



Repertoriumnummer

**2023 /**

Datum van uitspraak

**27 maart 2023**

Rolnummer

**2022/AH/135**

### Uitgifte

Uitgereikt aan

op  
€  
JGR

# Arbeidshof Antwerpen

## Afdeling Hasselt

Kamer 2

# Arrest

**AZ**, RRN 000, wonende te 3xxx K, Wxxx O,

met als raadsman mr. V R W, advocaat te G, die pleit

tegen:

**NV**, ON 0xxx, met zetel te 3xxx H, lxxx 00,

met als raadsman mr. RS, advocaat te H  
voor wie pleit mr. V R H , advocaat te H

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 28 juni 2022 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren.

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

## **1. ONTVANKELIJKHEID**

Op 28 juni 2022 werd er door de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, een vonnis uitgesproken.<sup>1</sup>

Het vonnis werd niet betekend.

Op 19 augustus 2022 legde mevrouw A Z een verzoekschrift tot hoger beroep neer op de griffie van het arbeidshof.

Met conclusie van 21 november 2022 tekende NV<sup>2</sup> incidenteel beroep aan.

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig ingesteld en zijn regelmatig naar de vorm.

Het hoger beroep en het incidenteel beroep zijn ontvankelijk. Het arbeidshof kan de grond van de zaak beoordelen.

## **2. FEITEN EN VOORAFGAANDE PROCEDURE**

---

<sup>1</sup> A.R. nr. 21/669/A

<sup>2</sup> hierna de NV genoemd

Met dagvaarding van 29 oktober 2021 vorderde mevrouw A de NV te veroordelen tot betaling van :

*“-een aanvullende opzeggingsvergoeding van 133,60 euro bruto;*

*-in HOOFDORDE een schadevergoeding wegens discriminatie van 6 maanden loon zijnde 21.963 euro ONDERGESCHIKT een schadevergoeding kennelijk onredelijk ontslag van 5.913,35 euro;*

*-heet feestdagenloon na het eind van de tewerkstelling begroot op 344,37 euro bruto te vermeerderen met 53,96 euro bruto vertrekvakantiegeld;*

*alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke dan wel vergoedende interest vanaf het verschuldigd zijn en de gerechtelijke interest vanaf de dagvaarding tot op het moment der effectieve betaling;*

*NV tevens te veroordelen tot de afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten in casu C4 met als motief discriminatoir ontslag, loonfiche en fiche 281.10 en dit binnen de maand na datum van het tussen te komen vonnis op straffe van een dwangsom van 50 euro per dag en per document vertraging;*

*NV tevens te veroordelen tot de kosten van het geding in hoofde van mevrouw A begroot op de dagvaardingskosten conform exploit, de bijdrage 20 euro Fonds tweedelijnsbijstand en de rechtsplegingsvergoeding basis bedrag zijnde 2.600 euro;*

*NV er het te wijzen vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, niettegenstaande de aanwending van welk rechtsmiddel ook en zonder borgstelling noch mogelijkheid tot kantonnement.”*

Met conclusies van 28 maart 2022 vorderde mevrouw A:

*“Na betaling na dagvaarding van de aanvullende opzeggingsvergoeding en het feestdagenloon (plus vertrekvakantiegeld daarop);*

*de NV te veroordelen tot de betaling aan mevrouw A:*

*-in HOOFDORDE een schadevergoeding wegens discriminatie van 6 maanden loon zijnde 21.963*

*euro;*

*-ONDERGESCHIKT een schadevergoeding kennelijk onredelijk ontslag van 5.913,35 euro;*

*alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke dan wel vergoedende interest vanaf het verschuldigd zijn en de gerechtelijke interest vanaf de dagvaarding tot op het moment der effectieve betaling;*

*de NV tevens te veroordelen tot de afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten in casu C4 met als motief discriminatoir ontslag, loonfiche en fiche 281.10 en dit binnen de maand na datum van het tussen te komen vonnis op straffe van een dwangsom van 50 euro per dag en per document vertraging;*

*de NV tevens te veroordelen tot de kosten van het geding in hoofde van mevrouw A begroot op de dagvaardingskosten conform exploit zijnde 206,58 euro, de bijdrage 20 euro Fonds tweedelijnsbijstand en de rechtsplegingsvergoeding basis bedrag zijnde 2.600 euro samen 2.825,58 euro;*

