



Uitgifte

Repertoriumnummer 2022/
Datum van uitspraak 13 juni 2022
Rolnummer 2020/AG/182
Kennisgeving cf. art. 792, 1 ^{ste} lid Ger.W. - ongetekend afschrift aan advocaten.

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof Gent

Afdeling Gent

tweede kamer

Arrest

X nv van publiek recht, met ondernemingsnummer _____ en met zetel te _____, appellante op hoofdberoep, geïntimeerde op incidenteel beroep, hierna appellante genoemd, vertegenwoordigd door mr. _____, optredend in eigen naam en *loco* mr. _____, beiden advocaat te _____,

tegen

E, geïntimeerde op hoofdberoep, appellante op incidenteel beroep, hierna geïntimeerde genoemd, vertegenwoordigd door mr. _____, advocaat te _____.

* * *

Gelet op de stukken van het dossier van de rechtspleging en inzonderheid op het eensluidend verklaarde afschrift van het op tegenspraak gewezen eindvonnis van kamer G 2 van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, d.d. 11 juni 2020 (A.R. nr. 19/433/A), waarvan geen betekening wordt overgelegd.

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep, op 3 september 2020 neergelegd ter griffie van het arbeidshof Gent, afdeling Gent.

* * *

1. De feiten

Op 11 april 2016 trad de geïntimeerde als “hulppostman bediende” in dienst bij de appellante. De partijen waren verbonden door een voltijdse arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In 2017 was de geïntimeerde ingevolge arbeidsongeschiktheid 42 werkdagen afwezig op het werk (stuk 2 van de geïntimeerde; stuk B.2 van de appellante). Het ging om de volgende periodes:

- 4 dagen van 21 februari 2017 tot en met 24 februari 2017;
- 4 dagen van 25 april 2017 tot en met 28 april 2017;
- 4 dagen van 9 mei 2017 tot en met 12 mei 2017;
- 26 dagen van 23 juni 2017 tot en met 21 juli 2017;
- 2 dagen van 30 november 2017 tot en met 1 december 2017;
- 3 dagen van 4 december 2017 tot en met 6 december 2017;
- 5 dagen van 26 december 2017 tot en met 30 december 2017.

In 2018 was de geïntimeerde 24 werkdagen afwezig wegens arbeidsongeschiktheid, en wel in de periode van 13 maart 2018 tot en met 17 april 2018 (stukken 3 en 4 van de geïntimeerde; stuk B.2 van de appellante).

Ingevolge een “spontane raadpleging” en na een medisch onderzoek op 16 januari 2018 verklaarde de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer dat de geïntimeerde “voldoende geschikt” was om haar functie uit te oefenen (stuk B.3 van de appellante).

Op 14 maart 2018 vond er een "gesprek bij frequente afwezigheid" plaats tussen de geïntimeerde en haar teamleider, mevrouw M. Uit het verslag van dit gesprek (stuk B1 van de appellante) blijkt dat het de bedoeling was een oplossing te vinden voor de talrijke afwezigheden van de geïntimeerde en de “vastgestelde storing(en) tijdens (die) afwezigheden (vb. beroep op uitzendkrachten)”.

Dit verslag bevat de volgende tekst:

"REDEN VOOR HET GESPREK:

Objectieve feiten / vaststellingen betreffende de afwezigheden:

J. is gedurende de laatste 12 maanden 9 periodes afwezig geweest wegens ziekte, voor een totaal van 42 dagen.

21/02/2017 t.e.m. 24/02/2017, 25/04/2017 t.e.m. 28/04/2017, 09/05/2017 t.e.m. 12/05/2017, 23/06/2017 t.e.m. 21/07/2017, 30/11/2017 t.e.m. 01/12/2017, 04/12/2017 t.e.m. 06/12/2017, 26/12/2017 t.e.m. 30/12/2017

Het betreft steeds korte periodes van afwezigheid.

Het bradfordcijfer bedraagt 3402.

Zijn er problemen die aanleiding geven tot deze afwezigheden?

Zijn er bepaalde zaken waarbij we je kunnen ondersteunen?

IMPACT VAN DE AFWEZIGHEDEN OP DE ORGANISATIE

Vastgestelde storing(en) tijdens de afwezigheden (vb. beroep op uitzendkrachten, niet verzekerde ronden, teruggeroepen medewerkers enz.)

