

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN VAN 8 DECEMBER 2021

Afdeling Antwerpen

Kamer 2

(...) met maatschappelijke zetel te (...)

met als raadsman mr. TIME Frank, advocaat te ANTWERPEN, voor wie pleit mr. NOENS Laura, advocaat te ANTWERPEN,

tegen:

(...), RRN (...) wonende te (...)

met als raadsman mr. VERBEECK Ivan, advocaat te ANTWERPEN, voor wie pleit mr. BOUAU Annick, advocaat te ANTWERPEN.

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 12 oktober 2020 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout.

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

I. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Met verzoekschrift van 15 oktober 2019 stelt mevrouw (...) een procedure in bij de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout,

Met conclusie van 8 mei 2020 vordert

"De vordering van conluante ontvankelijk en gegrond te verklaren

Dienvolgens gedaagde te veroordelen tot betaling aan conluante van volgende bedragen:

- achterstallig loon 3 augustus 2018 (3,25 uren) €59,02 bruto

- feestdagen na uitdiensttreding (1 en 11 november '18) € 221,52 bruto
- vakantiegeld op achterstallig loon (enkel, dubbel, aanvullend) €43,03 bruto
- schadevergoeding (6 maanden) €16.932,32
- schadevergoeding C 1.000,00

Dit alles te vermeerderen met de wettelijke intresten zoals bepaald door artikel 10 van de wet op de bescherming van het loon, de verwijl- minstens de vergoedende intresten vanaf de respectievelijke data van opeisbaarheid, evenals de gerechtelijke intresten.

Het vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, spijs alle verhaal en zonder borgstelling. Gedaagde te veroordelen tot de kosten van het geding, aan de zijde van conculant begroot op 20,00 euro, zijnde bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand."

Bij conclusie van 29 juni 2020 vordert

"De vordering ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;

Eiseres te veroordelen tot de kosten van het geding, begroot in voordeel van conculante op de rechtsplegingsvergoeding van 2.400,00 EUR."

Bij vonnis van 12 oktober 2020 beslist de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout:

"De rechtbank:

- verklaart de vordering van (...) ontvankelijk en in de volgende mate gegrond.
- veroordeelt (...) tot betaling aanvan:
 - € 59,02 bruto achterstallig loon 3 augustus 2018
 - € 221,52 bruto feestdagenloon voor 1 en 11 november 2018
 - €43,03 bruto vakantiegeld op achterstallig loon en feestdagenloon
 - € 16.932,32 bruto schadevergoeding antidiscriminatiewet
 te verminderen met de wettelijk verplichte sociale en fiscale inhoudingen in zoverre verschuldigd en overgemaakt aan de bevoegde instanties en te vermeerderen met de wettelijke, respectievelijk de vergoedende intrest vanaf 17 oktober 2018 en met de gerechtelijk intrest vanaf 15 oktober 2019.
- verwijst (...) in de kosten
- vereffent de kosten tot op heden:
 - aan de zijde van (...) op € 20,00 bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand;
 - aan de zijde van (...) € 1.320,00 rechtsplegingsvergoeding (begroot op € 2.400,00 doch herleid tot € 1.320,00)."

Tegen het vonnis van 12 oktober 2020 tekent (...) op 30 november 2021 hoger beroep aan.

Met conclusie van 5 maart 2021 tekent (...) incidenteel beroep aan tegen de afwijzing van haar vordering tot schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht.

II. EISEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 10 mei 2021 vordert

"> Betreffende het door de (...) aangetekend hoger beroep:

Het door de (...) aangetekend hoger beroep ontvankelijk en tevens gegrond te verklaren;

Bijgevolg het op 12 oktober 2020 door de 1^o kamer van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, afdeling Turnhout gewezen vonnis deels te teniet te doen;

Opnieuw rechtdoende zoals de Eerste Rechter had dienen te doen, de door mevrouw (...) opzichts de (...) initieel ingestelde vordering strekkende tot het bekomen van een schadevergoeding uit hoofde van een inbreuk op de anti-discriminatiewet van 10 mei 2007 ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren; Bijgevolg en aan initiële eiseres de doeleinden van de haar in dat verband ingestelde vordering te ontzeggen en haar er integraal van af te wijzen;

> Betreffende het door mevrouw (...) aangetekend incidenteel hoger beroep:

Het door mevrouw (...) aangetekend incidenteel hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren;

