

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

VAN 18 FEBRUARI 2020

3^{de} K.

Zet. : L. Lenaerts (kamervoorz.), M. Van Aken en R. Peeters (raadsh. in soc. zaken).

Pleit. : Mrs. A. Boljau Loco T. L'Allemand en J. Sloomans.

(B. t. E. L. — AR nr. 2018/AB/533).

Het begrip « huidige gezondheidstoestand » in de zin van artikel 3 van de antidiscriminatiewet is duidelijk en doelt op de gezondheidstoestand op het ogenblik van het ontslag.

De verwijzing op het C4 formulier als motief van het ontslag naar de langdurige afwezigheid die enkel veroorzaakt kan zijn door de lopende ziekte doet vermoeden dat er gediscrimineerd werd omwille van de huidige gezondheidstoestand.

Het is aan de werkgever om het tegenbewijs te leveren namelijk dat het ontslag niet steunt op de ziekte maar wel op de aangevoerde organisatorische problemen.

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 17 november 1997 ondertekenden mevrouw B. en de nv E. L. een voltijdse bediendenovereenkomst van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw B. met ingang van 15 december 1997 tewerkgesteld werd als Fixed Beauty Advisor in de D. F. Shop op B. A..

2. Vanaf 1 mei 2010 werkte ze deeltijds in een 4 dagenstelsel (30,4 u/week).

3. Vanaf 22 mei 2014 was mevrouw B. herhaaldelijk afwezig wegens arbeidsongeschiktheid, aanvankelijk met telkens korte periodes. Op 26 juni 2015 meldde ze een nieuwe ziekteperiode van 1 juli 2015 tot 31 juli 2015.

4. Met aangetekende brief van 7 juli 2015 beëindigde E. L. haar tewerkstelling met een opzeggingsvergoeding van 12 maanden en 10 weken, later gebracht op 17 maanden en 10 weken. Er werd haar ook de mogelijkheid van out-placementbegeleiding toegekend.

Op het C4-formulier wordt als reden van werkloosheid vermeld Omwille van langdurige afwezigheid ontstonden er arbeidsorganisatorische problemen.

II. BEOORDELING

DISCRIMINATIE WEGENS HUIDIGE OF TOEKOMSTIGE GEZONDHEIDSTOESTAND ?

13. — Op grond van art. 14 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (B.S. 30 mei 2007, tweede uitg., addendum, B.S. 5 juni 2007, eerste uitg. — hierna verkort aangeduid als antidiscriminatiewet) is elke directe of indirecte discriminatie alsook de intimidatie verboden in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van deze wet vallen.

Op grond van art. 3 van deze wet vormen de huidige of toekomstige gezondheidstoestand een beschermd criterium.

Anders dan het criterium « handicap » komt het criterium « huidige of toekomstige gezondheidstoestand » niet voor in de Europese kaderrichtlijn 2000/78.

14. De gezondheidstoestand uit het verleden vormt geen beschermd criterium. Het is de bedoeling van de wetgever geweest om het begrip « toekomstige gezondheidstoestand » niet te ruim te interpreteren ; daarmee is echter niet gezegd dat enkel gezondheidsprognoses vanuit genetische testen tot discriminatie op grond van de toekomstige gezondheidstoestand kunnen leiden. In de parlementaire voorbereiding van de antidiscriminatiewet kwamen de voorspellende genetische testen ter sprake i.v.m. de toekomstige gezondheidstoestand, maar dit beduidt niet dat enkel die situatie onder dat begrip valt. (zie meer uitgewerkt in A.H. Brussel 17 januari 2017 en 21 februari 2017, Soc. Kron. 2018, 198 en 200 ; in deze arresten werd gezegd dat men vooral beslissingen omwille van genetische testen heeft willen uitsluiten) A.H. Brussel 9 januari 2019, AR 2016/AB/380 (bijlage advies OM) gaat in dezelfde zin en beperkt evenmin de toekomstige gezondheidstoestand tot de prognoses op basis van genetische testen.

15. Maar deze uitleggingen zijn in deze zaak minder belangrijk, omdat men er niet onderuit kan dat mevrouw B. in essentie omwille van haar huidige gezondheidstoestand ontslagen is. Het begrip « huidige gezondheidstoestand » is duidelijk en doelt op de gezondheidstoestand op het ogenblik van het ontslag.