OPMERKINGEN VAN DE MEDEWERKER:

Ik heb steeds ontstekingen op mijn gewrichten, mijn papa en zus hebben dit ook op regelmatige basis, mogelijks is dit genetisch bepaald. De meerderheid van mijn afwezigheden hebben steeds hier mee te maken, 1x ben ik echt ziek geweest met koorts en dergelijke. Mogelijks veroorzaakt door fysieke overbelasting. Juist daarom heb ik ook meegedaan aan de functie van begeleider voor nieuwelingen om minder fysieke belasting te hebben. Maar ik ben helaas niet weerhouden en ook nooit uitgenodigd op gesprek om uit te leggen waarom ik juist mee deed voor deze functie.

Het in- en uitstappen tijdens de krantenronde geeft heel wat fysieke belasting. In samenspraak met teamleider zou ik graag tijdelijk proberen enkel fietsdiensten te doen om te kijken of dit beterschap geeft.

CONCLUSIES VAN HET GESPREK:

A. Acties/houdingen verwacht van de leidinggevende:

Blijvend opvolgen

Tot eind april zoveel als mogelijk enkel inplannen op fietsdiensten en evaluatie doen eind april

B. Acties/houdingen verwacht van de medewerker:

Afwezigheden trachten te verminderen

Een hoog aantal afwezigheden kan leiden tot ontslag

PLANNING VOLGEND GESPREK:

Het volgend gesprek zal plaatsvinden op donderdag 26 april om 8u."

Aangezien de geïntimeerde na dit gesprek het werk niet meer heeft hervat, is het geplande opvolgingsgesprek op 26 april 2018 niet doorgegaan.

Bij aangetekend schrijven van 17 april 2018 beëindigde de appellante de arbeidsovereenkomst vanaf 18 april 2018 met een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met een termijn van twaalf weken. Als reden werd "desorganisatie en dienstnoodwendigheden" vermeld.

2. De procedure in eerste aanleg

Bij verzoekschrift op tegenspraak, op 16 april 2019 ter griffie van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, neergelegd, stelde de geïntimeerde een vordering in tegen de appellante, ertoe strekkende deze laatste te laten veroordelen tot het betalen van:

- 1) 11.224,26 euro als "schadevergoeding omwille van discriminatie, minstens subsidiair een vergoeding wegens misbruik van ontslagmacht ten bedrage van 10.000 euro";
 - 2) 86,34 euro als loon voor een feestdag;
 - 3) 13,24 euro als vakantiegeld op het bedrag sub 2;
 - 4) 467,68 euro als "pro rata eindejaarspremie";
 - 5) 71,74 euro als vakantiegeld op het bedrag sub 4,
- alle bedragen vermeerderd met wettelijke intrest en gerechtelijke intrest.

De geïntimeerde vroeg de veroordeling van de appellante tot de afgifte van "de desbetreffende sociale en fiscale documenten" "binnen de wettelijk voorziene termijn", te weten "de verbeterde loonbrieven, een afschrift van de individuele rekening binnen de 2 maanden na de betaling, de fiscale loonfiche nr. 281.10, een verbeterd C4-formulier", onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging en per ontbrekend document, "nadat de wettelijke termijn van één maand (zou) overschreden zijn".

Zij vroeg de verwijzing van de appellante in de gerechtskosten.

Ten slotte vroeg de geïntimeerde dat het vonnis voorlopig uitvoerbaar zou verklaard worden ondanks elk verhaal.

In haar conclusie, op 16 september 2019 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de geïntimeerde inzonderheid dat de appellante zou veroordeeld worden tot het betalen van:

- 1) 11.224,26 euro als “schadevergoeding omwille van discriminatie”;
- 2) 3.453,60 euro als vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag;
- 3) 13,24 euro en 71,74 euro als vakantiegeld,

alle bedragen vermeerderd met wettelijke intrest en gerechtelijke intrest.

In haar syntheseconclusie, op 13 november 2019 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de appellante dat de vordering minstens ongegrond zou verklaard worden, met verwijzing van de geïntimeerde in de gerechtskosten.

Bij eindvonnis van 11 juni 2020 van kamer G 2 van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, werd de vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard. De appellante werd veroordeeld tot het betalen van 11.224,26 euro als “schadevergoeding wegens schending van de wet van 10 mei 2007”, vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intrest. De appellante werd veroordeeld tot de afgifte “van alle loon- en fiscale documenten met betrekking tot de vergoeding waartoe zij werd veroordeeld”. De appellante werd in de gerechtskosten verwezen.

3. De procedure in hoger beroep

In haar akte van hoger beroep vordert de appellante dat het hoger beroep ontvankelijk en gegrond zou verklaard worden, alsook dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou vernietigen in zoverre het de vordering gedeeltelijk gegrond verklaarde, en, opnieuw wijzende, de vordering als geheel ongegrond zou afwijzen. Zij vraagt de verwijzing van de geïntimeerde in de kosten van het geding.

