

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN VAN 26 JUNI 2023

Afdeling Antwerpen

Kamer 3

T. BV,¹ ON (...), met zetel te (...),

met als raadsman mr. DUFAUX Peter, advocaat te HASSELT, die pleit,

tegen:

H. K. , RRN (...), wonende te (...),

verschenen in persoon en bijgestaan door mevrouw V. L., afgevaardigde van een representatieve vakorganisatie met volmacht, die pleit.

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 23 februari 2022 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.² De zaak was daar gekend onder A.R. nr. 21/2891/A.

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

I. ONTVANKELIJKHEID

Het vonnis van 23 werd niet betekend.

Op 13 mei 2022 legde T. het verzoekschrift tot hoger beroep neer. T. tekende tijdig beroep aan. Het verzoekschrift tot hoger beroep is regelmatig naar de vorm

¹ Hierna T. genoemd

² Hierna de arbeidsrechtbank genoemd

Het hoger beroep is ontvankelijk. Het arbeidshof kan de zaak beoordelen.

Met brief van 5 april 2023 deelde het openbaar ministerie mee dat het niet zou tussenkomen.

II. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Met een verzoekschrift neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank op 23 december 2021, startte K. H. een procedure tegen T. . K. H. vorderde :

1. Verzoeker akte te verlenen van de neerlegging van huidig verzoekschrift in uw handen en partijen voor u op te roepen op dag en uur door u/de griffie te bepalen;
2. de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren;
3. in hoofdde verweerder te veroordelen om aan verzoeker te betalen:
 - * 17.168,97 euro bruto schadevergoeding wegens ontslag op grond van handicap;
 - * 17.168,97 euro bruto schadevergoeding wegens weigering van redelijke aanpassingen;vermeerderd met de wettelijke en gerechtelijke intresten en verminderd met de wettelijk verplichte sociale en / of fiscale inhoudingen.
4. in ondergeschikte orde verweerder te veroordelen om aan verzoeker een schadevergoeding te betalen van 11.225,86 euro bruto wegens kennelijk onredelijk ontslag; vermeerderd met de wettelijke en gerechtelijke intresten en verminderd met de wettelijk verplichte sociale en / of fiscale inhoudingen.

Verweerder te veroordelen tot de gerechtskosten, waaronder 22 euro bijdrage voor het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand;

Verweerder eveneens te veroordelen tot afgifte van de desbetreffende sociale en fiscale documenten en dit binnen de wettelijk voorziene termijn, zijnde:

- 1) de verbeterde loonbrieven
- 2) het tewerkstellingsattest
- 3) een afschrift van de individuele rekening binnen de 2 maanden na de betaling
- 4) de fiscale loonfiche nr 281.10 voor 1 maart van het jaar volgend op het jaar van betaling en
- 5) een verbeterd C4-formulier

en dit telkens op verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document nadat de wettelijk voorziene termijn met één maand zal overschreden zijn met een maximum van 2.000 euro.

Het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, spijs welk rechtsmiddel ook, zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van elk vermogen tot kantonnement."

Partijen namen geen conclusie voor de arbeidsrechtbank.

Met vonnis van 23 februari 2022 besliste de arbeidsrechtbank als volgt:

“ Na beraadslaging beslist de rechtbank bij verstek van de verwerende partij als volgt:

De rechtbank:

- verklaart de vordering van de eisende partij toelaatbaar en gegrond zoals hierna bepaald.
- veroordeelt de verwerende partij om aan de eisende partij te betalen:
- 17 168,97 euro bruto schadevergoeding wegens ontslag op grond van handicap (sic)
- 17 168,97 euro bruto schadevergoeding wegens weigering van redelijke aanpassingen

te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing voor zover verschuldigd en effectief overgemaakt aan de betrokken instanties, te vermeerderen met de verwijlintresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf de respectievelijke data van

eisbaarheid tot de dag dat de som volledig betaald is. De intresten dienen te worden berekend op het bruto bedrag.

- veroordeelt de verwerende partij om aan de eisende partij af te leveren binnen de maand na betekening van dit vonnis of - in voorkomend geval - binnen de hierna specifiek voorziene termijn en rekening houdend met de inhoud van dit vonnis:

- de verbeterde loonbrieven
- het tewerkstellingsattest
- een afschrift van de individuele rekening binnen de 2 maanden na de betaling
- de fiscale loonfiche nr 281.10 voor 1 maart van het jaar volgend op het jaar van betaling
- een verbeterd C4-formulier

en dit onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per document en per dag vertraging en met een maximum van 2.000 euro.