16. Mevrouw B. werd ontslagen tijdens haar ziekteperiode ; deze reden staat in rechtstreeks verband met de ziekte, zoals volgt uit het C4-formulier, aangezien verwezen wordt naar de langdurige afwezigheid, terwijl er geen afwezigheden omwille van andere redenen blijken geweest te zijn. Het Openbaar Ministerie ontleedt het C4-formulier en leidt hieruit af dat de ziekte slechts in derde orde als causaliteitsreden kan worden aanvaard. In het aansprakelijkheidsrecht gaat men uit van de gelijkwaardigheid der oorzaken, zodat de analyse van het OM niet verhindert dat de ziekte (mede) de reden van het ontslag is. (vgl. A.H. Antwerpen 5 juni 2019, JTT 2019, 473, waar ook enkel naar afwezigheden verwezen werd, maar waar de ziekte de oorzaak van het ontslag was (2.2.1.3, p. 475)

17. — Art. 28 van de antidiscriminatiewet bepaalt m.b.t. de bewijsregeling:

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

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

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

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

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

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

» het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid ; of

» 3^o elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

18. Het Grondwettelijk Hof heeft in de overwegingen 91 tot 94 van het arrest 17/ 2009 van 12 februari 2009 de grondslag van deze bewijslastregeling onderzocht en overwoog daarbij wat betreft het aanbrengen van objectieve elementen die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden :

« B.93.3. De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoont dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem ongunstige behandeling. Hij dient tevens de feiten te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven.

» [...]

» Voormelde feiten vermogen evenwel niet algemeen van aard te zijn, maar moeten specifiek aan de auteur van het onderscheid kunnen worden toegeschreven. In zoverre volgens de bestreden artikelen gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die gekenmerkt zijn door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden een vermoeden van directe discriminatie doen ontstaan (artikel 30, § 2, 1^o, van de Antiracismewet, artikel 28, § 2, 1^o, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 33, § 2, 1^o, van de Genderwet), dient dat patroon bij die personen te bestaan.

» Hetzelfde dient te gelden ten aanzien van feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op een van de in de bestreden wetten vermelde gronden kunnen doen vermoeden ».

De rechter dient de juistheid van de gegevens die hem zullen worden voorgelegd te beoordelen in overeenstemming met de regels van gemeen recht, waarbij hij geval per geval moet oordelen over de regelmatigheid van de aangebrachte elementen.

De rechter heeft hiervoor de nodige appreciatievrijheid. (ov. B.93.4 van het aangehaalde arrest) (zie verder uitgewerkt in A.H. Brussel 8 januari 2020, AR 2017/AB/ 97)

19. Aangezien in het C4-formulier uitdrukkelijk verwezen wordt naar de langdurige afwezigheid, die enkel kan veroorzaakt zijn door de lopende ziekte, brengt mevrouw B. voldoende sterke en pertinente feiten aan, die doen vermoeden dat ze gediscrimineerd werd omwille van haar « huidige gezondheidstoestand », zoals die zich voordeed op het ogenblik van het ontslag; om de discriminatie voldoende aannemelijk te maken om het vermoeden in werking te stellen, moet vergeleken worden met het ontslag of in diensthouding van een niet zieke afwezige werknemer. Op dat vlak argumenteert E. L. correct dat de vergelijking met mevrouw S. M., die ook ziek was, niet relevant is (A. Mortier et M. Simon, « Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? » JTT 2018, 88) ; immers de specifieke aard van de ziekte heeft hier niet gespeeld om tot ontslag te besluiten (vgl. A. Maes, « What's in a name, Discriminatie op basis van huidige of toekomstige gezondheidstoestand... » JTT 2018, 14, nr. 14).

20. Het blijkt niet dat een niet zieke afwezige werknemer op eenzelfde wijze als mevrouw B. door een ontslag nadelig zou zijn behandeld, zodat er een voldoende vermoeden van ziekte als reden voor haar ontslag aanwezig is. Anders dan niet zieke werknemers was voor mevrouw B. de ziekte immers bepalend voor haar ontslag. (vgl. A.H. Antwerpen 5 juni 2019, JTT 2019, 473, 2.2.1.3, p. 475)

21. Evenmin kan men zich beroepen op de vrijwaringsgrond van art. 11 § 1 van de antidiscriminatiewet dat een discriminatie uitsluit wanneer een onderscheid gemaakt wordt dat opgelegd wordt door of krachtens een wet. Deze vrijwaringsbepaling moet beperkend worden gelezen en kan maar toegepast worden wanneer het onderscheid wordt opgelegd, wat niet het geval is wanneer een werkgever een mogelijkheid heeft, wat het geval is bij art. 38 van de arbeidsovereenkomstenwet, waardoor een werkgever in geval van ziekte kan opzeggen, maar dit hem niet wordt opgelegd. Onderscheiden die men kan « verdedigen op grond van een wet » of onderscheiden die niet verboden zijn door een wet of zelfs toegelaten zijn door een wet zonder « opgelegd » te zijn, vallen niet onder de bescherming van de vrijwaringsclausule. (L. Sommerijns, « Discriminatie in aanvullende WAP-pensioenstelsels », TSR 2009/2, 165, n r. 32)

22. Het is dan aan de werkgever om het tegenbewijs te leveren ; in het C4-formulier wordt hiervoor verwezen naar de arbeidsorganisatorische problemen, die door E. L. moeten worden aangetoond.