In haar conclusie, op 23 november 2020 ter griffie neergelegd, vraagt de geïntimeerde dat het hoger beroep ongegrond zou verklaard worden. Zij stelt incidenteel beroep in tegen het vonnis en vraagt dat het bestreden vonnis zou vernietigd worden in zoverre het de oorspronkelijke vordering niet geheel gegrond verklaarde. Zij vraagt inzonderheid dat de appellante ook zou veroordeeld worden tot het betalen van 3.453,60 euro als vergoeding wegens “misbruik van ontslagrecht”. Zij vraagt ook dat aan de veroordeling tot afgifte van sociale en fiscale documenten een dwangsom zou verbonden worden. Ten slotte vraagt zij de verwijzing van de appellante in de gerechtskosten.

In haar conclusie, op 13 september 2021 ter griffie neergelegd, vraagt de appellante dat het incidenteel beroep ongegrond zou verklaard worden.

In haar conclusie, op 13 oktober 2021 ter griffie neergelegd, vraagt de geïntimeerde dat, voor het geval de vordering op grond van de Wet Discriminatie niet gegrond zou bevonden worden, de appellante zou veroordeeld worden tot het betalen van een vergoeding van 3.453,60 euro wegens “kennelijk onredelijk ontslag”.

De partijen worden in de uiteenzetting van hun middelen en conclusies gehoord op de openbare terechtzitting van 14 maart 2022. De partijen worden op vraag van het arbeidshof gehoord over het respecteren door de arbeidsrechtbank van artikel 764, eerste lid, 12° Ger. W., met name de op straffe van nietigheid voorgeschreven mededeling van de vordering aan het openbaar ministerie, alsook over de sanctie in geval van afwezigheid van mededeling.

4. Bespreking

4.1. De ontvankelijkheid van de hoger beroepen

Het hoofdberoep werd tijdig en regelmatig naar de vorm ingesteld. Het is ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

4.2. De gegrondheid van de hoger beroepen

4.2.1. De procedure

Artikel 764, eerste lid, Ger. W. somt de zaken op die op straffe van nietigheid aan het openbaar ministerie moeten worden meegedeeld. Dit betreft een absolute nietigheid (zie M.A. MASSCHELEIN, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2018, 222, nr. 439).

Het geschil betreft een vordering ingesteld op grond van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en is dus een vordering zoals bedoeld in artikel 764, eerste lid, 12° van het Gerechtelijk Wetboek.

Noch uit het vonnis van 11 juni 2020 van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, noch uit een ander stuk van de rechtspleging blijkt dat de huidige vordering aan het openbaar ministerie werd meegedeeld, laat staan dat het openbaar ministerie een advies heeft uitgebracht.

Het bestreden vonnis is nietig.

Het arbeidshof trekt de zaak tot zich overeenkomstig artikel 1068, eerste lid Ger. W. en beoordeelt de gegrondheid van de vordering, zoals zij wordt ingesteld in de syntheseconclusie die de geïntimeerde voor het arbeidshof heeft neergelegd.

De hoger beroepen moeten gegrond verklaard worden nu zij de nietigverklaring (van onderscheiden onderdelen) van het bestreden vonnis beogen.

4.2.2. De bijzondere ontslagvergoeding in de Discriminatiewet

4.2.2.1. Artikel 18, § 1, eerste lid van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna Wet Discriminatie genoemd) bepaalt dat, “in geval van discriminatie (...) het slachtoffer een schadevergoeding (kan) vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”. Inzonderheid wanneer het gaat om een “discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen”, kan hij opteren voor een “forfaitaire schadevergoeding (...) gelijk aan de brutobezoldiging voor zes maanden” (art. 18, § 2, 2° Wet Discriminatie).

Met “discriminatie” worden zowel de directe discriminatie als de indirecte discriminatie bedoeld, zoals omschreven in artikel 4, 7° en 9° van de wet, alsook “een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap”, zoals omschreven in artikel 4, 12° van de wet (art. 14 Wet Discriminatie).

Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, waarmee opnieuw worden bedoeld, directe of indirecte discriminatie dan wel “de weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap” (zie art. 27 Wet Discriminatie), “feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden”, moet de verwerende partij aantonen “dat er geen discriminatie is geweest” (art. 28, § 1 Wet Discriminatie). Art. 28, § 2 en § 3 van de Wet Discriminatie geeft aan welke feiten inzonderheid het bestaan van een directe resp. indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.

