



Uitgifte

Repertoriumnummer 2023 /
Datum van uitspraak 26 juli 2023
Rolnummer 2022/AB/266
Beslissing waartegen beroep 21/276/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

V. E. D., RRN, wonende te
appellant,
vertegenwoordigd, advocaat

tegen

OCMW VAN HERENT, ON 0212.217.786, met zetel te 3020 HERENT, Spoorwegstraat 6,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd, advocaat

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit.

Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken door de arbeidsrechtbank Leuven op 17 maart 2022, 1^{ste} kamer B (A.R. 21/276/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 1 april 2022,
- de conclusies voor de appellant,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- het mondeling uitvoerig en integraal toegelicht schriftelijk advies van het openbaar ministerie, uitgebracht door advocaat-generaal Henri Funck, waar beide partijen mondeling en inhoudelijk op hebben gerepliceerd,
- de voorgelegde stukken.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 27 juni 2023, waarna de debatten werden gesloten (art. 769 Ger.W.). De zaak werd in beraad genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

Na de sluiting van de debatten werd gevraagd de debatten te heropenen om te mogen replikeren op het advies van het openbaar ministerie.

Daar kan niet op ingegaan worden. De advocaat-generaal gaf een uitvoerige lezing en bespreking van zijn advies. Zowel voor het OCMW Herent als voor D. V. E. werd daar mondeling en inhoudelijk op gerepliceerd ter zitting zelf (cf. zittingsblad), en dit in toepassing van artikel 767 §1, eerste zin van het Gerechtelijk Wetboek. Geen der partijen vroeg een bijkomende termijn. Er werd repliek uitgebracht op het advies, zowel wat betreft de rechtspositieregeling als de ingeroepen discriminatie.

Er is derhalve geen reden om thans de debatten te heropenen in toepassing van artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek.

DE FEITEN

1. D. V. E. werkt sinds 3 november 2009 als organisatiedeskundige in het OCMW Herent. Hij werd in 2010 getroffen door een hersentumor en werd daardoor arbeidsongeschikt. Door de korte tewerkstelling was zijn ziektekrediet reeds op 13 oktober 2010 uitgeput. Hij bevond zich sinds 14 oktober 2010 in de toestand van disponibiliteit.

Hij kon het werk echter deeltijds hervatten vanaf 1 juli 2011. Het OCMW Herent plaatste hem toen in een toestand van 'deeltijdse disponibiliteit'. Daardoor kon hij zijn wedde voor deeltijdse prestaties cumuleren met een wachtgeld van 60% van de laatste activiteitswedde.

De vraag rees of deze regeling juridisch houdbaar was. De gemeente en het OCMW Herent hebben de kwestie voorgelegd aan een gespecialiseerd advocatenbureau. Dat stelde dat de regelgeving de mogelijkheid van deeltijdse disponibiliteit wegens ziekte niet uitsluit (advies 22.04.2014).

D. V. E. bleef aldus halftijds werken en een wachtgeld op basis van een halftijdse wedde genieten; samen ongeveer 80% van een voltijds wedde. Het is opmerkelijk dat hij een hoger inkomen zou hebben wanneer hij voltijds arbeidsongeschiktheid zou zijn dan deeltijds zou werken zonder wachtgeld.

2. In september 2020 moest hij een nieuwe ingreep ondergaan.

Het OCMW Herent stelde bij besluit van 26 oktober 2020 dan wel een einde aan de combinatie van deeltijds werk en deeltijdse beschikbaarheid. Er werd een onderzoek door de pensioencommissie in het vooruitzicht geplaatst (art. 5). Na afloop van een periode van afwezigheid wegens ziekte (die slaat op de periode van 22.09.2020 tot en met 04.11.2020) zou hij “niet langer zijn prestaties halftijds kunnen hervatten daar hij zich in de stand beschikbaarheid bevindt” (art. 6). De pensioencommissie was evenwel van oordeel dat D. V. E. gelet op zijn deeltijdse werkhervatting niet aan de voorwaarden voldoet om voortijdig te worden gepensioneerd.