*de NV er het te wijzen vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, niettegenstaande de aanwending van welk rechtsmiddel ook en zonder borgstelling noch mogelijkheid tot kantonnement.”*

Met conclusies van 11 mei 2022 vorderde de NV:

*“De vordering tot betaling van een aanvullende verbrekingsvergoeding en tot het betalen van feestdagenloon en het vakantiegeld erop zonder voorwerp te verklaren.*

*Voor het overige de vorderingen van mevrouw A ontvankelijk doch ongegrond te verklaren.*

*Mevrouw A te veroordelen tot betaling van alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding die alhier begroot wordt op € 2.600.”*

Met vonnis van 28 juni 2022 oordeelde de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, als volgt:

*“Verklaart de vordering ontvankelijk en ongegrond;*

*Veroordeelt mevrouw Z A tot betaling van de kosten van het geding;*

*Vereffent de kosten ten aanzien van mevrouw A op € 206,58 kosten dagvaarding (met inbegrip van € 20,00 bijdrage fonds tweedelijnsbijstand) en € 2.600,00 rechtsplegingsvergoeding en ten aanzien van NV op € 2.600,00 rechtsplegingsvergoeding”*

Tegen dit vonnis van 28 juni 2022 tekende mevrouw A op 19 augustus 2022 beroep aan.

Met conclusie van 21 november 2022 tekende de NV incidenteel beroep aan.

### **3. EISEN IN HOGER BEROEP**

Mevrouw A vordert in haar laatste conclusies neergelegd op 16 december 2022:

*“het hoger beroep van mevrouw A ontvankelijk en gegrond te verklaren;*

*de NV te veroordelen tot de betaling aan mevrouw A:*

*-in hoofdde een schadevergoeding wegens discriminatie van 6 maanden loon zijnde 21.963 euro ondergeschikt een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van 5.913,35 euro alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke dan wel vergoedende interest vanaf het verschuldigd zijn en de gerechtelijke interest vanaf de dagvaarding tot op het moment der effectieve betaling;*

*de NV tevens te veroordelen tot de afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten in casu C4 met als motief discriminatoir ontslag, loonfiche en fiche 281.10 en dit binnen de maand na datum van het tussen te komen arrest op straffe van een dwangsom van 50 euro per dag en per document vertraging;*

*de NV tevens te veroordelen tot de kosten van het geding in hoofde van mevrouw A begroot op de dagvaardingskosten conform exploit zijnde 206,58 euro, de bijdrage 20 euro Fonds tweedelijnsbijstand en de rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg basis bedrag zijnde 2.600 euro, de bijdrage Fonds Tweedelijnsbijstand beroep 22 euro en het basisbedrag rechtsplegingsvergoeding beroep 3.000 euro samen 5.848,58 euro;”*

De NV vordert in haar laatste conclusies neergelegd op 30 januari 2023:

*“In hoefdorde:*

*Het hoger beroep van mevrouw A nietig te verklaren.*

*Mevrouw A te veroordelen tot betaling van alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding die alhier begroot wordt op:*

- € 2.600 (eerste aanleg);
- € 3.000 (beroepsprocedure).

*In ondergeschikte orde:*

*Minstens het hoger beroep van mevrouw A nietig te verklaren in zoverre het betrekking heeft op de vordering tot schadevergoeding wegens vermeend kennelijk onredelijk ontslag.*

*Alleszins – en/of minstens – het volledige hoger beroep van mevrouw A af te wijzen als ongegrond. Het incidenteel hoger beroep van ontvankelijk en gegrond te verklaren. Mevrouw A te veroordelen tot betaling van alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding die alhier begroot wordt op:*

- € 2.600 (eerste aanleg);
- € 3.000 (beroepsprocedure).”