4.2.2.2. Volgens artikel 3 van de Wet Discriminatie is “handicap” één der beschermde criteria. Deze wet geeft geen eigen omschrijving van het begrip “handicap”. Het dient dan ook te worden uitgelegd in overeenstemming met 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. Daarbij is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie hoogst relevant. Dit Hof zal bij de interpretatie van de relevante bepalingen van de Richtlijn zelf rekening houden met de draagwijdte van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap, goedgekeurd door het besluit 2010/48/EG van de Raad van 26 november 2009 (zie inz. HvJ nr. C-795-19, 15 juli 2021, *Tartu Vangla*, <http://curia.europa.eu>, concl. H. SAUGMANDSGAARD OE, punt 49; HvJ nr. C-824/19, 21 oktober 2021, *Komisija za zashita ot diskriminatsia*, <http://curia.europa.eu>, concl. H. SAUMANDSGAARD OE, punt 59).

De meest recente en meest verfijnde omschrijving van het begrip “handicap” vindt men in punt 41 van het arrest *Nobel Plastiques* (HvJ nr. C-397/18, 11 september 2019, *Soc.Kron.* 2021, 365, noot H. FUNCK), te weten “een *beperving* die met name het gevolg is van *langdurige* 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” (zie ook al inz. HvJ nr. C-270/16, 18 januari 2018, *Ruis Conejero*, <http://curia.europa.eu>, concl. E. SHARPSTON). Of een beperking ook een handicap vormt, moet *in concreto* worden nagegaan en hangt af van de omgeving waarin de betrokkene zich ontwikkelt en de hindernissen die hij tegenkomt wanneer zijn beperking met die omgeving in wisselwerking treedt (zie punt 36 van de conclusie van Y. BOT bij HvJ nr. C-356/12, 18 juli 2013, *Glatzel*, <http://curia.europa.eu>).

Is de oorzaak van de “handicap” zonder belang, nu hij zowel aangeboren kan zijn dan wel het gevolg kan zijn van ongeval of ziekte (zie HvJ nr. C-397/18, 11 september 2019, *Nobel Plastics*, *Soc.Kron.* 2021, 365, noot H. FUNCK, punt 42), dan is een “ziekte” nochtans geenszins gelijk te stellen met een “handicap” (zie HvJ nr. C-13/05, 11 juli 2006, *Chacón Navas*, *JTT* 2006, 337, punt 44).

Een handicap impliceert *niet* de onmogelijkheid om een activiteit uit te oefenen: een hinderpaal volstaat (HvJ nr. C-397/18, 11 september 2019, *Nobel Plastics*, *Soc.Kron.* 2021, 365, noot H. FUNCK, punt 43).

Ten slotte weze opgemerkt dat het “langdurige” karakter van de beperking (waarbij de langdurigheid niet - slechts - “waarschijnlijk” moet zijn: zie HvJ nr. C-335/11, 11 april 2013, *HK Danmark*, *JTT* 2013, 297; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 127-128) onderzocht moet worden in het licht van de ongeschiktheid van de betrokkene op de datum van vaststelling van de handeling die als discriminerend wordt bestempeld (HvJ nr. C-397/18, 11 september 2019, *Nobel Plastics*, *Soc.Kron.* 2021, 365, noot H. FUNCK, punt 44; zie ook al HvJ nr. C-395/15, 1 december 2016, *Daoudi*, <http://curia.europa.eu>, concl. Y. BOT, punt 56). In beide arresten wordt ook gesteld dat tot de aanwijzingen waaruit kan opgemaakt worden dat een beperking “langdurig is”, behoren, het feit dat er op de datum van de beweerde discriminerende handeling geen duidelijk vooruitzicht bestaat op een beëindiging op korte termijn van de ongeschiktheid van de betrokkene, alsook het feit dat die ongeschiktheid lang kan voortduren tot het herstel van die persoon. Een tijdelijke arbeidsongeschiktheid voor onbepaalde tijd impliceert nog geen “langdurige” beperking (zie HvJ nr. C-395/15, 1 december 2016, *Daoudi*, <http://curia.europa.eu>, concl. Y. BOT, punt 59). Volgens punt 57 van het arrest *Daoudi* moet de rechter zich steunen op alle objectieve gegevens waarover hij beschikt, in het bijzonder op documenten en attesten betreffende de toestand van die persoon die zijn opgesteld op basis van de huidige kennis en medische en wetenschappelijke gegevens.

4.2.2.3. Het arbeidshof kan zich geheel terugvinden in de hiernavolgende overwegingen op de pagina's 15 tot 17 van het schriftelijke advies van het openbaar ministerie.

“Om aan te tonen dat zij een handicap heeft, legt (de geïntimeerde) verschillende stukken voor. Alhoewel alle stukken dateren van na de ontslagbeslissing en (de appellante) als werkgever

hiervan dus nog geen kennis had op het moment van deze beslissing, moet de beoordeling of er sprake is van een handicap gebeuren op het tijdstip van de beweerdelijke discriminatie.