- veroordeelt de verwerende partij tot de kosten van het geding. Aan de zijde van de eisende partij worden deze vastgesteld op 22 euro bijdrage aan het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand. Aan de zijde van de verwerende partij worden deze niet vastgesteld bij gebrek aan opgave."

III. AANSPRAKEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 23 januari 2023 vordert T. :

"In hoofdde

- De vordering van T. 8V als ontvankelijk en gegrond te beschouwen;
- Te oordelen dat de opname van het gesprek d.d. 2 september 2020 tussen dhr. H. en dhr. V. geweerd dient te worden als bewijs.
- Het bestreden vonnis d.d. 23 februari 2022, gekend onder het rolnummer 21/2891/A te vernietigen en opnieuw rechtdoende te willen zeggen dat T. BV noch een schadevergoeding ten bedrage van 17.168,97 euro bruto verschuldigd is wegens ontslag op grond van handicap, noch een schadevergoeding ten bedrage van 17.168,97 euro bruto verschuldigd is wegens weigering van redelijke aanpassingen.

In ondergeschikte orde

- De vordering van dhr. H. tot het betalen van een schadevergoeding wegens weigering van redelijke aanpassingen af te wijzen;
- De vordering van dhr. H. tot het betalen van een schadevergoeding van 11.225,86 euro bruto wegens kennelijk onredelijk ontslag af te wijzen.

In meer ondergeschikte orde:

- De vordering van dhr. H. tot het betalen van een schadevergoeding van 11.225,86 euro bruto wegens kennelijk onredelijk ontslag af te wijzen.

In de meest ondergeschikte orde

- De schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te matigen tot 3 weken loon.

In alle geval dhr. H. te veroordelen tot de betaling van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, in hoofde van T. BV begroot op 2.800,00 euro."

Met conclusie van 16 februari 2023 vordert K. H.

"De vordering van appellante ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;

de vordering van conculant ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienovereenkomstig

in bevestiging van het vonnis, appellante te veroordelen tot het betalen van:

- 17.168,97 euro bruto schadevergoeding wegens ontslag op grand van handicap, minstens op grond van huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand
- 17.168,97 euro bruto schadevergoeding wegens weigering van redelijke aanpassingen;

In ondergeschikte orde:

Indien uw Hof zou oordelen dat er geen sprake is van discriminatie, appellante te veroordelen tot de betaling van 11.225,86 euro bruto schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag;

Boven vernoemde bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten.

Appellante te veroordelen tot de kosten van het geding begroot op:

- 22 euro bijdrage voor het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand
- 137 euro betekeningskosten;

Appellante tevens te veroordelen tot het afleveren, aan conculant van een aangepaste loonafrekening, individuele rekening, fiscale fiche 281.10 voor de gevorderde bedragen, en een aangepast formulier C4 en dit telkens op verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document nadat de wettelijk voorziene termijn met één maand zal overschreden zijn met een maximum van 2.000 euro."

IV. BEOORDELING

1. Feiten

T. omschrijft zich als "een bedrijf dat ondergrondse afvalcontainers ontwikkelt, plaatst, verkoopt, verhuurt, ledigt, herstelt en reinigt. Het bedrijf produceert eveneens semi-ondergrondse Z-Bin containers. Voor het ledigen van de afvalcontainers en het ophalen van afval worden er door T. BV vrachtwagenchauffeurs ingeschakeld".

K. H. sloot op 23 maart 2018 een arbeidsovereenkomst met T. . Op 26 maart 2018 trad hij er in dienst als arbeider-chauffeur bij de vuilnisophaling. Voordien had K. H. als uitzendkracht voor T. gewerkt.

K. H. werkte voltijds. Hij reed met een vrachtwagen om afval in (rol)containers op te halen. De vrachtwagen was uitgerust met een kraan. Hiermee moest K. H. ondergrondse vuilbakken leeg maken. K. H. verrichtte dit werk alleen. Om de containers op te halen of de kraan te bedienen moest hij telkens uit de vrachtwagen komen.

Volgens K. H. kampte hij bij zijn aanwerving, en ook al in de periode dat hij als uitzendkracht voor T. werkte, met overgewicht en had hij morbide obesitas, slaapapneusyndroom en rugproblemen. Hij woog 134 kg en had een BMI (body mass index) van meer dan 41. In 2011 was hij gestopt met roken, waarna hij ongeveer 15 kg was bijgekomen. Naar eigen zeggen leed hij zowel fysiek als psychisch onder de toename van zijn gewicht. Om dit te staven legt K. H. medische attesten voor.