#### **4. TEN GRONDE**

##### **4.1 De feiten**

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

Mevrouw A trad op 1 januari 2020 in dienst van de NV met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur voor bedienden. Zij werkte deeltijds (met name 4/5de of 31,20/39 uren) en zij bekleedde de functie van “HR-coördinator”.<sup>3</sup>

Vanaf 19 oktober 2020 was mevrouw A ononderbroken arbeidsongeschikt wegens ziekte. Het laatste medisch attest dateerde van 19 april 2021 en had betrekking op de periode van 1 mei 2021 tot en met 3 juli 2021.<sup>4</sup>

Bij aangetekend schrijven van 4 mei 2021 ging de NV over tot de verbreking van de arbeidsovereenkomst van mevrouw A, met uitbetaling van een verbrekingsvergoeding.

---

<sup>3</sup> stuk 1 mevrouw Aktas

<sup>4</sup> stukken 13 mevrouw Aktas

Deze brief als volgt:<sup>5</sup>

*"Geachte mevrouw A,*

*Met dit schrijven delen wij u mee dat wij beslist hebben om de arbeidsovereenkomst die ons bindt met onmiddellijke ingang te beëindigen.*

*De bedragen waarop u gerechtigd bent zullen u binnen de wettelijke termijn worden uitbetaald.*

Bij aangetekend schrijven van 31 mei 2021 vroeg mevrouw A aan de NV om haar ontslagmotivering in het kader van cao nr. 109 mede te delen.<sup>6</sup>

Bij schrijven van 23 juli 2021 gaf de NV volgende ontslagmotivering:<sup>7</sup>

*"(-) U oefende de functie uit van HR coördinator sinds 1 januari 2020 en dat op basis van een deeltijdse arbeidsovereenkomst voor bedienden, ondertekend op 17 december 2019.*

*Reeds tijdens de duur van uw arbeidsovereenkomst deden wij voor de loonadministratie een beroep op een sociaal secretariaat (L).*

*Tijdens de periode dat u langdurig afwezig was heeft het sociaal secretariaat ons geattendeerd op hun dienst HR Support in de vorm van een freelance consultant. Wij hebben vervolgens een freelance HR consultant, onder contract bij ons sociaal secretariaat L, ingezet om het HR-beleid en de payroll binnen onze firma voor hun rekening te nemen. Wij zijn hier erg tevreden over.*

*Deze performante dienstverlening alsook de kostprijs heeft ons ertoe doen besluiten om het HR-beleid blijvend uit te besteden en om deze functie niet langer intern in te vullen.*

*Dit heeft tot gevolg gehad dat uw functie komt te vervallen. Bijgevolg werd er beslist om een einde te stellen aan uw arbeidsovereenkomst.*

*(-)"*

Bij aangetekend schrijven van 30 augustus 2021 stelde de raadsman van mevrouw A de NV in gebreke in betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding en het feestdagenloon voor de feestdagen binnen de 30 dagen na datum van het ontslag. Verder werd onder meer een schadevergoeding wegens discriminatie van 6 maanden loon gevorderd omdat mevrouw A ontslagen zou zijn geworden omwille van haar gezondheidstoestand. In ondergeschikte orde werd een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gevorderd.<sup>8</sup>

Bij officieel schrijven van haar raadsman van 16 september 2021 betwistte de NV dat er sprake was van discriminatie of van een kennelijk onredelijk ontslag. De betaling van aanvullende opzeggingsvergoeding daarentegen werd toegezegd.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> stuk 2 mevrouw A

<sup>6</sup> stuk 6 mevrouw A

<sup>7</sup> stuk 7 mevrouw A

<sup>8</sup> stuk 9 mevrouw A

<sup>9</sup> stuk 10 mevrouw A

Op 29 oktober 2021 ging mevrouw A over tot dagvaarding van de NV.

Bij officieel schrijven via emailbericht van haar raadsman van 3 november 2021 liet de NV aan de raadsman van mevrouw A weten een aanvullende verbrekingsvergoeding te hebben betaald. De aangepaste loonbrief werd bijgevoegd.<sup>10</sup>

#### **4.2 Het verzoekschrift hoger beroep zoals neergelegd op 19 augustus 2022 is ontvankelijk**

De NV stelt dat het verzoekschrift hoger beroep zoals neergelegd door mevrouw A ter griffie van dit arbeidshof onontvankelijk zou zijn om reden dat dit geen grieven zou bevatten. De NV beweert in haar belangen te zijn geschaad.