Bijgevolg het op 12 oktober 2020 door de 10 kamer van de Arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout gewezen vonnis te bevestigen voor wat het aspect van de initieel ingestelde vordering betreft strekkende het bekomen van een schadevergoeding t.b.v. € 1.000,- uit hoofde van misbruik van ontslagrecht;

Tenslotte geïntimeerde op hoofdeis -initiële eiseres- te veroordelen tot betaling van al de kosten van het geding, die tot heden aan de zijde van conluante begroot dienen te worden als volgt:

- rechtsplegingsvergoeding Eerste Aanleg	€1.320,00
- bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbestand hoger beroep	€20,00
- rechtsplegingsvergoeding hoger beroep	€1.320,00

Met conclusie van 6 juli 2021 vordert

"Het hoofdberoep, voor zover ontvankelijk, zonder voorwerp te verklaren, minstens af te wijzen als ongegrond;

Dienvolgens met betrekking tot de schadevergoeding wegens discriminatie het vonnis a quo te bevestigen;

Het bij eerste beroepsbesluiten ingestelde incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Dienvolgens met betrekking tot de schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht het vonnis a quo te hervormen en de oorspronkelijke vordering tot betaling van een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht gegrond te verklaren;

Dienvolgens bovenop de door de Eerste Rechter reeds toegekende posten appellante bijkomend te veroordelen tot betaling aan conluante van 1.000,00 euro schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht te vermeerderen met de wettelijke intresten zoals bepaald door art. 10 van de Loonbeschermingswet, de verwijl- minstens de vergoedende intresten en de gerechtelijke intresten vanaf de respectievelijke data van opeisbaarheid;

Appellante te veroordelen tot de kosten van het geding, aan de zijde van conluante tot op heden begroot op:

- 20,00 euro bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand eerste aanleg
- 1.430,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbh."

III. ONTVANKELIJKHEID

Het vonnis van 12 oktober 2020 is op verzoek van (...) op 16 december 2020 betekend aan bv (...). De bv had reeds hoger beroep ingesteld met een verzoekschrift neergelegd op de griffie van dit arbeidshof op 30 november 2020.

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

Dit betekent dat het arbeidshof kan oordelen over de inhoud van de discussie tussen de partijen.

IV. TEN GRONDE

1. Feiten

Het arbeidshof verwijst naar het feitenrelaas in het vonnis van de arbeidsrechtbank en herneemt dat hieronder omwille van de leesbaarheid van het arrest, ten dele samengevat en/of geparafraseerd.

(...) is actief in de bouwsector, onder meer in het bouwen van tuinhuisjes, poorten en dergelijke, samen te vatten als bijgebouwen. Zij heeft een 'park' waar zij demoversies toont. De bv ressorteert voor haar

bedienden onder het aanvullend paritair comité voor de bedienden, pc nr. 200. De heer (...) is zaakvoerder van de bv.(...) heeft de operationele leiding.

(...) treedt in dienst van (...) op 23 april 2018 met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur en voor een deeltijdse arbeid, voor 30,5 uur per week. Het maandloon bedraagt 2.400,00 euro bruto per maand. (...) heeft recht op ecocheques (stuk 1 van (...)). Zij wordt belast met taken van secretariaats en administratief werk.

Op maandag 6 augustus 2018 verwittigt (...) de werkgever dat zij, arbeidsongeschikt is wegens een kwetsuur aan de pols. Zij verwittigt met een tekstbericht (sms) voor de aanvang van het werk (stuk 9 van (...)). (...) maakt daarna een medisch attest over voor de periode van 6 augustus tot 10 augustus 2018 (stuk 1 van de bv).

reageert hierop met volgend tekstbericht (sms):

"Ok, dan zal ik het parkaar sluiten zeker? Ik zou het op prijs stellen als je "aanwezig" zou zijn, telefoneren kan toch, niet?..."

(stuk 9 van)

(...) wordt op 8 augustus 2018 geopereerd (stuk 21 van....) Een eerste medisch attest voorziet in een arbeidsongeschiktheidsperiode van 8 augustus 2018 tot 8 september 2018 (stuk 2 van de bv). Vervolgens is er een verlenging van de arbeidsongeschiktheid van 9 september 2018 tot 14 oktober 2018 (stuk 3 van de bv).

Op 15 oktober 2018 herneemt (...), het werk.