Volgens T. had K. H. bij zijn aanwerving geen gezondheidsproblemen. Er was evenmin sprake van zichtbaar overgewicht. Bij medische onderzoeken op 3 mei 2019 en 21 februari 2020 duidde de preventieadviseur-arbeidsarts op het formulier voor de gezondheidsbeoordeling aan dat K. H. geschikt was voor zijn werkpost.

Er is geen betwisting over dat K. H. vanaf februari 2019 regelmatig afwezig was wegens arbeidsongeschiktheid. Dit was het geval:

- van 18 tot 24 februari 2019;
- van 15 tot 21 april 2019;

- van 18 tot 23 juni 2019;
- op 4 september 2019 (voor een eerste slaapstudie in het ziekenhuis te Herentals);
- van 12 tot 20 oktober 2019;
- van 4 tot 6 november 2019;
- op 19 november 2019 (voor een tweede slaapstudie in het ziekenhuis te Herentals);
- van 25 februari 2020 tot 15 maart 2020 (als gevolg van een val uit zijn vrachtwagen op de rechterelleboog);
- van 16 tot 22 maart 2020;
- van 18 tot 24 mei 2020 (in deze periode meldde hij zich op 22 mei 2020 op de spoedafdeling na een privé ongeval);
- van 1 tot 30 juni 2020;
- van 30 juni tot 6 september 2020 (als gevolg van een gastric bypass operatie. Volgens K. H. lichtte hij T. 4 weken voor de gastric bypass operatie in over "wat er moest gebeuren en hoe lang de revalidatie zou duren". Hij benadrukt dat "h' de operatie niet zozeer om zijn overgewicht liet uitvoeren, maar wel omwille van de slaapapneu. Die had immers een grote impact op zijn gezondheid en kon potentieel een groot gevaar worden in zijn job als chauffeur".);
- van 7 tot 13 september 2020 (een verlenging van de arbeidsongeschiktheid na de operatie);
- op 26 november 2020 (die dag meldde K. H. zich op de spoedafdeling na een arbeidsongeval);
- van 18 tot 27 december 2020; (op 22 december 2020 meldde K. H. zich op de spoedafdeling met buikkoliken);
- van 4 tot 10 januari 2021.

Op 2 september 2020 had K. H. een gesprek met W. V. van T. over zijn verdere tewerkstelling.

Met aangetekende brief van 6 januari 2021 beëindigde T. de arbeidsovereenkomst van K. H.. Zij kondigde de betaling aan van een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met een opzeggingstermijn van 12 weken. Op het formulier C4 vermeldde T. als juiste oorzaak van de werkloosheid "vold.niet is v.goede wil".

Met aangetekende brief van 12 januari 2021 verzocht K. H. om hem de reden voor zijn ontslag mee te delen.

Met aangetekende brief van 13 januari 2021 antwoordde T. als volgt:

“ (...)

De reden voor het ontslag is, zoals reeds vermeld in het vorige aangetekend schrijven "voldoet niet maar is van goede wil".

De rendabiliteit van de dienstverlening door u uitgevoerd in de regio was steeds veel te laag tov het gemiddelde dat wij hanteren.

Hierdoor hebben we op regelmatige basis extra middelen moeten inzetten en bijkomende prestaties van collega chauffeurs moeten vragen om de continuïteit te kunnen blijven garanderen en onze klanten te kunnen blijven bedienen.

(...)”

Met aangetekende brief van 9 februari 2021 reageerde de vakorganisatie van K. H. ³ op het ontslag. Zij verzocht T. "om een duidelijke gedetailleerde motivering te geven voor het ontslag (...) met de nodige bewijsstukken, verwijzend naar de cao 109 van de N.A.R. afgesloten betreffende de motivering van het ontslag".

Met aangetekende brief van 24 februari 2021 antwoordde de zaakvoerder van T. hierop als volgt:

(...)

In het begin van onze samenwerking waren wij tevreden over de inzet en het engagement van dhr. H..

³ Hierna de vakorganisatie genoemd

Echter blijkt uit onze cijfers dat de rendabiliteit van dhr. H. de laatste 2 jaar niet meer in lijn log waardoor de verwachtingen en gemiddelden die we hanteren, niet meer werden ingelost.

Hierdoor hebben wij op regelmatige basis bijkomende prestaties en middelen moeten inzetten om de continuïteit in de regio van dhr. H. te kunnen blijven garanderen. Dit terwijl dit voorheen helemaal niet nodig bleek te zijn.

Daarnaast vernamen wij van collega's van dhr. H. dat de contacten met dhr. H. meer en meer stroef verliepen. Gelatenheid en onverschilligheid namen de bovenhand. Dit alles kwam de groepsmentaliteit uiteraard niet ten goede.