Het arbeidshof oordeelt dat het verzoekschrift hoger beroep zoals neergelegd door mevrouw A wel degelijk de grieven tegen het vonnis van de eerste rechters bevat. Naast een omstandige weergave van de feiten vermeldt mevrouw A uitdrukkelijk met welke bepalingen van het vonnis van de eerste rechters zij niet akkoord gaat en vordert zij dientengevolge haar hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en aldus het vonnis te vernietigen.

Daarenboven dient te worden benadrukt dat de belangenschade sinds de zogeheten Potpourriwet I<sup>11</sup> wordt verheven tot het essentiële toetsingscriterium voor (alle) procedurele nietigheden. Belangenschade moet worden bewezen door de partij die de nietigheid opwerpt. Zij moet meer precies aantonen dat door het vormgebrek haar belangen zijn geschaad. De relevante belangenschade is beperkt tot de belangen van de partij die de nietigheid opwerpt binnen de eigenlijke procedure. Het is dus vereist dat het verzuim of de onregelmatigheid de partij die de nietigheid opwerpt daadwerkelijk heeft gehinderd in de uitoefening van haar (procedurele) rechten bij de rechtspleging waarbinnen het verzuim of de onregelmatigheid is begaan. De rechter mag geen nietigheidssanctie uitspreken indien er een herstelmogelijkheid bestaat.

Het arbeidshof oordeelt dat de door de NV ingeroepen nietigheid haar belangen niet heeft geschaad om onderstaande redenen.

Met betrekking tot de in artikel 1057 Ger. W. bedoelde vereiste dat het verzoekschrift op straffe van nietigheid het onderwerp en een korte samenvatting van de middelen van de vordering bevat dient belangenschade te worden aangetoond. De nietigheidssanctie geldt enkel indien het verzoekschrift het recht van verdediging van de verwerende partij schaadt.

De NV toont geen belangenschade aan. Het blijkt immers dat mevrouw A zowel in haar verzoekschrift als in haar latere besluiten, zoals neergelegd ter griffie van dit arbeidshof, haar standpunt (verder) heeft toegelicht en de NV hierop heeft kunnen antwoorden.

De rechten van verdediging van de NV werden op geen enkele wijze geschaad.

---

<sup>10</sup> stuk 8 NV

<sup>11</sup> Wet 19 oktober 2015 houdende wijzigingen van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS 22 oktober 2015*, 65.084.

#### **4.3 Het “incidenteel beroep” van de NV is onontvankelijk**

Met vonnis van 28 juni 2022 verklaarde de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, de vordering van mevrouw A zowel in hoofdorde als in ondergeschikte orde ongegrond.

Niettemin tekende de NV (beperkt) incidenteel beroep aan. Zij is van oordeel dat:

- “• De rechtbank had moeten oordelen dat het feit dat het ontslag plaatsvond tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid, géén feit is dat het bestaan van discriminatie kan doen vermoeden.*
- Daarnaast oordeelde de rechtbank in strijd met de bijzondere bewijslastregeling van de Antidiscriminatiewet dat er bij gebrek aan bewijs van feiten die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden, alsnog – op basis van de gemeenrechtelijke bewijsregels – zou moeten worden nagegaan of mevrouw A een bewijs levert van discriminatie.”*

Wanneer een procespartij in eerste aanleg gelijk heeft gekregen doch van oordeel is dat de motieven niet correct zijn, geeft dit haar niet het vereiste belang om hoger beroep in te stellen. Een procespartij kan wel belang hebben om op te komen tegen motieven die haar schaden en dit in zoverre deze motieven gezag van gewijsde hebben en de belangen van een procespartij schaden.<sup>12</sup>

De NV toont evenwel geen motieven aan in het vonnis van de eerste rechters die haar belangen zouden kunnen schaden.

Het beperkt incidenteel beroep van de NV is bij gebreke aan belang onontvankelijk.

#### **4.4 Er is geen vermoeden van discriminatie, er is geen vergoeding wegens discriminatie (discriminatie op basis van huidige of toekomstige gezondheidstoestand) verschuldigd**

Mevrouw A stelt dat zij ontslagen werd omwille van haar gezondheidstoestand, waardoor de NV het discriminatieverbod zoals voorzien in de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie<sup>13</sup> heeft geschonden.