Het OCMW Herent deelde vervolgens mee geen “nieuwe attesten betreffende uw deeltijdse afwezigheid wegens ziekte” te aanvaarden en stelde “dat er vanaf 1 januari 2021 dient overgegaan te worden naar een voltijdse tewerkstelling of een andere vorm van deeltijdse tewerkstelling” (brief 10.11.2020).

D. V. E. bleef deeltijds werken. Zijn raadsman stelde het OCMW Herent bij brief van 5 januari 2021 in gebreke om de combinatie halftijdse tewerkstelling met halftijds wachtgeld te handhaven.

Het OCMW Herent ging daar niet op in en nodigde D. V. E. uit voor een gesprek op 8 februari 2021 met de voorzitter van het vast bureau, de schepen bevoegd voor personeelszaken en de algemeen directeur. Bij brief van reeds diezelfde dag werd hij verzocht om uiterlijk op 15 februari 2021 te kiezen voor een voltijdse tewerkstelling of deeltijdse tewerkstelling, evenwel niet gecombineerd met een deeltijdse beschikbaarheid.

De raadsman van D. V. E. protesteerde en stelde onder meer:

“Het OCMW koppelt de beschikbaarheid wegens arbeidsongeschiktheid aan de uitputting van het aantal ziektekredietdagen. Welnu, aan die voorwaarde is blijkbaar voldaan”.

Hij wees er in die brief ook op een andere behandeling een probleem van discriminatie deed stellen.

Het OCMW Herent heeft bij besluit van 1 maart 2021 evenwel herbevestigd dat een einde werd gesteld aan wat het als de “onwettige toestand” aanduidt waarin D. V. E. zich sinds 1 juli 2011 in bevond. Het stelde de deeltijdse tewerkstelling vast vanaf 1 maart 2021.

3. D. V. E. heeft dit besluit niet aangevochten bij de Raad van State. Hij is het echter niet eens met de gang van zaken en heeft een zaak ingeleid voor de arbeidsrechtbank.

Hij werd echter in het ongelijk gesteld en tekende hoger beroep aan.

VORDERINGEN

4. D. V. E. vordert het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren ;

Dienvolgens de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren;

- Het OCMW te veroordelen tot betaling van het achterstallig loon sedert 1 maart 2021 tot op heden ten bedrage van 926,15 EUR per maand sedert 1 maart 2021, hetzij thans provisioneel $22 \times 926,15 = 20.375,30$ EUR provisioneel (berekend tot en met december 2022), onder voorbehoud van nadere begroting in de loop van het geding, te vermeerderen met wettelijke intresten vanaf de respectievelijke maand van verschuldigdheid en met gerechtelijke intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van dagvaarding;
- Het OCMW te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding ten bedrage van 14.798,04 EUR uit hoofde van discriminatie omwille van een handicap, provisioneel en onder voorbehoud van verdere aanpassing in de loop van het geding, te vermeerderen met wettelijke interesten sedert 17 maart 2021 en met de gerechtelijke interesten aan de wettelijke interestvoet vanaf de datum van dagvaarding;
- het OCMW te veroordelen tot de kosten van het geding, begroot op de kost van dagvaarding, hetzij 220,66 EUR, bijdrage fonds rechtsbijstand t.b.v. 22 EUR, en een rechtsplegingsvergoeding t.b.v. voorlopig 3.000 EUR in eerste aanleg en 3.000 EUR in hoger beroep (basisbedrag), hetzij in totaal 5.842,66 EUR; in ondergeschikte orde, de eventuele rechtsplegingsvergoeding te herleiden tot het minimumbedrag van 1.500 EUR in eerste aanleg en hoger beroep.