Gemaakte afspraken werden meermaals niet nagekomen en de communicatie intern verliep stroef en niet altijd oprecht.

Dit alles werd meermaals door de rechtstreeks verantwoordelijke van dhr. H. met hem aangehaald en besproken. We verwijzen naar de gesprekken van 20 maart 2020 op ons kantoor en een telefoongesprek van 7 september 2020.

Tot mijn spijt hebben we echter moeten vaststellen dat dit niet de verwachte resultaten opgeleverd heeft. (...)"

De vakorganisatie reageerde hierop met volgende brief van 16 maart 2021:

“Wij mochten uw schrijven dd. 24/02/2021 aangaande motivering ontslag in goede orde ontvangen.

Hierover hebben wij toch nog enkele vragen:

U verwijst naar een prestatie "onder het gemiddelde", maar waarop is dit gebaseerd? Welke extra middelen heeft u dan wel moeten inzetten om de zogenaamde ondermaatse prestaties van de werknemer op te vangen? De werknemer had geen contact met collega's ... met welke collega's verliep het contact volgens u dan zagezegd stroef?

Is het mogelijk om ons hierover de nodige uitleg/bewijzen te bezorgen?

Op 24 maart 2021 beantwoordde T. deze brief als volgt:

“ Bij deze verwijs ik naar uw aangetekend schrijven van 16/03/2021 II.

Al onze vrachtwagens zijn uitgerust met een Transics boordcomputer gekoppeld aan de CAN-bus van de vrachtwagen. Al de nodige info omtrent rij-rusttijden, ecologisch transport, opdracht tijden, begin-einde werkdag, track & trace, Tankbeurten, meldingen vrachtwagen, etc. ... worden zo gemonitord.

Ritten worden opgemaakt adhv een planningsoptimalisatie systeem dat ook rekening houdt met de gemiddelde opdracht tijd (sic), de verplaatsingen en het aantal opdrachten per dag.

Dhr. H. heeft herhaaldelijk zijn vooropgestelde planningen niet kunnen afwerken terwijl dit planning technisch perfect mogelijk was binnen de vooropgestelde tijdspanne.

Om deze “gaten` in onze planning op te vullen zijn steeds extra chauffeurs en vrachtwagens ingeschakeld moeten worden om zo onze service te kunnen blijven garanderen.

De collega chauffeurs hebben dan ook meermaals hun ongenoegen hierover geuit, weliswaar bij onze dispatcher en niet rechtstreeks bij de heer H.. Het ging zelfs zo ver dat omwille van de hoge werkdruk die ze daardoor kregen een aantal chauffeurs zelf afgehaakt hebben.

Op 23 december 2021 legde K. H. het inleidend verzoekschrift neer.

Volgens K. H. "werkt (hij) thans nog steeds als vrachtwagenchauffeur en ondervindt (hij) geen enkel probleem meer bij de uitvoering van zijn werk".

2. Beoordeling

2.1. K. H. heeft geen recht op een schadevergoeding wegens ontslag op grond van een handicap of op grond van zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand

De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie⁴ verstaat ander:

- arbeidsbetrekkingen: "de betrekkingen die ondermeer omvatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden, en de ontslagregelingen, (...)";
- beschermde criteria: "leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst";
- direct onderscheid: "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";
- directe discriminatie: "direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel
- indirect onderscheid: "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";
- indirecte discriminatie: "indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II".⁵

De Antidiscriminatiewet is van toepassing op "de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking". Hieronder verstaat de wet onder meer: de ontslagbeslissing, de bepaling en de toepassing van de voorwaarden en de modaliteiten van het ontslag en de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagselectie.⁶ Volgens de wet vormt "elk direct onderscheid op grond van de beschermde criteria (...) een directe discriminatie, tenzij dit direct onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn".⁷

K. H. beroept zich op het beschermde criterium 'handicap'. Ondergeschikt, in zoverre het arbeidshof oordeelt dat er geen sprake is van een handicap, moet volgens hem "gesteld worden dat het slaapapneusyndroom en de morbide obesitas, en de daarmee samenhangende ziekten, aanleiding geven tot bescherming tegen discriminatie op grond van het criterium huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand". Het onderscheid tussen beide criteria is niet altijd eenvoudig te maken.⁸ De Belgische discriminatiewetgeving gaat met het criterium "huidige of toekomstige gezondheidstoestand" verder dan de Europese richtlijnen.