Uit de thans voorliggende stukken kan evenwel niet afgeleid worden dat de beperking "langdurig" zou zijn.

Stuk 2 van (de geïntimeerde) betreft een op 18 maart 2019 door haar huisarts V. opgesteld overzicht van periodes van arbeidsongeschiktheid met de desbetreffende oorzaak in het jaar 2017. Hieruit kan worden afgeleid dat de afwezigheden van (de geïntimeerde) in 2017 veelvuldig maar telkens tijdelijk zijn en dit wegens diverse letsels. Heup impingement wordt geen enkele keer vermeld als oorzaak van de arbeidsongeschiktheid.

Dokter V. attesteerde op 30 mei 2018 het volgende (stuk 7 van de geïntimeerde):
"Mevr. F. (...), is in behandeling voor een probleem ter hoogte van haar RECHTER heup: Femoroacetabulair impingement sinds 22/03/2018. Zij werd hiervoor doorgestuurd door de huisarts omwille van klachten die ongeveer 3 weken daarvoor begonnen.
Het veelvuldig in en uitstappen uit een wagen of op- en afstappen van een fiets (zoals vereist was bij haar job) kunnen potentieel deze klachten in de hand gewerkt hebben."

Uit dit algemeen attest kan enkel afgeleid worden dat (de geïntimeerde) sinds begin maart 2018 klachten had ter hoogte van de rechter heup en dat zij hiervoor in behandeling is bij dokter V. sinds 22 maart 2018 en minstens tot 30 mei 2018 (datum van het attest). Er wordt niet gepreciseerd wat de behandeling precies inhoudt, noch hoe lang deze zal duren.

Haar stukken 13 en 14 bevatten algemene medische informatie over "heup impingement", maar houden geen enkele verwijzing in naar de concrete toestand van (de geïntimeerde), zodat het arbeidshof hieruit niks kan afleiden met betrekking tot het al dan niet langdurig karakter van de ongeschiktheid.

Stuk 15 van (de geïntimeerde) betreft een factuur van M. van 31 augustus 2018 waaruit blijkt dat zij op 17 augustus 2018 op de dienst voor diagnose en heilkundige behandeling heeft verbleven. Er werden onder meer kosten aangerekend voor klinische biologie, medische beeldvorming en geneesmiddelen. Uit de factuur blijkt evenwel niet welke geneeskundige zorgen precies aan (de geïntimeerde) werden verstrekt. Dat zij werd geopereerd en welke operatie dit dan wel was, blijkt nergens uit.

Ook haar stuk 19 is een factuur van het (...) ziekenhuis in A. van 30 april 2018. Dit document toont aan dat zij op 12 april 2018 in het ziekenhuis was voor een medische beeldvorming, een punctie van het heupgewricht onder RX controle en een NMR-onderzoek van een lidmaat.

Samen met de (appellante) kan worden vastgesteld dat (de geïntimeerde) aan de hand van voorliggende stukken niet aantoonbaar dat haar beperking van lange duur is [of, zoals dit hof oordeelt, zelfs maar “waarschijnlijk” van lange duur zou zijn]. Zij toont ook niet aan dat haar beperking in oorzakelijk verband staat met de arbeidsongeschiktheid in de voorgaande periodes in 2017. Hieruit kan dus evenmin enige conclusie getrokken worden met betrekking tot het al dan niet langdurig karakter van de aandoening.

In het licht van deze elementen kan (de geïntimeerde) zich dan ook niet beroepen op een handicap als mogelijke discriminatiegrond.”.

4.2.2.4. Volgens artikel 3 van de Wet Discriminatie is echter ook “de huidige of toekomstige gezondheidstoestand” één der beschermde criteria.

Het arbeidshof neemt samen met het openbaar ministerie - dat hieraan op de pagina's 17 en 18 van zijn schriftelijke advies ruim aandacht besteedt - aan dat de geïntimeerde “feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van (het voornoemde criterium) kunnen doen vermoeden” (zonder dat het zelfs vereist is na te gaan of zij kan verwijzen naar artikel 28, § 2 of 3 van de Wet Discriminatie), *zodat de appellante moet aantonen “dat er geen discriminatie is geweest”* (art. 28, § 1 Wet Discriminatie).