5. Het OCMW Herent vordert het vonnis a quo te bevestigen en bijgevolg de vorderingen van de heer V. E. ontvankelijk te verklaren, maar vast te stellen dat:

- de vorderingen van de heer V. E. minstens ongegrond zijn aangezien de rechtspositieregeling wel degelijk uitsluit dat een deeltijdse tewerkstelling met een 'deeltijdse beschikbaarheid' wordt gecumuleerd;
- er geen sprake is van enige vorm van discriminatie en het OCMW dan ook niet kan veroordeeld worden tot betaling van enige schadevergoeding.

En in ieder geval de heer V. E. te veroordelen tot de betaling van de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van het OCMW begroot op het minimumbedrag van 1.500,00 EUR voor de procedure in eerste aanleg en 1.500,00 EUR voor de procedure in hoger beroep.

Ondergeschikt, de kosten om te slaan en iedere partij haar eigen kosten te laten dragen overeenkomstig artikel 1017, vierde lid, Ger.W.

BEOORDELING

Ontvankelijkheid; geen annulatieberoep bij de Raad van State

6. Het besluit van het OCMW Herent 1 maart 2021 werd niet aangevochten bij de Raad van State. Dat impliceert niet dat het besluit niet kan worden aangevochten voor het arbeidshof. Het kan immers getoetst worden aan de hogere rechtsnorm (wettigheidsbeginsel; art. 159 GW). Dit alles heeft geen impact op de ontvankelijkheid.

Het is correct dat het OCMW Herent zijn eigen besluit dient toe te passen, en dat D. V. E. de werking ervan moet ondergaan zolang er geen rechterlijke uitspraak dienaangaand is.

Maar D. V. E. kan zijn subjectief recht wel doen afdwingen via gerechtelijke weg.

Dit werd ten andere ook uiteengezet door het openbaar ministerie (dat in het advies verwijst naar relevante rechtspraak en rechtsleer: Cass., 10 september 2007, Arr. Cass. 2007, p. 1578, Soc. Kron. 2008, p. 208, JLMB 2008, 301, noot J. MARTENS ; en ook al zou er een arrest zijn van de Raad van State, dat geen gezag van gewijsde heeft voor de hoven en rechtbanken: Cass., 22 oktober 1970, Arr. Cass. 1971, p. 168, concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH : 24 maart 1977, Arr. Cass. 1977, p. 799 ; 9 januari 1997, Arr. Cass. 1997, p. 43 en RCM 2000, p. 265, noot D. LAGASSE”).

De vordering is ontvankelijk.

Ook het hoger beroep werd tijdig en regelmatig naar vorm ingesteld, en is ontvankelijk.

Deeltijdse werkhervatting en deeltijds disponibiliteit.

7. De gemeenteraad stelt de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel vast (cf. art. 186 Decreet Lokaal Bestuur van 22.12.2017). Die regeling geldt ook voor het OCMW-personeel dat een betrekking bekleedt die ook bestaat bij de gemeente, zoals de betrekking van D. V. E..

De gemeente moet daarbij wel de minimale voorwaarden respecteren. Die werden bepaald bij besluit van de Vlaamse regering (**BVR**) van 7 december 2007 'houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn'.

Artikel 190 van dit BVR van 7 december 2007 bepaalt:

“§ 1. Een statutair personeelslid dat na een afwezigheid wegens ziekte of ongeval van gemeen recht geschikt wordt geacht om zijn functie weer op te nemen met deeltijdse prestaties, kan toestemming krijgen zijn functie opnieuw op te nemen met een deeltijds uurrooster van ten minste de helft van het normale uurrooster van het betrokken personeelslid. De toestemming wordt verleend voor een periode van ten hoogste drie maanden.

Onder dezelfde voorwaarden en op dezelfde wijze als bij het toestaan van de eerste periode van deeltijdse prestaties wegens ziekte kan het bestuur de periode van deeltijdse prestaties wegens ziekte meermaals verlengen met een periode van telkens ten hoogste drie maanden.

