve schuldbemiddeling zat en daarom dankbaar was dat hij na het afspringen van zijn contract met bij terug voltijds aan de slag kon.

31.

De heer kan ook niet gevolgd worden wanneer hij beweert dat hij, nadat hij eerst aanvaard had om vanaf 19 maart 2013 voltijds over te gaan naar de bagageafdeling, toch nog aanspraak kon maken op de voorrangsregeling van de cao toen hij zich op 3 mei 2013 “bereid verklaarde” om deeltijds bagage en deeltijds crew transport te doen. De cao was immers juist bedoeld om het overtoellig personeel in het crew transport te laten afvloeien, niet om bijkomend personeel uit andere afdelingen aan te trekken.

32.

Wat de vraag naar tewerkstelling in het crew transport betreft, blijkt voldoende zeker dat het voor niet mogelijk was om de heer daar voltijds en definitief tewerk te stellen.

Uit de voormelde cao blijkt zondermeer dat er een herstructurering is geweest wegens het afbouwen van het crew transport. toont met haar stukken aan dat het aantal personeelsleden in het crew transport gedaald was van 31 op 31 januari 2013 naar 21 op 31 januari 2014. Ze legt de lijsten met de namen, het werkrooster en de anciënniteit van de



betrokken werknemers neer. De heer [] heeft dit alles kunnen verifiëren, ondermeer met hulp van de personen bij [] met wie hij contacten heeft behouden. Uit deze stukken blijkt dat bij de afvloeiingen de voorrangsregels van de cao werden gerespecteerd. Deze cao werd ondertekend door de drie vakorganisaties. Het is dus ongeloofwaardig zoals de heer [] beweert dat er niet werkelijk sprake zou zijn geweest van een herstructurering die afdankingen noodzakelijk maakte en waarbij niet anders kon dan de voorrangsregels van de cao strikt na te leven.

De heer [] verklaart ook zelf dat hij op 27 februari 2013 verkoos om voltijds over te stappen naar de bagageafhandeling omdat hij anders zou ontslagen worden als crew transporter. Hij had immers minder anciënniteit dan de meeste andere en werkte voltijds.

33.

De heer [] tracht met een zelf opgestelde overzicht (stuk 41) aan te tonen dat er uiteindelijk na de cao elke maand meer voltijdse equivalenten werden tewerkgesteld in de verschillende shifts van het crew transport dan wat er volgens de cao nog zou worden tewerkgesteld. De telling van de heer [] klopt niet. Het blijkt dat hij deeltijdse werknemers als voltijdse in aanmerking neemt (vgl. de werkroosters in stuk 17-18 []). Het betreft shifts van 8 uur, 6 uur en 4 uur, die onderling gecombineerd worden om 7 dagen per week continu in te vullen. Bovendien zijn er werknemers in ziekteverlof, verlof, tijdskrediet, recuperatieverlof, die eveneens worden meegeteld. Uit de eigen uiteenzetting op p. 23-24 van de conclusies van de heer [] blijkt ook hoe complex de dagelijkse planning was. Deze stukken worden ook nog eens weerlegd door de gegevens van de personeelsbezetting die [] als bijkomende stuk 21 neerlegt. Daaruit blijkt dat in februari 2014 slechts 12,21 voltijdse equivalenten in het crew transport werkten.

34.

De heer [] verwijst in zijn conclusies uitgebreid naar het feit dat in 2014 beroep werd gedaan op een aantal bijkomende buschauffeurs (uitzendkrachten, twee onderaannemers en het opnieuw overplaatsen van één werknemer van bagage naar crew transport). Dit dateert respectievelijk van juli 2014 en september 2014, hetzij maanden na het vertrek van de heer [] en is dus niet relevant voor de beoordeling van de situatie in februari 2014. De heer [] ontkent niet en het is volledig geloofwaardig dat de crew transport seizoensgebonden en piekgevoelig is zoals uiteenzet, wat kan verklaren dat er tijdelijk meer werknemers waren. Dit alles weerlegt dus niet dat [] geen voltijdse definitieve overplaatsing aan de heer [] kon aanbieden.

Tenslotte toont [] ook afdoende aan dat het geval van de heer [] niet vergelijkbaar was met de situatie van de heer []. [] legt kopie van de arbeidsovereenkomst van de heer [] neer waaruit blijkt dat hij deeltijds werkte en toont aan dat hij pas eind april 2014, dus drie maanden na het vertrek van de heer [], toch voltijds is



kunnen blijven werken omdat er dan een andere werknemer is vertrokken (de heer

In het algemeen toont aan de hand van meerdere interne emails over de werkplanning aan dat zij de mogelijkheid onderzocht maar dat bleek dat er werkelijk geen plaats was voor een bijkomende voltijdse buschauffeur toen de heer daarom vroeg (stuk 8: email van 19 september 2013 ; stuk 22: emails van januari 2014). Er is geen reden om te twifelen aan de oprechtheid en de waarachtigheid van deze emails, wat de heer ook niet opwerpt.

35.

In het licht van dit alles is het verhoor van getulgen niet nuttig gezien de verklaringen van getulgen onmogelijk met voldoende zekerheid kunnen weerleggen wat blijkt uit al deze stukken.

36.

kon de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht vaststellen. De gevorderde vergoedingen zijn bijgevolg niet verschuldigd.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond.

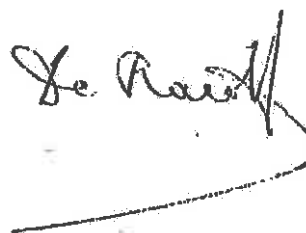
Legt de kosten van het geding in hoger beroep ten laste van de heer
begroot voor de op 3.000 € rechtsplegingsvergoeding.



Aldus gewezen en ondertekend door de vijfde kamer van het Arbeldshof te Brussel,
samengesteld uit:

bijgestaan door :

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,
griffier.

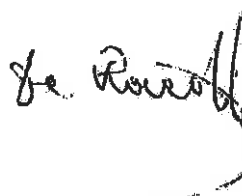


Mr. Raadsheer in sociale zaken als werknemer-arbeider, die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig art. 785 Ger. Wb. wordt het arrest ondertekend door Mevr Raadsheer en Mr. , Raadsheer in sociale zaken als werkgever.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van maandag 25 september 2017 door:

raadsheer,
bijgestaan door
, griffier.



PAGE 01-00000942728-8819-0019-01-01-4