23. — E. L. legt uit dat ze de korte afwezigheden mede kon ondervangen door de demonstratie van producten in de Sky-shop aan een agentschap voor hostessen uit te besteden. Hiervoor verwijst ze naar haar stukken 4.6.2. Omdat dit op termijn niet meer houdbaar was, is men overgegaan tot de invulling van de werkpost door een vast in dienst genomen werknemer. Voor dat laatste verwijst ze naar haar stuk 4.6.3.

24. Nazicht van deze stukken toont echter dat de inzet van de hostessen, waarvoor de stukken 4.6.2. worden voorgebracht, gebeurde buiten de (voorbij) ziekteperiodes van mevrouw B., m.n. in maart 2015 en van 1 tot 8 april 2015 ; het ging telkens om meerdere hostessen, waaruit kan afgeleid worden dat het niet echt om een vervanging van mevrouw B. ging, maar dat deze naargelang de periode gebruikelijk werden ingezet.

25. — Op 1 juli 2015 was er een inzet van hostessen voor 20 prestaties, maar deze waren reeds op 1 juni 2015 besteld, zijnde opnieuw op een ogenblik dat mevrouw B. niet ziek was. Ook dit houdt dus geen verband met haar « huidige of toekomstige gezondheidstoestand ». Op 7 september 2015 en 1 oktober 2015 herhaalde dit zich, maar dan was mevrouw B. reeds 2 à 3 maanden uit dienst, wat andermaal wijst op een gebruikelijk beroep op hostessen en niet op een nood aan vervanging omwille van een specifieke zieke werknemster.

26. — De nieuwe arbeidsovereenkomst (stuk 4.6.2.) met mevrouw E. C. ving pas aan op 16 november 2015, zodat ook deze geen verband hield met een arbeids-organisatorisch probleem op 7 juli 2015.

27. De voorgebrachte stukken werden klaarblijkelijk geput uit de gewone inzet van hostessen door E. L., maar tonen geenszins aan dat er op 7 juli 2015 een arbeidsorganisatorisch probleem was. Het arbeidshof kan aanvaarden dat de druk om het absentisme in toom te houden in een bedrijf op de luchthaven soms meer kan wegen dan in andere bedrijven, maar dat doet er niets aan af dat E. L. in concreto moet kunnen aantonen dat de door haar ingeroepen uitzendcontracten in verband staan met de afwezigheid van mevrouw B. op het ogenblik van haar ontslag.

28. Het tegenbewijs wordt daardoor niet geleverd. Er wordt evenmin aangetoond dat ongeacht de discriminatiegrond het ontslag toch had moeten worden getroffen.

29. Art. 18 § 1 en 2 van de antidiscriminatiewet bepaalt «
§ 1.... In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen. »
§ 2. De in § 1 bedoelde forfaitaire schadevergoeding wordt als volgt bepaald : »1°(...)

» 2° indien het slachtoffer morele en materiele schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeids-betrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiele en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn ; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiele en morele schade beperkt tot Brie maanden bruto beloning ».

30. Mevrouw B. vordert de forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden ; op de becijfering hiervan wordt geen kritiek gegeven. E. L. vraagt enkel een herleiding naar 3 maanden omdat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn. Dit wordt geenszins aangetoond, zoals volgt uit wat gezegd werd in de randnummers 24 tot 27.

Er dienen aangepaste sociale documenten te worden afgeleverd, maar dit moet niet opgelegd worden onder verbeurte van een dwangsom omdat uit het dossier blijkt dat de sociale administratie van E. L. op een normale wijze gevoerd wordt.

31. Het hoger beroep is op dit punt gegrond ; de vordering in ondergeschikte orde wegens kennelijk onredelijk ontslag moet daardoor niet meer worden onderzocht.

OM DEZE REDENEN,

Het arbeidshof,

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24, Rechtsprekend op tegenspraak,

Gelet op het geschreven advies van substituut generaal H. Funck van 9 januari 2020, waarop partijen hebben gerepliceerd ;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, en deels gegrond

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond ;

Bevestigt het bestreden vonnis, behalve wat betreft de discriminatievordering en de aangepaste sociale documenten voor dit onderdeel ;

Op dit punt opnieuw rechtdoende, verklaart deze gegrond en veroordeelt E. L. bijkomend tot betaling aan mevrouw B. van een schadevergoeding van 17.818,65 EUR, te vermeerderen met de wettelijke intresten en de gerechtelijke intresten.

Veroordeelt E. L. tot afgifte van de aangepaste sociale documenten voor dit onderdeel. Wijst de vraag om dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom af.

Slaagt de gerechtskosten van het hoger beroep om in de zin dat elke partij zijn eigen kosten voor deze aanleg draagt.