§ 2. De afwezigheid van het statutaire personeelslid tijdens een periode van deeltijdse prestaties wegens ziekte kan worden beschouwd als ziekteverlof. De afwezigheid wordt dan pro rata aangerekend op het aantal nog beschikbare ziektekredietdagen. De raad kan echter ook bepalen dat die afwezigheid wordt beschouwd als verlof en gelijkgesteld wordt met dienstactiviteit.”

Artikel 196, §1 van het BVR luidt als volgt:

“Een statutair personeelslid dat geen recht heeft op uitkeringen in het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering, kan bij afwezigheid wegens ziekte of invaliditeit in disponibiliteit worden gesteld op het ogenblik dat het personeelslid het totale aantal beschikbare ziektekredietdagen, toegekend volgens de bepalingen van zijn rechtspositieregeling, heeft opgebruikt.”

Artikel 236 §1 van de rechtspositieregeling heeft precies dezelfde inhoud als artikel 196 §1 BVR.

Artikel 197 §1 bepaalt dat de ambtenaar in disponibiliteit een wachtgeld 60% van de wedde ontvangt. De rechtspositieregeling herneemt ook deze bepaling op identieke wijze in artikel 237 §1.

Artikel 231, §2 van de rechtspositieregeling van de gemeente en het OCMW Herent bepaalt:
“De afwezigheid van het statutaire personeelslid tijdens een periode van deeltijdse prestaties wegens ziekte wordt beschouwd als ziekteverlof. De afwezigheid wordt dan pro rata aangerekend op het aantal nog beschikbare ziektekredietdagen.”

8. De afwezigheid wegens ziekte bij de deeltijdse werkhervatting “wordt beschouwd als ziekteverlof”. Zij wordt pro rata op het ziektekrediet aangerekend.

Artikel 231 §2 van de rechtspositieregeling sluit niet uit dat een deeltijdse werkhervatting na ziekte voor personeelsleden in disponibiliteit mogelijk is.

Het *gevolg* van de afwezigheid is dat de ziektekredietdagen verminderen. Het aantal ziektekredietdagen kan ook uitgeput geraken, zoals in het geval van D. V. E.. Maar artikel 231 §2 bepaalt niet dat het kunnen aanrekenen van de afwezigheid op de ziektekredietdagen een *voorwaarde* is om in ziekteverlof te worden gesteld.

Het aanrekenen op de ziektekredietdagen is geen voorwaarde maar een gevolg van de afwezigheid wegens ziekte.

Het besluit van de Vlaamse regering bepaalt ten andere enkel minimumvoorwaarden. De betrokken bepaling van de rechtspositieregeling van de gemeente Herent is daar niet mee in strijd.

9. Ook in toepassing van artikel 196 §1 BVR en van artikel 236 §1 van de rechtspositieregeling kan D. V. E. deeltijds in disponibiliteit worden gesteld.

Deze bepalingen sluiten dat geenszins uit.

10. Het antwoord van de minister op een parlementaire vraag en het standpunt van het Agentschap voor Binnenlands Bestuur leiden niet tot een andere conclusie.

11. Zo ook stelt het openbaar ministerie:

“Enerzijds regelen artikelen 196 § 1 BVR en 236 § 1 RPR de disponibiliteit en bepalen zij dat een ziek personeelslid dat zijn ziektekrediet heeft opgebruikt, in disponibiliteit kan worden gezet.

Anderzijds regelen artikelen 190 § 1 BVR en 231 § 1 RPR de mogelijkheid voor het personeelslid om tenminste halftijds weer aan het werk te gaan, en wel voor een hernieuwbare periode van drie maanden.