K. H. leed aan het slaapapneusyndroom en had morbide obesitas. Volgens hem "vormde (dit) voor hem een handicap, omdat het hem belette om volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Dit was het gevolg van het feit dat zich bij hem ziekteverschijnselen voordeden als gevolg van het slaapapneusyndroom en van de morbide obesitas". Hij somt de volgende problemen op waartoe zijn handicap leidde, "en dit gedurende lange tijd":

- ernstige slaapapneu: dit kon er volgens hem toe leiden dat hij niet meer mocht autorijden, dat hij slaperig en vermoeid was overdag en concentratieverlies had, hoofdpijn, ...;
- rugklachten: invaliderende pijn, uitstralingen, beperkte mobiliteit;
- buikkklachten;
- de gevolgen van de gastric bypass operatie;
- een beperktere mobiliteit.

⁴ Hierna de Antidiscriminatiewet genoemd

⁵ Artikel 4, 1°, 4°, 6°, 7°, 8° en 9° van de Antidiscriminatiewet

⁶ Artikel 5 § 2, 3° van de Antidiscriminatiewet

⁷ Artikel 7 van de Antidiscriminatiewet

⁸ Vgl. L. VERMEULEN, Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0. Gelijke monniken, gelijke kappen, Antwerpen - Gent - Cambridge, Intersentia 2020, p. 302 - 303

Volgens K. H. belette dit hem "om zijn beroepsactiviteiten op voet van gelijkheid met andere werknemers te verrichten. Door die problemen moest (hi) immers vaak noodgedwongen afwezig zijn van het werk. (...) Gedurende verschillende periodes was (hij) arbeidsongeschikt, omdat hij ais gevolg van zijn overgewicht opgenomen werd in het ziekenhuis (soms ook op de spoedgevallendienst), dokters moest raadplegen, slaaponderzoeken moest laten uitvoeren, opgevolgd werd voor een slaapbehandeling, een gastric bypass operatie liet uitvoeren, op controle moest gaan, een revalidatie moest volgen, ...". Hij noemt het "voorzienbaar dat dit van lange duur is en een belemmering vormt bij de uitoefening van zijn werk".

K. H. documenteert deze klachten met een omvangrijk bundel medische verslagen en attesten. Het arbeidshof stelt echter vast dat geen enkel verslag of attest zich uitspreekt over de weerslag van de problemen op de beroepsactiviteit van K. H.. Meer bepaald blijkt uit de stukken niet dat er sprake is van een beperking, die het gevolg is van langdurige, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels K. H. beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.⁹ De stukken die K. H. voorlegt, laten niet toe te besluiten dat zijn klachten kunnen worden beschouwd als een beperking wegens zwaarlijvigheid die ervoor zorgde dat hij zijn beroep niet kon uitoefenen zoals een andere werknemer.

T. merkt terecht op dat van haar niet kon worden verwacht dat zij op de hoogte was van het feit dat K. H. een handicap zou hebben alleen omwille van zijn langdurige en veelvuldige afwezigheid en zijn vraag naar een aangepast regime. Zij wordt niet verondersteld te weten of te vermoeden dat dit het gevolg was van zijn zwaarlijvigheid. Dit geldt des te meer nu de preventieadviseur-arbeidsarts K. H. 2 keer geschikt verklaarde voor zijn werkpost. K. H. trok deze beslissingen nooit in twijfel en maakte er nooit opmerkingen op. Nochtans leed hij naar eigen zeggen nochtans al bij zijn aanwerving, en zelfs voordien, aan morbide obesitas. Het arbeidshof merkt verder op dat de medische verslagen die K. H. voorlegt, ook andere oorzaken voor zijn klachten vermelden zoals een arbeidsongeval, een ongeval in de privé-sfeer en zelfs het trekken van een wijsheidstand.

Het arbeidshof besluit dan ook dat K. H. geen handicap bewijst. Alleszins toont hij niet aan dat T. op de hoogte was of verondersteld mocht worden op de hoogte te zijn van het feit dat hij mogelijk een handicap had.

Als een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, voor de rechter feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van één van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, moet de verweerder bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.¹⁰ Er is alleen sprake van een omkering van de bewijslast nadat het slachtoffer feiten heeft bewezen die het bestaan van discriminatie doen vermoeden. Het slachtoffer moet aantonen dat de verweerder daden heeft gesteld of opdrachten heeft gegeven die prima fade discriminerend zouden kunnen zijn. De bewijslast ligt derhalve in de eerste plaats bij het slachtoffer.¹¹ De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoonbaar 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. Het vermoeden van discriminatie moet op vaststaande feiten zijn gebaseerd.¹²

Zoals hierboven gezegd bewijst K. H. geen handicap. Alleszins toont hij niet aan dat T. op de hoogte was of verondersteld mocht worden op de hoogte te zijn van zijn mogelijke handicap. Hij bewijst dus geen vaststaande feiten die het bestaan van discriminatie op grond van zijn (beweerde) handicap kunnen