Ofschoon het onderscheid tussen een direct en een indirect onderscheid niet altijd gemakkelijk te maken is, oordeelt het arbeidshof dat er *in casu* geen “direct onderscheid” en dus ook geen mogelijke “directe discriminatie” is. Er is geen ongunstiger behandeling van de geïntimeerde op grond van het beschermde criterium. Het oorzakelijk verband tussen de ongunstiger behandeling en het beschermde criterium ontbreekt (zie L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 17). Het ontslag kwam er niet omwille van de gezondheidstoestand van de geïntimeerde, wel omwille van de gevolgen van de afwezigheid van de geïntimeerde voor de arbeidsorganisatie.

Wél kan er *in casu* een “indirect onderscheid” zijn, te weten “de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium (*in casu* de huidige of toekomstige gezondheidstoestand) in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen” (art. 4, 8° Wet Discriminatie), zodat er bovendien sprake is van een “indirecte discriminatie”, *tenzij* die “ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die aan de grondslag ligt van dit indirecte onderscheid (...) gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn” (art. 9 Wet Discriminatie). Ook een “direct onderscheid” kan trouwens “objectief gerechtvaardigd” worden “door een legitiem doel” wanneer “de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn” (art. 7 Wet Discriminatie).

4.2.2.5. Welnu, het arbeidshof kan zich geheel vinden in de navolgende overwegingen op de pagina's 18 tot 21 van het schriftelijke advies van het openbaar ministerie.

“(De appellante) beroept zich op het absentisme van (de geïntimeerde) en de daarmee gepaard gaande desorganisatie van de dienst als ontslagreden. Uit wat voorafgaat blijkt dat het duidelijk gaat om afwezigheid wegens ziekte.

(...)

Dat de (appellante de geïntimeerde) niet heeft ontslagen vanwege de ziekte, maar wel vanwege de impact van die arbeidsongeschiktheid op de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, lijkt evident. De (appellante) moest als werkgever immers telkens de organisatie van het werk aanpassen, hetzij door het werk te herverdelen onder de overige werknemers, hetzij door beroep te doen op extra uitzendkrachten.

Aangezien het minstens aannemelijk lijkt dat een onderscheid op basis van afwezigheid voornamelijk werknemers zal treffen met een negatieve gezondheidstoestand, dient de mogelijkheid dat het hier om indirecte discriminatie gaat verder te worden onderzocht. De oorzaak van de afwezigheid is immers ziekte, zodat er sprake is van een indirect onderscheid op basis van gezondheidstoestand.

(...)

(De appellante) verwijst naar de moeilijkheden voor de werkorganisatie die de veelvuldige afwezigheden van (de geïntimeerde) met zich mee brachten. Het nastreven van een goede werkorganisatie is een legitiem doel.

Bij de toetsing van het passend en noodzakelijk karakter van de maatregel, kan de rechter zich niet in de plaats stellen van de werkgever. Het behoort niet aan de rechter om de beleidskeuzes van een onderneming inhoudelijk te beoordelen (...). Wel moet de rechter toetsen of wat als passend en noodzakelijk wordt voorgesteld, dat werkelijk is en of hetgeen de werkgever daarover argumenteert, bewezen is.

In de regel noodzaakt de afwezigheid wegens ziekte van een werknemer de onderneming in vervanging te voorzien. Voorzien in een dergelijke vervanging brengt logischerwijze extra werk mee en/of extra inspanningen van de organisatie of van de andere werknemers. Op zich volstaat dit evenwel niet opdat het ontslag van de betrokken werknemer een passende en noodzakelijke maatregel zou zijn. Evenmin volstaat het om enkel voor te houden en aan te tonen dat het ontslag is ingegeven "door de noodwendigheden van de onderneming", wanneer de noodwendigheid louter wordt begrepen als een "behoefte" van de onderneming. De artikelen 7 en 9 van de (Wet Discriminatie) vereisen immers dat de maatregel passend en noodzakelijk is, wat een striktere vereiste is dan dat de maatregel enkel zou beantwoorden aan de behoeften van de onderneming (Arbh. Antwerpen 5 juni 2019, *JTT* 2019, 473).

(De appellante) moet dus concreet aantonen dat het ontslag van (de geïntimeerde) passend en noodzakelijk was voor de goede werkorganisatie.

Uit de stukken B.4 en B.5 van de (appellante) blijkt dat de werkorganisatie in de maanden november en december 2017 grondig werd verstoord ingevolge de veelvuldige afwezigheden van (de

geïntimeerde): verschillende rondes raakten niet ingevuld en extra uitzendkrachten moesten worden ingeschakeld.

Over de wijze waarop (de geïntimeerde in) de overige periodes werd vervangen, legt de (appellante) niets voor. In dit verband kan wel nuttig verwezen worden naar de inhoud van het opvolgingsgesprek dat plaatsvond op 14 maart 2018. Enerzijds blijkt hieruit dat de teamleider, mevrouw M.D., (de geïntimeerde) wees op de impact van haar afwezigheden op de werking van de onderneming. Anderzijds is het ook duidelijk dat de (appellante) geen principiële bezwaren had tegen de aanpassing van het takenpakket van (de geïntimeerde). Partijen gingen akkoord: "tot eind april zoveel als mogelijk enkel inplannen op fietsdiensten en evaluatie doen eind april".