Met een aangetekende brief van 15 oktober 2018 zegt (...) de arbeidsovereenkomst op met een opzeggingstermijn van 5 weken ingaand op 22 oktober 2018 (stuk 4 van de bv).

Met een aangetekende brief van 16 oktober 2018 beëindigt bv (...) de arbeidsovereenkomst niet onmiddellijke ingang (stuk 5 van de bv). Zij kondigt de betaling aan van een opzeggingsvergoeding.

Op het document C4 vermeldt bv (...) reden voor de opzegging: "onverzoenbare meningsverschillen" (stuk 7 van).

De vakorganisatie van (...) maant de bv aan tot een correcte betaling van de bedragen die verschuldigd zijn na het einde van de arbeidsovereenkomst. Omdat bv (...) niet overgaat tot betaling, legt (...) op 15 oktober 2019 een verzoekschrift neer op de griffie van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout.

2. Beoordeling

2.1. Draagwijdte van de betwisting

Het hoger beroep van bv (...) heeft enkel betrekking op de veroordeling tot betaling van een vergoeding wegens discriminatie. Het incidenteel beroep van (...) heeft betrekking op de vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht. De andere geschilpunten tussen partijen zijn definitief opgelost in het vonnis van de arbeidsrechtbank.

2.2. De procedure in beroep heeft een voorwerp. Bv(...) deed geen afstand van het beroep.

1.

Na de betekening van het vonnis is gerechtsdeurwaarder L. B. op 22 december 2020 overgegaan tot uitvoerend beslag op roerend goed (stuk 22 van ...). In de akte is een verkoop aangekondigd bij gebreke van tijdige betaling op 29 januari 2021.

Daarop is bv (...) op 19 januari 2021 overgegaan tot de betaling van 17.571,01 euro op het rekeningnummer van het gerechtsdeurwaarderskantoor, met vermelding van de referentie van de gerechtsdeurwaarder en de mededeling "tot slot van het dossier" (stuk 22 van...)

Er is geen betwisting over dat de betaling ook betrekking heeft op de vergoeding wegens discriminatie die de arbeidsrechtbank had toegekend.

(...) voert aan dat uit de betaling kan worden afgeleid dat het hoger beroep zonder voorwerp is, omdat deze betaling een erkenning van verschuldigheid inhoudt. Zij meent dat minstens sprake is van een afstand van het hoger beroep.

Het arbeidshof volgt deze redenering niet. De bv heeft geen afstand gedaan van het hoger beroep, dit beroep heeft een voorwerp.

2.

Bv ...had reeds op 30 november 2020 een verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd, waarmee zij beroep aantekent tegen de beslissing van de arbeidsrechtbank tot toekenning van een vergoeding wegens discriminatie. Daaruit blijkt dat de bv het niet eens is met deze beslissing.

Het vonnis van 12 oktober 2020 is uitvoerbaar bij voorraad.¹ Dit betekent dat bv (...) kon worden gedwongen om tot betaling over te gaan, zelfs na het aantekenen van hoger beroep. Door de uitvoering met het oog op verkoop van roerend goed, werd de bv gedwongen tot betaling.

Deze betaling dient voor de afwijding van de verkoop van roerende goederen en kan niet worden beschouwd als een erkenning dat de betaalde bedragen ook effectief verschuldigd waren.

3.

Het arbeidshof kan uit de mededeling "tot slot van het dossier" geen erkenning door de bv afleiden dat de bedragen verschuldigd zijn. Een dergelijke erkenning komt neer op een berusting in het vonnis van 12 oktober 2020.

Een uitdrukkelijke berusting is deze betaling niet. Een uitdrukkelijke berusting vereist een akte die is ondertekend door de partij of haar gevolmachtigde.² Een dergelijke akte ligt niet voor.

De betaling van 19 januari 2021 kan ook niet worden gezien als een stilzwijgende berusting door bv.... . De stilzwijgende berusting kan alleen worden afgeleid uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende akten of feiten waaruit blijkt dat de partij het vaste voornemen heeft haar instemming te betuigen met de beslissing.³

Een dergelijk vast voornemen van de bv kan het arbeidshof uit niets afleiden.

In de mededeling bij de betaling wordt geen melding gemaakt van de rechtszaak en van het aangetekende beroep. "Tot slot van het dossier" kan dus worden gelezen als een verwijzing naar het dossier van de gerechtsdeurwaarder, aan wiens kantoor de bv heeft betaald. De gerechtsdeurwaarder was bezig met de uitvoering.