⁹ Vgl. o.a. HvJ 11 september 2019, C-397/18, Nobel Plastics; HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacan Navas; HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C337/11, HK Danmark

¹⁰ Artikel 23, § 1 van de Antidiscriminatiewet

¹¹ Vgl. GwH, 11 maart 2009, nr. 39/2009, rechtsoverweging 852, met verwijzing naar Parl. St.Kamer 2006-07, 51 2720/009, p. 72

¹² HW 10 juli 2008, C-54/07, Feryn

doen vermoeden. Hierdoor draagt K. H. de bewijslast van de aangevoerde discriminatie wegens zijn handicap. Hij toont die niet aan. Zijn eis tot betaling van een schadevergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap is ongegrond. Wat dit onderdeel van de betwisting betreft, is het hoger beroep van T. gegrond.

Ondergeschikt meent K. H. "dat het slaapapneusyndroom en de morbide obesitas, en de daarmee samenhangende ziekten, aanleiding geven tot bescherming tegen discriminatie op grond van het criterium huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand". Volgens hem is het "duidelijk dat T. ervan uitging dat de aandoening waaraan (hij) leed op het ogenblik van het ontslag in de toekomst voor problemen zou zorgen en dat (hij) ook in de toekomst regelmatig arbeidsongeschikt zou zijn en het werk fysiek niet zou aankunnen". Dit zou blijken uit het gesprek van 2 september 2020 en "ook uit het schriftelijke betoog van appellante".

Ook in dit verband stelt het arbeidshof vast dat uit de medische stukken die K. H. voorlegt, niet blijkt dat het voorzienbaar was dat zijn aandoeningen van lange duur waren en een belemmering vormden bij de uitoefening van zijn werk. Deze stukken spreken zich hierover niet uit. Bovendien kende T. de inhoud er niet van.

Tijdens het gesprek van 2 september 2020 kwamen de verdere tewerkstelling en de mogelijke aanpassing van het regime van K. H. aan bod. Dit gesprek vond echter plaats 4 maanden voor het ontslag. De aanleiding was blijkbaar de terugkeer uit arbeidsongeschiktheid na de operatie. Die operatie vond plaats op 30 juni 2020. Volgens medische verslagen van 5 augustus 2020 en 15 januari 2021 was het postoperatief verloop "ongecompliceerd" en waren er hierover geen klachten. Het verslag van 5 augustus 2020 spreekt van "een goede evolutie." Dit is in strijd met de insinuatie van K. H. dat zijn arbeidsongeschiktheid vanaf 18 december 2020 het gevolg was van de operatie.

Het is dan ook allerm minst "duidelijk dat toen er daarop opnieuw een week ziekte was vanaf 4-01-2021, (T.) tot ontslag is overgegaan omdat zij vreesde dat er weer meerdere periodes arbeidsongeschiktheid zouden volgen". De bewering van K. H. dat T. ervan uitging dat hij in de toekomst nog steeds beperkt zou zijn, is een vrijblijvende aanname die niet berust op vaststaande feiten. Wat ook de juiste inhoud van het gesprek van 2 september 2020 was, het is volgens het arbeidshof gelet op het tijdsverloop en de postoperatieve evolutie niet relevant voor de beoordeling van de motieven voor het ontslag dat 4 maanden later plaatsvond. Vandaar dat de vraag om dit gesprek en de weergave ervan uit de debatten te weren, niet ter zake dienend is.

Ook wat dit beschermd criterium betreft, bewijst K. H. geen vaststaande feiten die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. Hierdoor draagt K. H. de bewijslast van de aangevoerde discriminatie. Hij toont die niet aan. Zijn eis tot betaling van een schadevergoeding wegens discriminatie op grond van zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand is ongegrond.

2.2. K. H. heeft geen recht op een schadevergoeding wegens de weigering van redelijke aanpassingen

De weigering om redelijke aanpassingen te doen ten voordele van een persoon met een handicap is een vorm van discriminatie.¹³ Deze vorm van discriminatie veronderstelt het bestaan van een handicap. Zoals hierboven onder 2.1. uiteengezet, bewijst K. H. niet dat hij een handicap had. Zijn eis tot betaling van een schadevergoeding wegens de weigering van redelijke aanpassingen is dan ook ongegrond.

Wat dit onderdeel van de betwisting betreft, is het hoger beroep gegrond.

2.3. K. H. heeft geen recht op een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

¹³ Artikel 14 van de Antidiscriminatiewet

Artikel 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag¹⁴ omschrijft een 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 zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever. In geval van kennelijk onredelijk ontslag is de werkgever een schadevergoeding aan de werknemer verschuldigd.