Vast staat en niet betwist wordt dat (de geïntimeerde) na dit gesprek op 14 maart 2018 niet meer is komen werken en dat zij telkens voor de beperkte duur van 1 week een verlenging van haar arbeidsongeschiktheid vroeg. Wanneer dan na een maand blijkt dat er nog steeds geen zicht (was) op een werkhervatting door (de geïntimeerde), kan het de (appellante) uiteraard niet ten kwade geduid worden dat zij op zoek (ging) naar een structurele en blijvende oplossing. Een afwezigheid die telkens week na week verlengd wordt, zeker in een specifieke functie zoals die van "hulppostman", kan immers niet oneindig worden opgevangen.

In de mate dat (de geïntimeerde) thans wil laten uitschijnen dat ze eerst diende te herstellen van de eerder opgelopen ontstekingen aan haar gewrichten vooraleer zij de postronde per fiets kon aanvatten, staat dit haaks op haar eigen verzoek op 14 maart 2018 om tijdelijk enkel fietsdiensten te doen en dus om het werk wel te hervatten, mits aangepast takenpakket.

Het ontslag dat werd doorgevoerd op 17 april 2018, is bijgevolg niet gesteund op het feit dat de (appellante) zou geweigerd hebben om het takenpakket van (de geïntimeerde) aan te passen en (deels) tegemoet te komen aan haar wens tot aangepast werk, maar vindt haar oorzaak wel degelijk in niet discriminerende gronden, met name: de negatieve impact van de veelvuldige afwezigheden op de werkorganisatie.

De (appellante) kan dan ook gevolgd worden waar zij stelt dat de herhaalde en kortdurende afwezigheidsperiodes van (de geïntimeerde) de organisatie van het werk op haar dienst sterk bemoeilijkten, met verhoging van de werklast voor de overblijvende collega's. Hierbij verwijst de (appellante) terecht naar de aard van haar activiteiten waarbij een correcte en tijdige postbedeling van cruciaal belang is.

De veelvuldige korte periodes van arbeidsongeschiktheid van (de geïntimeerde) en de impact hiervan op de dagelijkse werking van de postbedeling hebben de (appellante) ertoe genoodzaakt om over te gaan tot haar ontslag."

4.2.2.6. De vordering is ongegrond.

4.2.3. Het kennelijk onredelijk ontslag

In ondergeschikte orde, voor het geval de vordering op grond van de Wet Discriminatie ongegrond zou bevonden worden, vordert de geïntimeerde de veroordeling van de appellante tot het betalen van een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

De cao nr. 109 van de Nationale arbeidsraad van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag, algemeen verbindend verklaard bij KB van 9 maart 2014, *BS* 20 maart 2014, heeft een artikel 9 dat als volgt luidt: “Een kennelijk onredelijk ontslag is een ontslag van een werknemer die is aangeworven voor onbepaalde tijd, dat gebaseerd is op redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever.”.

De cao nr. 109 is *in casu* wel niet van toepassing nu de partijen niet aan de CAO-wet onderworpen waren.

De geïntimeerde beroept zich evenwel (inzonderheid) op de overwegingen B.7.2 en B.7.3 in het arrest van 30 juni 2016 van het Grondwettelijk Hof (nr. 101/2016, *RW* 2016-17, 1460, noot T. DE DONDER, T. en A. VAN BEVER), die als volgt luiden:

“Het staat aan de wetgever om onverwijld een regeling te treffen inzake de bescherming bij kennelijk onredelijk ontslag voor de werknemers bedoeld in artikel 38, 2°, van de wet van 26 december 2013, temeer daar voor de werknemers bedoeld in artikel 38, 1°, van dezelfde wet reeds met ingang van 1 april 2014 een nieuwe regeling werd aangenomen.

(...) In afwachting van het optreden van de wetgever komt het aan de rechtscolleges toe, met toepassing van het algemene verbintenissenrecht, de rechten van alle werknemers in de publieke sector bij een kennelijk onredelijk ontslag zonder discriminatie te vrijwaren, waarbij zij zich in voorkomend geval kunnen laten leiden door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109.”.