De Antidiscriminatiewet verbiedt discriminatie bij een ontslagbeslissing op basis van o.m. de huidige of toekomstige gezondheidstoestand.<sup>14</sup> Deze wet is onder meer van toepassing op de arbeidsbetrekkingen in de particuliere sector.<sup>15</sup> Er is tussen partijen geen discussie over de toepasselijkheid van de wet.

Een direct onderscheid is gedefinieerd als de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou

---

<sup>12</sup> zie J. LAENENS e.a., *Handboek Gerechtelijk recht*, Intersentia, Antwerpen, 2020, nr. 1539 met o.a. verwijzing naar A. DECROES, “Recevabilité de l’appel: qualité et l’interêt”, *RCJB* 2004, 382-384

<sup>13</sup> hierna de Antidiscriminatiewet genoemd

<sup>14</sup> artikelen 3 en 5, § 2, 3° van de Antidiscriminatiewet

<sup>15</sup> artikel 5, § 1, 5° van de Antidiscriminatiewet



worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

Bij een indirect onderscheid op grond van een handicap, moet worden aangetoond dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.<sup>20</sup> “Handicap” kan worden begrepen als “een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert.” Het omvat de gevallen waarin de deelneming aan het beroepsleven gedurende een lange periode wordt belemmerd. Een beperking kan dus slechts als een “handicap” worden opgevat indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is.<sup>21</sup> In de voorliggende zaak wordt geen onderscheid op basis van handicap aangevoerd of aangetoond. De discussie over de redelijke aanpassingen rijst dus niet.

De Antidiscriminatiewet voorziet in 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.<sup>22</sup>

*“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 :*

---

<sup>16</sup> artikel 4, 6° van de Antidiscriminatiewet

<sup>17</sup> artikel 4, 8° van de Antidiscriminatiewet

<sup>18</sup> artikel 4, 4° en 7 van de Antidiscriminatiewet

<sup>19</sup> artikel 9 van de Antidiscriminatiewet

<sup>20</sup> artikel 9, tweede streepje van de Antidiscriminatiewet

<sup>21</sup> HvJ 11 juli 2006, nr. C-13/05, Chacón Navas/Eurest Colectivadas SA, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), zie ook: F. SINE en I. VERHELST, “Tien jaar antidiscriminatiewetgeving voor de Belgische arbeidsgerechten: wat maakt het verschil?”, *Or.* 2017/5, p. 32-33 en de aldaar besproken rechtspraak

<sup>22</sup> artikel 28 § 1 van de Antidiscriminatiewet

*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.”<sup>23</sup>*

Samen met de eerste rechters is het arbeidshof van oordeel dat mevrouw A geen feiten aanvoert die doen vermoeden dat zij werd ontslagen omwille van haar ziekte-toestand.

Het loutere feit dat het ontslag zich situeert in een periode van arbeidsongeschiktheid volstaat niet als een feit dat discriminatie doet vermoeden. Niets belet de werkgever immers om een werknemer te ontslaan tijdens of kort na een periode van (langdurige) arbeidsongeschiktheid evenwel op voorwaarde dat het motief van het ontslag niet gebaseerd is op discriminerende gronden.

Dat de NV mevrouw A zou hebben ontslagen om reden dat zij ziek (of langdurig afwezig) was blijkt nergens uit.

Aan de NV kan immers niet worden verweten dat zij tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens ziekte en aldus tijdens de afwezigheid van mevrouw A maatregelen heeft genomen om de continuïteit van de werking van de onderneming te verzekeren. De NV heeft ervoor geopteerd om tijdens de afwezigheid van mevrouw A beroep te doen op een zelfstandige *HR consultant*, mevrouw N W, via haar sociaal secretariaat. Uit het feitenrelaas zoals door beide partijen uiteengezet had de NV reeds een uitgebreide en goede ervaring met het inzetten van een zelfstandige *HR consultant*.

Dergelijke maatregelen houden geen verband met het motief van de afwezigheid, zijn niet gerelateerd aan de ziekte van de afwezige werknemer en kunnen ook niet worden gekwalificeerd als een “*ongunstige behandeling*” van de afwezige werknemer, laat staan als een encensering met de bedoeling de werknemer overbodig te maken.