¹ Artikel 1397, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek

² Artikel 1045, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek

³ Artikel 1045, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek

De bv heeft bij of naar aanleiding van de betaling geen enkele daad gesteld om de procedure bij het arbeidshof te beëindigen.

4.

Om dezelfde redenen als het arbeidshof hierboven uiteenzet in randnummer 2 is de betaling ook geen afstand van het hoger beroep. Ook voor een dergelijke afstand is ofwel een ondertekende akte nodig (uitdrukkelijke afstand) ofwel een akte of met elkaar overeenstemmende feiten waaruit de afstand met zekerheid kan worden afgeleid (stilzwijgende afstand).⁴ Dit is er niet.

2.3. Bv (...) moet een vergoeding wegens discriminatie betalen

2.3.1. Er is discriminatie wegens huidige of toekomstige gezondheidstoestand

1.

De Antidiscriminatiewet⁵ verbiedt discriminatie bij een ontslagbeslissing op basis van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand⁶ De Antidiscriminatiewet is onder meer van toepassing op de arbeidsbetrekkingen in de particuliere sector.⁷ Er is tussen partijen geen discussie over de toepasselijkheid van de wet.

In artikel 4, 6° van de Antidiscriminatiewet is een direct onderscheid gedefinieerd als de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria. Een indirect onderscheid is de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen.⁸

Elk direct onderscheid op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand 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.⁹

Artikel 9 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat elk indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria een indirecte discriminatie vormt, 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.

2.

Artikel 28, § 1 van de Antidiscriminatiewet bevat een bijzondere regeling van de bewijslast. Wanneer een werknemer die zich slachtoffer acht van een discriminatie, feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de werkgever te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

Artikel 28, § 2 en § 3 van de Antidiscriminatiewet bepalen :

"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:

⁴ Artikel 824 van het Gerechtelijk Wetboek

⁵ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie

⁶ Artikelen 5, § 2, 3° en 14 van de Antidiscriminatiewet

⁷ Artikel 5, § 1, 5° van de Antidiscriminatiewet

⁸ Artikel 4, 8° van de Antidiscriminatiewet

⁹ Artikelen 4, 4° en 7 van de Antidiscriminatiewet

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

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

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

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

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

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

3. (...)

voert feiten aan die het bestaan van een discriminatie op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand bewijzen.

Samengevat gaat het om volgende feiten, die het arbeidshof hieronder nader toelicht:

- bv (...) drong erop aan dat (...) toch zou komen werken ondanks de medische attesten die haar arbeidsongeschiktheid staven;

- bv (...) deed laatdunkende uitspraken over de arbeidsongeschiktheid;

- de chronologie van het ontslag;

- de mededelingen van (...) in een opgenomen gesprek tussen hem en

Toen (...) haar werkgever op 6 augustus 2018 verwittigde dat haar arts een attest had afgeleverd voor een week arbeidsongeschiktheid, omwille van een geforceerd pols, drong de werkgever meteen aan dat zij toch zou komen werken: "Ik zou het op prijs stellen als je "aanwezig" zou zijn, telefoneren kan toch, niet?..." (stuk 9 ...). Uit een dergelijke mededeling blijkt dat de bv de arbeidsongeschiktheid niet kon aanvaarden. De opmerkingen van de bv hebben geen grond. De arbeidsovereenkomst was immers geschorst. De verplichting van (...) om arbeid te verrichten was daarmee eveneens geschorst. De schorsing wegens arbeidsongeschiktheid is bovendien gedefinieerd als de onmogelijkheid voor de werkneemster om haar werk te verrichten ten gevolge van ziekte of ongeval.¹⁰ De behandelende artsen van (...), hebben herhaaldelijk geattesteerd dat zij "niet in staat is om te werken" of dat zij haar onbekwaam bevinden om arbeid te verrichten (stukken 1-3 van de bv). Dit laat aan duidelijkheid niets te wensen over. De beoordeling van de medische (on)mogelijkheid om de arbeid uit te voeren komt niet toe aan de werkgever.

Overigens betekent dit niet dat de werkgever de arbeidsongeschiktheid zoals geattesteerd door de behandelende arts van de werknemer zonder meer moet aanvaarden. De werkgever heeft de mogelijkheid om de arbeidsongeschiktheid te laten controleren door een controlearts.¹¹ Bv (...) heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. De bv had dus geen enkele grond om te vragen dat (...) toch zou komen werken ondanks de onmogelijkheid om te werken die haar artsen attesterden.