De commentaar bij artikel 8 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 verduidelijkt:

“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.

Bovendien wordt de uitoefening van het ontslagrecht van de werkgever afgetoetst aan hetgeen de uitoefening ervan zou zijn door een normale en redelijke werkgever. Het betreft een beoordelingsbevoegdheid aan de marge gezien de werkgever tot op grote hoogte vrij is te beslissen over wat redelijk is: er dient respect te zijn voor de verschillende beleidsalternatieven die een normale en redelijke werkgever zou overwegen.

Het gaat dus om een marginale toetsing. Alleen de kennelijke onredelijkheid van het ontslag mag getoetst worden en niet de opportuniteit van het beleid van de werkgever (te verstaan als zijn keuze uit de verschillende redelijke beleidsalternatieven die hij heeft). De toevoeging van het woord "kennelijk" aan de notie "onredelijk" wil precies wijzen op de beleidsvrijheid van de werkgever en de toetsing in de marge. Deze laatste is ook ingegeven door de praktische onmogelijkheid om het beleid van de werkgever meer dan marginaal te controleren."

De vereiste ontslagredenen mag niet van die aard zijn dat een normale en redelijke werkgever nooit tot het ontslag zou hebben beslist. Zelfs als 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 ontslag toch niet kennelijk onredelijk zijn, zolang niet eveneens bewezen is dat een normale en redelijke werkgever dezelfde ontslagbeslissing nooit zou hebben genomen.¹⁵

De rechter doet dus een dubbele toetsing. In eerste instantie moeten de redenen worden getoetst, met name of zij in beginsel wel in aanmerking komen. Het moet immers gaan om persoons- of bedrijfsgebonden redenen. Bovendien moet het ontslag worden getoetst aan de uitoefening van dat recht door een normale en redelijke werkgever.¹⁶

Bij een betwisting over het kennelijk onredelijk karakter van een ontslag, is de bewijslast als volgt geregeld:

“(…)

- indien de werkgever de redenen van het ontslag heeft meegedeeld met inachtneming van artikel 5 of 6, draagt de partij die iets aanvoert daarvan de bewijslast.
- Het behoort aan de werkgever om het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen die hij niet aan de werknemer heeft meegedeeld met inachtneming van artikel 5 of 6 en die aantonen dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.

¹⁴ Hierna de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 genoemd

¹⁵ G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", Soc. Kron. 2014 , 134

¹⁶ W. VAN EECKHOUTTE, "Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag", TSR 2015, p. 720-721; Vgl. Cass. 22 november 2010, JTT 2011, afl. 1085, 3, concl. Adv.-Gen. R.MORTIER.

- Het behoort aan de werknemer om het bewijs te leveren van elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag wanneer hij geen verzoek heeft ingediend om de redenen van zijn ontslag te kennen met inachtneming van artikel 4.¹⁷

Voor de regeling van de bewijslast in deze betwisting, is het eerste gedachtestreepje van toepassing. K. H. verzocht T. om de redenen voor zijn ontslag mee te delen. T. ging in op dit verzoek. Met haar aangetekende brief van 13 januari 2021 deelde zij de redenen voor het ontslag mee.¹⁸ Zij deed dit nogmaals met brief van 24 februari 2021 aan de vakorganisatie.¹⁹

Aangezien T. de ontslagredenen tijdig en op de voorgeschreven wijze meedeelde, moet elke partij het bewijs leveren van wat zij aanvoert. Dit doet geen afbreuk aan de verplichting van procespartijen om op een loyale manier mee te werken aan de bewijsvoering, rekening houdend met hun bewijsgeschiktheid. Die is in de regel veel groter bij de werkgever. Als auteur van het ontslag is die het best geplaatst om de elementen aan te reiken waarop de ontslagbeslissing steunde. De werkgever beschikt over tal van relevante gegevens die betrekking hebben op de werking van zijn onderneming en het functioneren van zijn personeel²⁰

De redenen die T. meedeelde worden in zekere zin vermoed reëel en de echte reden voor het ontslag te zijn. Als K. H. deze redenen betwist, moet hij aantonen wat hij aanvoert. Hij moet bewijzen dat de opgegeven redenen hetzij niet de echte redenen zijn voor het ontslag, hetzij dat het ontslagmotief kennelijk onredelijk was. Als T. de ingeroepen redenen geloofwaardig of zelfs waarschijnlijk maakt, moet K. H. bewijzen dat de opgegeven redenen onjuist zijn of dat er een andere reden, die hij bewijst, aan de basis ligt van het ontslag en dat deze reden als kennelijk onredelijk moeten worden beschouwd.²¹ Hij moet aantonen dat een normale redelijke werkgever nooit een dergelijke beslissing zou hebben genomen. Het bewijs van het kennelijk onredelijk karakter van het ontslag rust op hem.²² Dit betekent echter niet dat T. passief mag blijven. Zij moet de realiteit van de door haar meegedeelde of van een andere reden die zij later aanvoert, bewijzen.²³

K. H. stelt de eis tot betaling van een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag in ondergeschikte orde. Zijn argumentatie erover is zeer summier.