Mevrouw A verwijst daarnaast niet naar andere feiten die discriminatie zouden kunnen doen vermoeden.

De NV heeft steeds voorgehouden dat er gewijzigde omstandigheden waren binnen de onderneming<sup>24</sup>. In de motivering van het ontslag wordt dit verduidelijkt in die zin dat werd vermeld dat de functie van mevrouw A kwam te vervallen zodat een einde diende gemaakt te worden aan de arbeidsovereenkomst.<sup>25</sup> Het blijkt effectief dat mevrouw A niet door een andere werknemer werd vervangen en dat de NV ervoor opteerde om (terug) met een zelfstandige *HR consultant* te gaan samenwerken. Dit is een beleidsbeslissing van de onderneming die geen vermoeden van discriminatie inhoudt. Eenzelfde beslissing had kunnen

---

<sup>23</sup> Artikel 28 §2 en 3 van de Antidiscriminatiewet

<sup>24</sup> Formulier C4, stuk 3 NV, stuk 3 mevrouw A

<sup>25</sup> Stuk 5 NV, stuk 7 mevrouw A

genomen worden zonder dat er van enige afwezigheid wegens ziekte sprake was. Dat initieel niet aan mevrouw A werd voorgesteld om verder als zelfstandige aan de slag te gaan maar dat een andere zelfstandige, mevrouw N W, werd gecontracteerd is bij de beoordeling van discriminatie irrelevant nu in beide gevallen hoe dan ook eerst aan de bestaande arbeidsovereenkomst met mevrouw A een einde diende gesteld te worden.

Gelet op het voorgaande is het hoger beroep van mevrouw A niet gegrond wat haar vordering in hoofdde betrefte.

#### **4.5 mevrouw A heeft recht op een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag**

Artikel 8 van cao nr. 109 van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag<sup>26</sup> definieert het kennelijk onredelijk ontslag als *“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.”*

Luidens de commentaar bij artikel 8 van cao nr. 109 heeft de toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag geen betrekking op de omstandigheden van het ontslag. De rechtbank toetst of de redenen al dan niet verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer en of zij berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming. De sociale partners beklemtonen dat de toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag enkel betrekking heeft op de redenen die geleid hebben tot het ontslag:

*“De toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag heeft geen betrekking op de omstandigheden van het ontslag. Men toetst of de redenen al dan niet verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of zij berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en of de beslissing nooit zou genomen zijn door een normale en redelijke werkgever.”<sup>27</sup>*

De uitoefening van het ontslagrecht van de werkgever wordt afgetoetst aan hetgeen de uitoefening ervan zou zijn door een normale en redelijke werkgever. In de commentaar bij artikel 8 van cao nr. 109 zelf is aangestipt dat het een marginale toetsing betreft omdat de werkgever tot op grote hoogte vrij is te beslissen over wat redelijk is.

In de rechtsleer wordt opgemerkt dat de vereiste ontslagreden niet van die aard mag zijn dat een normale en redelijke werkgever nooit tot het ontslag zou hebben beslist, een bijkomende toepassingsvoorwaarde van het kennelijk onredelijk ontslag is: zelfs wanneer het ontslag wordt gegeven om een reden die geen verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer en evenmin gesteund is op de noodwendigheden van de onderneming, zal het

---

<sup>26</sup> hierna de cao nr. 109 genoemd

<sup>27</sup> cao nr. 109, commentaar bij artikel 8.

ontslag toch niet kennelijk onredelijk zijn, zolang niet eveneens bewezen is dat een normale en redelijke werkgever dezelfde ontslagbeslissing nooit zou hebben genomen.<sup>28</sup>

Ook W V E wijst op de dubbele toetsing: in eerste instantie moeten de redenen worden getoetst, met name of zij in beginsel wel in aanmerking komen, m.a.w. of het wel gaat om persoons- of bedrijfsgebonden redenen. Bovendien moet het ontslag worden getoetst aan de uitoefening van dat recht door een normale en redelijke werkgever. Hij merkt daarbij op dat de bijzin *“en waartoe nooit zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever”* weinig toevoegt aan de vereisten voor kennelijk onredelijk ontslag in de gevallen waarin het ontslag wordt gegeven om persoonsgebonden redenen. *“Verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer”* moet men lezen als *“geen kennelijk onredelijk verband”* of *“zonder dat het motief dat verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer, kennelijk onredelijk is.”* Dat strookt met de rechtspraak van het Hof van Cassatie over willekeurig ontslag.<sup>29</sup>

In het verslag bij cao nr. 109 luidt het dat de werkgever wel het recht heeft om te beslissen over de belangen van zijn onderneming, maar dat dat recht niet op onvoorzichtige en onevenredige wijze mag worden uitgeoefend.