Bv (...) is in die houding blijven volharden. Bij de verlenging van de arbeidsongeschiktheid drong zij opnieuw aan dat (...) toch zou komen werken (zoals herhaald tijdens het opgenomen gesprek, stuk 8 van....)

In een tekstbericht per telefoon (sms) van 17 september 2018 wenst de bv (...) een "Fijn verlof verder..." (stuk 9 van ...). In het kader van een afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid om medische redenen kan dat niet anders worden gelezen dan als een cynisch en neerbuigend bericht waaruit ongeloof over de arbeidsongeschiktheid blijkt.

¹⁰ Artikel 31, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet

¹¹ Artikel 31, § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet

4.

Bv (...) heeft (...) ontslagen de eerste dag van haar werkhervatting na een afwezigheid van ruim twee maanden wegens arbeidsongeschiktheid. Zij was arbeidsongeschikt vanaf 6 augustus 2018. De eerste dag van de werkhervatting was 15 oktober 2018. Diezelfde dag verzond bv een opzeggingsbrief, gevolgd door een onmiddellijk ontslag op 16 oktober 2018.

5.

In een gesprek met (...) meldt (...) uitdrukkelijk dat de bv de beslissing nam om haar te ontslaan nadat zij bij het indienen van het attest tot verlenging van de arbeidsongeschiktheid weigerde toch te komen werken.

Tussen partijen is er discussie over het tijdstip waarop dit gesprek plaatsvond. Volgens (...) is dit een gesprek van 15 oktober 2018, op de dag van de werkhervatting. Volgens bv (...) had het gesprek nog een tweetal maanden later plaats. Deze discussie heeft geen belang. De inhoud van het gesprek is immers duidelijk en bewijst de discriminatie op basis van gezondheidstoestand. Het precieze tijdstip van het gesprek speelt daarin geen rol. De bv betwist de inhoud van de opname niet.

Volgende passage in het gesprek spreekt voor zich.(...) brengt in herinnering hoe hij na een maand afwezigheid contact opnam met (...), die hem meldde dat zij opnieuw een ziekte-attest had. Daarop herhaalt (...) hoe hij haar op dat moment heeft gevraagd om te komen werken en na de weigering van (...) besliste om haar te ontslaan.

"Ik heb terug, ik heb nog een ziektepapier van de dokter voor nog een maand. Ik zeg ja maar ondertussen kunt ge toch de telefoon komen opnemen en telefoons voor mij afspraken maken. Nee, nee, want ik heb een papier van de dokter.

Op dat ogenblik hebben wij beslist van u te ontslagen.

(...)

Dat is een beslissing van toen dat gij gezegd hebt dat ge niet naar hier kon komen omdat ge een papierke van de dokter hadt. Als mensen zo zeggen tegen ons dan zeggen wij, OK, die heeft geen hart voor de zaak. Voilà, zo simpel is dat. Mensen die dat ziek zijn, eh, die komen werken, want dat is het belangrijkste. En dat ziek zijn dat gaat vanzelf wel over met een paar pillekes en wat dingskes. Als ge nog de telefoon niet kunt oppakken, dan is het natuurlijk heel erg en erg gesteld. Voilà. En meer wil ik daar niet over kwijt."

(stuk 8 van....)

Verder in het gesprek bevestigt (...) ook nog dat hij de telefoon toelegt als de vakorganisatie van (...)contact opneemt en verwittigt hij haar dat zij van de bv geen betaling moet verwachten, zelfs wanneer zij een zaak voor de rechtbank zou winnen. Hij dreigt met het faillissement in dat geval.

(...) heeft in het gesprek bevestigd dat het ontslag is gegeven omdat (...) niet wilde komen werken tijdens haar arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Het arbeidshof zet hierboven reeds uiteen dat de bv geen grond had om dat te verwachten of eisen. Ontslag geven omwille van deze weigering, is een ontslag omwille van de actuele gezondheidstoestand. Het is immers de gezondheidstoestand van (...) die het voor haar onmogelijk maakte om te komen werken. Dat ontslag discrimineert haar ten aanzien van een persoon van wie de gezondheidstoestand het niet belet om te komen werken.

De discriminatie op basis van gezondheidstoestand staat vast.

6.