De rechtspraak en de rechtsleer zijn verdeeld over het gevolg dat aan dit arrest mag worden gegeven (zie o.a. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium. Arbeidsrecht. 2021-2022*, Mechelen, Kluwer, 2021, 2802, nr. 4746; zie ook E. DE HEPCEE, “CAO nr. 109 naar analogie toegepast op de overheidssector, analyse van rechtspraak”, *Nieuwsbrief Ontslag*, 2022, nr. 2, 1-8).

In zoverre het arbeidshof zich evenwel zou mogen laten leiden door de beginselen van de cao nr. 109, en meer bepaald door de regeling in zijn artikel 9 (zie hiervoor), dan is het vrij duidelijk dat de appellante op overtuigende wijze aantoonde dat zij tot ontslag is overgegaan om redenen die berusten op “de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst” alsook dat het geenszins blijkt dat een “normale en redelijke werkgever” nooit tot zo’n ontslag zou hebben besloten.

Ook de in ondergeschikte orde gestelde vordering is ongegrond.

4.2.4. Het misbruik van ontslagrecht

De geïntimeerde vordert (thans in hoofdorde) ook de veroordeling van de appellante tot het betalen van een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht.

Een werkgever maakt misbruik van het ontslagrecht wanneer dit recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en zorgvuldige werkgever (zie art. 1134 oud B.W.; Cass. 10 september 1971, *RW* 1971-72, 321, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass. 12 december 2005, *JTT* 2006, 155, *Soc.Kron.* 2007, 39, noot H. FUNCK; Cass. 18 februari 2008, *JTT* 2008, 117, concl. J. GENICOT, noot P. JOASSART), wat *inzonderheid* het geval kan zijn indien het ontslag wordt gegeven:

- om de ontslagen partij te schaden;
- zonder dat diegene die ontslaat, hierbij een redelijk belang heeft;
- waarbij het redelijk belang dat door het ontslag wordt gediend, buiten verhouding staat tot het nadeel dat door de uitoefening ervan wordt toegebracht.

Misbruik van ontslagrecht kan ook blijken uit de wijze waarop het ontslag werd gegeven.

Het arbeidshof oordeelt dat van de stelling dat er *in casu* misbruik van ontslagrecht is geweest, onvoldoende bewijs voorligt.

De rechter mag op de wijze waarop een werkgever zijn ontslagrecht uitoefent, slechts een marginaal toezicht uitoefenen. Hij mag zich niet in de plaats stellen van die werkgever bij het bestuur van zijn onderneming of diens oordeel over de wenselijkheid een bepaalde werknemer tewerk te stellen, door zijn eigen oordeel vervangen. Enkel wanneer dit hof mocht oordelen dat geen enkel redelijk handelend werkgever zou hebben gehandeld op de wijze van de appellante, kan misbruik van recht worden vastgesteld. Welnu, dat is *in casu* niet het geval, zoals uitvoerig werd uiteengezet in nrs. 4.2.2.4 en 4.2.3.

Daarbij komt dat de geïntimeerde geenszins bewijst dat zij door het ontslag een morele schade heeft geleden die te onderscheiden is van deze die wordt gedekt door de forfaitaire ontslagvergoeding.

De vordering is ongegrond.

4.2.5. De sociale en fiscale documenten

Gelet op wat voorafgaat, is deze vordering ongegrond.

* * *

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de bovenstaande gronden,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en inzonderheid op artikel 24,

Rechtdoende op tegenspraak,

Alle andere en strijdige conclusies verwerpende,

Gelet op het eensluidende schriftelijke advies van het openbaar ministerie, uitgebracht door substituut-generaal _____ en ter griffie neergelegd op 25 maart 2022.

Verklaart het hoofdberoep en het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond.

Vernietigt het op tegenspraak gewezen eindvonnis van kamer G 2 van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, d.d. 11 juni 2020 (A.R. nr. 19/433/A), in al zijn onderdelen.

Trekt de zaak tot zich overeenkomstig artikel 1068, eerste lid, Ger. W..

Verklaart de vordering ongegrond.

Veroordeelt de geïntimeerde tot het betalen van de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

Bepaalt de nog te vereffenen gerechtskosten als volgt:

- aan de zijde van de appellante:
 - rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 1.430 euro;
 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep 1.430 euro;
 - bijdrage begrotingsfonds: 20 euro;
- aan de zijde van de geïntimeerde:
 - rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 1.430 euro;
 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep 1.430 euro;
 - bijdrage begrotingsfonds: 20 euro.

Aldus gewezen door het arbeidshof Gent, afdeling Gent, tweede kamer, samengesteld uit kamervoorzitter _____, voorzitter _____, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werk-gever, _____, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werknemer-bediende,

en in openbare terechtzitting van **dertien juni tweeduizend tweeëntwintig** uitgesproken door de voorzitter, met bijstand van _____, griffier.