Artikel 10 van cao nr. 109 regelt de verdeling van de bewijslast tussen de werkgever en de werknemer. Als de werkgever de redenen van het ontslag heeft meegedeeld in antwoord op de vraag daartoe van de werknemer of uit eigen beweging, draagt de partij die iets aanvoert daarvan de bewijslast. De werkgever kan tijdens een procedure voor de rechter inzake kennelijk onredelijk ontslag andere ontslagredenen aanvoeren dan die welke hij spontaan meedeelde aan de werknemer. De bewijslast van deze ontslagredenen berust in dat geval volledig op de werkgever.<sup>30</sup>

De NV motiveerde het door haar doorgevoerde ontslag. Aldus moet elke partij die iets aanvoert daarvan het bewijs leveren.

Het arbeidshof oordeelt dat de NV de ontslagredenen die verband houden met het gedrag of de geschiktheid van mevrouw A of de noodwendigheden van de onderneming niet bewijst.

Aangaande het gedrag of de geschiktheid van mevrouw A blijkt nergens uit dat zij haar functie niet goed zou vervuld hebben en/of er (ernstige) opmerkingen waren op haar gedrag. Mevrouw A heeft tijdens de ganse duur van haar tewerkstelling nooit een ingebrekestelling ontvangen of een verwittiging gekregen met betrekking tot haar functioneren. De verklaring die de NV in dat verband voorlegt van een leverancier, mevrouw S van A<sup>31</sup>, overtuigt het arbeidshof niet nu vanuit de NV zelf nooit enige opmerking op het werk van mevrouw A werd

---

<sup>28</sup> G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc. Kron.* 2014, 134.

<sup>29</sup> Zie: “Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag”, *TSR* 2015/4, 720-721 en vgl.: Cass. 22 november 2010, *JTT* 2011, afl. 1085, 3, concl. R. MORTIER.

<sup>30</sup> G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, *o.c.*, 135.

<sup>31</sup> Stuk 19 NV

gegeven gedurende haar tewerkstelling. Dat zij wel degelijk geschikt was het haar opgedragen werk uit te voeren kan bovendien voldoende worden afgeleid uit het feit dat mevrouw A eerst als zelfstandige en pas daarna als werknemer voor de NV heeft gewerkt.

Hoofdredekenen voor het ontslag van mevrouw A bestaan volgende de NV uit het voordelige uurtarief, de performante dienstverlening en de organisatorische voordelen van de uitbesteding van de HR-ondersteuning. Deze redenen zouden haar hebben doen besluiten om het personeelsbeleid blijvend uit te besteden en niet langer een interne *HR coördinator* in te schakelen. Aldus kwam de functie van mevrouw A vanuit die beslissing te vervallen.

De realiteit van de doorgevoerde reorganisatie staat als zodanig niet ter discussie en de NV heeft mevrouw A na haar ontslag niet vervangen door een ander personeelslid. Deze vaststelling volstaat echter niet als bewijs dat het gegeven ontslag volkomen berust op de noodwendigheid van de onderneming.

De NV verwijst zoals vermeld naar de kostenbesparing die zij realiseerde. Wat dit aspect betreft moet worden opgemerkt dat de beweerde “kostenbesparing” op geen enkele wijze door de NV wordt bewezen. Er wordt weliswaar beweerd dat het sociaal secretariaat, L, voor de prestaties van mevrouw W een tarief van 75,00 euro per uur aanrekenet en dat er in het kader van de uitbesteding minder uren gepresteerd werden dan het regime van 31,20 euro per week waarin mevrouw A tewerkgesteld was doch enige factuur die zulks aannemelijk maakt, noch wat de kostenbesparing, noch wat het aantal gepresteerde uren betreft, wordt door haar voorgelegd.