De feiten die het arbeidshof hierboven op een rijtje zet, doen minstens het bestaan van een discriminatie op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand vermoeden.

Zelfs als de discriminatie niet bewezen was -wat deze voor het arbeidshof wel is- zou bv door dit vermoeden moeten bewijzen dat er geen discriminatie was.

Bv (...) levert dat bewijs niet. De bv bewijst niet dat de gezondheidstoestand geen reden was voor het ontslag.

De bv beweert dat (...) de haar opgedragen taken niet naar behoren uitvoerde en dat zij "geen hart had voor de zaak". Dat laatste verwijt - geen hart hebben voor de zaak - komt inderdaad ook terug in het opgenomen gesprek. Het is in dat gesprek echter niet gekoppeld aan het zagezegd niet goed uitvoeren van de taken, maar wel enkel en alleen aan de weigering om tijdens de arbeidsongeschiktheid te werken. Die weigering is volgens de bv een bewijs van het feit dat (...) geen hart had voor de zaak. Aangezien de bv geen enkele grond had om te vragen dat (...) tijdens haar arbeidsongeschiktheid kwam werken, kan de bv. de weigering niet verwijten aan (...). Deze beging daarmee geen enkele tekortkoming.

Vóór het ontslag op 15 oktober 2018 heeft de bv op geen enkel ogenblik enige opmerking gemaakt over de prestaties van (...) met uitzondering van de weigering om te werken tijdens de arbeidsongeschiktheid. Ook in het opgenomen gesprek verwijst (...) niet naar een slechte uitvoering van de taken.

De bv heeft in de opzeggingsbrief en in de ontslagbrief geen reden gegeven voor het ontslag (stukken 4 en 5 van de bv).

Op het document C4 van 1 februari 2019 vermeldt bv (...) als reden voor de werkloosheid: "onverzoenbare meningsverschillen" (stuk 7 van ...). Dit is een andere reden dan het beweerde niet goed uitvoeren van de opgedragen taken. Overigens bewijst de bv ook geen onverzoenbare meningsverschillen, met uitzondering dan van het meningsverschil over de vraag of (...) tijdens de arbeidsongeschiktheid moest komen werken. Overigens verwijst de bv tot in haar syntheseconclusie in hoger beroep naar de "onwil tot werkhervatting" als een reden tot ontslag (blz. 12, midden van de syntheseconclusie).

7.

Dat ook bij het ontslag op geen enkel ogenblik sprake is van het slecht uitvoeren van de taken is verwonderlijk, aangezien bv (...) beweert dat zij op dat moment in het bezit was van twee klachtenbrieven van klanten, die zij thans voorlegt (stukken 6 en 7 van de bv).

Het arbeidshof twijfelt sterk aan de authenticiteit van deze brieven. In de eerste plaats is het verwonderlijk dat de bv deze stukken in de procedure voor de arbeidsrechtbank niet heeft neergelegd en daar geen melding van deze klachten heeft gemaakt. Zij komen pas twee jaar na het ontslag boven water, in de procedure voor het arbeidshof.

De data van deze brieven zijn daarnaast wel zeer toevallig, met name kort voor de start van de arbeidsongeschiktheid (2 augustus 2018, stuk 6 van de bv) en precies op de dag van de werkhervatting (15 oktober 2018, stuk 7 van de bv). Bovendien is in elke brief iets opgenomen dat moeilijk te rijmen valt met de datering ervan. In de brief van 2 augustus 2018 verwijst de heer (...) naar een telefoongesprek van "heden", dus op 2 augustus. Vervolgens schrijft hij "Nadien zijn wij nog langs geweest bij u op de zaak (...)". Een brief van 2 augustus 2018 kan moeilijk feiten bevatten die nadien hebben plaatsgevonden.

De brief lijkt minstens geantidateerd. (...) heeft bovendien opgezocht dat de schrijfwijze van de achternaam van de familie op het adres van de afzender (...) is, en niet (...). Het is inderdaad ongeloofwaardig dat degene die de brief heeft opgesteld, zijn eigen naam verkeerd heeft gespeld.

De brief van (...) is gedateerd op 15 oktober 2018. Dit is de datum van het ontslag.

De bv verduidelijkt niet hoe deze brief in haar bezit was voordat zij tot ontslag overging op die dag. Per post is het onmogelijk dat het deze brief haar de dag van het opstellen ervan zelf werd bezorgd.