Volgens K. H. bewijst T. de redenen die zij voor het ontslag inroept, niet en heeft zijn ontslag niets te maken met zijn geschiktheid of gedrag. Naar eigen zeggen had hij voldoende rendement. Hij ontving nooit verwittigingen of ingebrekestellingen of een negatieve evaluatie.

Volgens T. was het ontslag van K. H. gericht op het nastreven van een goede werkorganisatie, wat een legitiem doel is. T. achtte het ontslag passend en noodzakelijk. De rendabiliteit van de dienstverlening door K. H. was veel lager dan het gemiddelde dat het bedrijf hanteerde. Hierdoor kwam de goede werkorganisatie in het gedrang. Om dit aan te tonen verwijst T. naar de routebeschrijvingen en de effectief uitgevoerde opdrachten. Hiermee wil zij aantonen dat K. H. er vaak niet in slaagde de geplande opdrachten allemaal uit te voeren.

¹⁷ Artikel 10 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109

¹⁸ Het arbeidshof gaf de inhoud van deze brief hoger op pagina 7 van dit arrest weer

¹⁹ Het arbeidshof gaf de inhoud van deze brief hoger op pagina 8 van dit arrest weer

²⁰ Vgl. A.V. MICHAUX, S. GÉRARD en S. SornAux, "Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (C.C.T. N°109) analyse critique d'une jurisprudence naissante", TSR 2018, nrs 47 e.v., C. ENGELS, "Hoe kennelijk onredelijk waren de ontslagbeslissingen van werkgevers sinds 1 april 2014? (Tweede deel)", JTT 2017, 450 e.

²¹ W. VAN EECKHOUTTE, "Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag", T.S.R. 2015, 725 - 726, nr. 125

²² C. ENGELS, "Hoe kennelijk onredelijk waren de ontslagbeslissingen van werknemers sinds 1 april 2014? (Tweede deel)" JTT 2017, p. 451

²³ Vgl. W. VAN EECKHOUTTE, "De motiveringsplicht van de cao nr. 109. Wie moet wat bewijzen?", Soccompact 7-13 februari 2014, www.Socompact.be; H. VAN HOOGENBEMT, "Het eenheidsstatuut: actuele knelpunten", Antwerpen, CBR 2015, nr. 122

De stukken die T. voorlegt, maken dit aannemelijk. Zij wijzen op een gebrek aan rendabiliteit. De kritiek van K. H. erop is niet overtuigend. Hij voert geen andere, kennelijk onredelijke reden voor zijn ontslag aan. Zoals hierboven uiteengezet bewijst hij niet dat zijn ontslag was ingegeven door een handicap of een discriminatie vormde op grond van zijn gezondheidstoestand. De veelvuldige en langdurige afwezigheden van K. H. hadden wel een weerslag op de organisatie van het werk. Het arbeidshof moet de opportuniteit van de beslissing van T. niet beoordelen.

De redenen die T. voor het ontslag van K. H. inroept, hadden te maken met de noodwendigheden van de onderneming en met zijn geschiktheid voor het werk. Ook andere normale en redelijke werkgevers zouden een soortgelijke beslissing nemen of overwegen. Het ontslag van K. H. was niet kennelijk onredelijk. De overige middelen, argumenten en opmerkingen van de partijen doen, voor zover nog niet beantwoord, geen afbreuk aan dit besluit.

De in ondergeschikte orde gestelde eis van K. H. is ongegrond.

2.4. Het arbeidshof verwijst K. H. in de kosten

Het arbeidshof stelt K. H. in het ongelijk. Het verwijst hem in de kosten.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep van T. ontvankelijk en gegrond.

Vernietigt het vonnis van 23 februari 2022 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen.

Beslist opnieuw en verklaart de eis van K. H. ongegrond.

Verwijst K. H. in de kosten.

Vereffent de kosten van T. op 3.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Aldus gewezen door:

Joris VAN CAMP, raadsheer,
Wanda WUYTS, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
Lieve COX, raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,

en uitgesproken door de voorzitter van de derde kamer van het arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 6 juni 2023 met bijstand van griffier Gunther SLAETS