Het arbeidshof besluit uit het gebrek aan het voorleggen van enig overtuigend stuk dat noch de kostenbesparing noch de organisatorische voordelen door de NV worden bewezen.

Indien een ingeroepen ontslagmotief niet bewezen is, bestaat deze ook niet waardoor het ontslag zonder enige reden plaatsvond wat het per definitie ook kennelijk onredelijk maakt.<sup>32</sup>

Artikel 19, § 2 van cao nr. 109 voorziet in een schadevergoeding van minimaal drie en maximaal zeventien weken loon. De werknemer kan ook een hogere reële schade bewijzen. Luidens de commentaar bij artikel 9 van cao nr. 109 hangt de hoogte van de schadevergoeding af van de gradatie van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.

Het arbeidshof acht een vergoeding gelijk aan zeven weken loon passend gelet op de gradatie van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag zoals die blijkt uit de overwegingen hierboven. Het arbeidshof houdt daarbij ook rekening met de anciënniteit, die vrij beperkt is.

---

<sup>32</sup> W. VAN ECKHOUTTE, “kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag”, TSR 2015, afl. 4,719.

Wat de becijfering van deze vergoeding betreft werden door de NV geen argumenten ontwikkeld, zodat het gevorderde bedrag kan worden toegekend.

#### **4.6 Afgifte sociale documenten**

De NV moet overgaan tot afgifte van de sociale documenten, opgesteld conform hetgeen het beslist werd in dit arrest.

Er zijn geen redenen die het noodzakelijk of passend maken om aan de aflevering van deze documenten een dwangsom te koppelen.

#### **4.7 De gevorderde intresten**

Mevrouw A vordert terecht de wettelijke intresten op de aanvullende opzeggingsvergoeding. Deze intresten zijn verschuldigd vanaf de datum van het ontslag tot aan de datum van de betaling hetzij 2 november 2021.

Op de hoger toegekende vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag zijn de wettelijke intresten verschuldigd.

#### **4.8 De gedingkosten**

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 1017, eerste lid Gerechtelijk Wetboek verwijst ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten.

De NV als de in het ongelijk gestelde partij dient de gedingkosten te dragen zowel wat de procedure voor de arbeidsrechtbank als het arbeidshof betreft.

### **BESLISSING**

#### **Het arbeidshof,**

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Verklaart het incidenteel beroep onontvankelijk.

Vernietigt het vonnis van 28 juni 2022 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren.

Opnieuw wijzende,

Verklaart de vordering van mevrouw A tot het bekomen van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ontvankelijk en gegrond.

Veroordeelt de NV tot de betaling aan mevrouw A van een bedrag van 5.913,34 euro vergoeding kennelijk onredelijk ontslag, te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf de datum van opeisbaarheid en met de gerechtelijke intresten vanaf 29 oktober 2021 en te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing voor zover verschuldigd en effectief overgemaakt aan de bevoegde instanties.

Veroordeelt de NV tot de betaling aan mevrouw A van de wettelijke intresten op de aanvullende opzeggingsvergoeding vanaf de datum van het ontslag tot aan de datum van de betaling hetzij 2 november 2021.

Wijst het meergevorderde af als ongegrond.

Veroordeelt de NV tot de betaling van de gerechtskosten aan mevrouw A.

Begroot en vereffent deze gerechtskosten in hoofde van mevrouw A als volgt:

- de dagvaardingskosten conform exploit zijnde 206,58 euro (in eerste aanleg)
- de bijdrage 20,00 euro Fonds tweedelijnsbijstand (in eerste aanleg)
- de rechtsplegingsvergoeding basis bedrag zijnde 2.600,00 euro (in eerste aanleg)
- de bijdrage Fonds Tweedelijnsbijstand beroep 22,00 euro (beroepsprocedure)
- het basisbedrag rechtsplegingsvergoeding beroep 3.000,00 euro (beroepsprocedure)

Aldus gewezen door:

C R, raadsheer,

M I, raadsheer in sociale zaken, werkgever,

J L, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

M I

J L

C R

en uitgesproken door de voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt, zitting houdend te Hasselt in openbare terechtzitting van 27 maart 2023 met bijstand van griffier K V.

K V

C R