Zelfs indien de brieven waarachtige klachten van klanten zijn, blijft overeind dat deze niet de reden zijn waarom de bv tot ontslag is overgegaan. De bv heeft nooit naar deze beweerde klachten verwezen. Zij

heeft er (...) niet mee geconfronteerd. De enige verwijten die zij heeft gemaakt, hadden betrekking op de weigering om te werken tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid.

8.

Als voor het ontslag ook andere redenen voorliggen dan de gezondheidstoestand, betekent dat overigens niet dat er geen sprake is van discriminatie wegens de gezondheidstoestand. Zelfs wanneer het ontslag slechts deels gebaseerd is op de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, is er een onderscheid in behandeling in de zin van de Antidiscriminatiewet.¹² Bv (...) toont niet aan dat een werknemer met een vergelijkbaar traject, maar zonder afwezigheid wegens medische arbeidsongeschiktheid en weigering om te werken tijdens de arbeidsongeschiktheid, ook zou zijn ontslagen.

9.

Bv (...) werpt op dat zij overging tot ontslag tijdens de arbeidsgeschiktheid (...), van en met name op de dag van de werkhervatting, zodat geen sprake zou kunnen zijn van een discriminatie op basis van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand.

Uit het opgenomen gesprek met (...) blijkt dat de ontslagbeslissing werd genomen toen de arbeidsongeschiktheid werd verlengd en toen (...) weigerde te komen werken tijdens de arbeidsongeschiktheid. Dat is aldus wel degelijk een beslissing genomen op basis van de op dat ogenblik "huidige" gezondheidstoestand.

Daarnaast interpreteert de bv de Antidiscriminatiewet te beperkt. Als bv (...) overgaat tot ontslag omdat (...) geen hart voor de zaak toont wanneer zij weigert te komen werken tijdens een arbeidsongeschiktheid en wacht met het ontslag tot de dag van de werkhervatting, dan toont dit de vrees van de bv voor dergelijke weigeringen tijdens arbeidsongeschiktheid in de toekomst of voor afwezigheid van het werk omwille van de gezondheidstoestand in de toekomst. Als we ervan uitgaan dat de ontslagbeslissing niet gebaseerd is op de huidige gezondheidstoestand -wat volgens het arbeidshof wel het geval is (zie hoger)- dan is alleszins sprake van een beslissing gebaseerd op de toekomstige gezondheidstoestand.¹³

2.3.2. (...) heeft recht een vergoeding van 16.932,32 euro.

1.

Het slachtoffer dat een schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen, heeft recht op een forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan het brutoloon 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 materiële en morele schade beperkt tot drie maanden brutoloon.¹⁴

De bv betwist niet dat de vergoeding overeenstemt met het loon voor zes maanden.

Er is inderdaad enkel een grond tot beperking van de schadevergoeding wanneer de ongunstige behandeling hoe dan ook was gebeurd, zelfs als het slachtoffer niet had beantwoord aan het criterium van onderscheid.¹⁵

¹² Zie: A. MORTIER en M. SIMON, "Licencier en raison des absences médicales passées: une discrimination?", JTT 2018, p. 88, nr. 22

¹³ Zie in die zin: A. MORTIER en M. SIMON, "Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination?", JTT 2018, p. 84, nrs. 10 en 13

¹⁴ Artikel 18, § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet

¹⁵ A. MORTIER en M. SIMON, "Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination?", JTT 2018, p. 89, nr. 24.

Dat betekent dat bv (...) ook tot ontslag zou zijn overgegaan zonder dat sprake was van afwezigheden wegens medische arbeidsongeschiktheid. Het arbeidshof overweegt hierboven reeds dat niet kan worden aangenomen dat de bv ook ontslag zou hebben gegeven aan een werknemer met een vergelijkbare houding die niet afwezig was wegens medische arbeidsongeschiktheid (zie hierboven 2.3.1. nr. 8).

2.

De bv betwist wel het basisloon voor de berekening.

Volgens de bv is de vergoeding gelijk aan zes maal het basismaandloon van 2.400,00 euro bruto.(...) houdt ook rekening met ecocheques en een sectorpremie.

De Antidiscriminatiewet bevat geen omschrijving van het loonbegrip.

Het arbeidshof hanteert het algemeen arbeidsovereenkomstenrechtelijke loonbegrip, volgens hetwelk loon de tegenprestatie is van arbeid. Dat omvat niet alleen het vast maandloon, maar ook andere voordelen die de tegenprestatie zijn van arbeid, zoals ecocheques en een sectorpremie.

(...) had op basis van haar deeltijdse tewerkstelling van meer dan vier vijfden van een voltijdse tewerkstelling inderdaad recht op de toekenning van ecocheques ter waarde van 250 euro per jaar.¹⁶ Zij heeft eveneens recht op de jaarlijkse premie, door haar sectorpremie genaamd, die zij opneemt in het basisloon.¹⁷

(...) heeft recht op de vergoeding die de arbeidsrechtbank toekende, 16.932,32 euro.

2.4. (...) heeft geen recht op de vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht

1.

Er is sprake van rechtsmisbruik wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die de grenzen overschrijdt van een normale uitoefening door een voorzichtige en zorgvuldige persoon.¹⁸

Rechtsmisbruik kan worden omschreven als de uitoefening van een recht, niet alleen met het enkele opzet om te schaden, maar eveneens op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bezorgde persoon, met andere woorden het abnormale gebruik van een recht wegens een kennelijke fout¹⁹ De loutere miskennis van de ontslagregels levert geen rechtsmisbruik op. Er moeten dus begeleidende omstandigheden van het ontslag worden bewezen die als foutief, kwaadwillig of onbetamelijk gedrag kunnen worden bestempeld. Er moet worden aangetoond dat de werkgever het ontslagrecht uitoefende op een manier die kennelijk afwijkt van het gedrag dat van een voorzichtige en zorgvuldige werkgever mag worden verwacht en dat op foutieve lichtzinnige wijze werd gehandeld. Er moet een bijzondere fout voorliggen, die losstaat van de eventuele fout bij het naleven van de regels rond de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

De werknemer die misbruik van ontslagrecht inroept dient de bijzondere fout aan te tonen.

¹⁶ Collectieve arbeidsovereenkomst van 9 juni 2016 gesloten in het aanvullend paritair comité voor de bedienden betreffende de ecocheques

¹⁷ Collectieve arbeidsovereenkomst van 9 juni 2016 gesloten in het aanvullend paritair comité voor de bedienden in het kader van de wet van 28 april 2015 tot instelling van de maximale marge voor de loonkostontwikkeling voor de jaren 2015- 2016 betreffende de koopkracht - jaarlijkse premie.

¹⁸ Vgl.: Cass. 10 september 1971, Arr. Cass. 1972, 32

¹⁹ Zie: D. CUYPERS, 'Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht revisited' in Actuele problemen van het arbeidsrecht 5, M. RIGAUX, en W. VAN EECKHOUTTE, eds., Gent, Mys & Breesch, 1997, nr. 205, p. 85; nr. 211, p. 93 en vgl. ook: Cass. 9 oktober 2007, JLMB 2018, noot

2. (...) levert het bewijs van een bijzondere fout.

Bv (...) heeft bij monde van (...) bevestigd dat de bv is overgegaan tot ontslag omdat (...) weigerde om te komen werken tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid. De bv heeft geen enkele grond om te vragen dat (...) tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid arbeid presteert. Het ontslag omwille van de weigering om te werken tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid wegens medische redenen is een represaillemaatregel die misbruik van recht vormt.

3.

Het arbeidshof kan slechts een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht toekennen voor andere schade dan deze die voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking, en dus voor schade die niet veroorzaakt is door het ontslag zelf, maar door met het ontslag gepaard gaande omstandigheden.²⁰

(...) moet deze schade bewijzen. Zij bewijst geen andere schade dan deze die gedekt is door een opzeggingsvergoeding en door de vergoeding wegens discriminatie op basis van gezondheidstoestand. Zij heeft geen recht op een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik.

2.5. Gedingkosten

Aangezien bv(...) op elk punt van de vordering de in het ongelijk gestelde partij is, dient zij de gerechtskosten te dragen.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, maar ongegrond.

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk, maar ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 12 oktober 2020 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout.

Veroordeelt bv (...) tot de betaling van de gerechtskosten in hoger beroep aan en begroot en vereffent deze kosten op 1.430,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen door:

Eva VAN HOORDE, raadsheer,

Peter AERTS, raadsheer in sociale zaken, werkgever,

Pascal DE BEL, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

en uitgesproken door de voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 8 december 2021 met bijstand van griffier Wendy HAES.

²⁰ Vgl.: Cass. 26 september 2005, JTT 2005, 494