Artikelen 190 § 2 BVR en 231 § 2 RPR sluiten de toepassing van de artikelen 196 § 1 BVR en 236 § 1 RPR niet uit. Een personeelslid dat zijn ziektekrediet heeft opgebruikt, en halftijds terug komt werken, kan nog steeds in disponibiliteit worden geplaatst. In strijd met de bewering van het OCMW en van ABB is er nergens een bepaling te vinden volgens dewelke disponibiliteit noodzakelijkerwijze voltijds moet zijn.”

Dit stemt overeen met het oordeel van het hof.

12. Het openbaar ministerie merkt volledigheidshalve nog op dat deze interpretatie “trouwens overeen (komt) met het nieuw Besluit van de Vlaamse Regering dd. 20 januari 2023 tot vaststelling van de minimale voorwaarden van de rechtspositieregeling van het personeel van lokale en provinciale besturen (B.S., 8 maart 2023)”.

13. Ook het gespecialiseerd advocatenbureau dat de gemeente en het OCMW Herent in 2014 raadpleegden, kwam ten andere tot de conclusie dat de regelgeving de mogelijkheid van deeltijdse disponibiliteit wegens ziekte niet uitsluit maar mogelijk maakt (advies 22.04.2014).

Het is niet duidelijk waarom het OCMW Herent na zoveel jaren plots een andere beslissing neemt.

14. Gelet op wat voorafgaat zijn de discussies over het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het continuïteitsbeginsel, het beginsel van veranderlijkheid van de openbare dienst en het standstill-beginsel niet relevant.

Het is evenmin duidelijk wat D. V. E. bedoelt met de opmerking dat het OCMW Herent eerst de preventieadviseur-arbeidsarts had moeten raadplegen over de re-integratie. Hij is immers deeltijds aan het werk en kan niet voltijds werken. Daar is geen betwisting over. Ook deze argumentatie is niet pertinent voor de beoordeling van het geschil.

Discriminatie.

Is er discriminatie op basis van handicap?

15. D. V. E. meent bovendien dat er sprake is van discriminatie op basis van handicap. Door een hersentumor kan hij niet voltijds werken. Dat laatste wordt niet betwist. Het is ook de reden waarom hij halftijds tewerkgesteld werd en tot aan de aangevochten beslissingen een wachtvergoeding genoot, berekend op een halftijdse wedde. Verschillende medische attesten in het bundel bevestigen zijn gezondheidstoestand. Dat hem nu de wachtvergoeding wordt ontzegd is discriminerend, zo stelt hij.

Beide partijen verwijzen naar de omschrijving door het Hof van Justitie de discriminatiegrond “handicap” als: “een gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte, wanneer die ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is” (HvJ. 11 april 2013, nr. C335/11 en C337/11, Jette Ring).

Het OCMW Herent betwist niet dat de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna: Discriminatiewet) van toepassing is op een tewerkstelling bij het OCMW. Maar het betwist wel dat D. V. E. getroffen is door een handicap.

16. Het hof is van oordeel dat dit verweer niet opgaat. Het werd jarenlang toegestaan om medische redenen halftijds te werken. D. V. E. kan niet voltijds werken. Hij lijdt aan een hersentumor. Verschillende medische attesten bevestigen zijn precaire gezondheidstoestand. Het OCMW Herent merkt op dat het aanpassingen aanbracht in het arbeidsritme van D. V. E. en dat het de taken tussen de personeelsleden heeft verdeeld, gelet op zijn gezondheidsproblemen. Toch wilde het na verloop van tijd (en zeker nadat hij terug voltijds afwezig was wegens medische redenen van 22 september 2020 tot 4 november 2020) dat een aanvraag tot onderzoek door de pensioencommissie zou worden verzonden (besluit 26.10.2020).

Maar de medische motivatie van de pensioencommissie van 10 december 2020 spreekt boekdelen: de commissie benoemt de medische problemen van D. V. E., en stelt ook dat hij evenwichtsproblemen heeft en moeilijkheden met zijn zicht door het meningeoom.

Uit al deze gegevens blijkt duidelijk dat D. V. E. een handicap heeft zoals bedoeld in de Discriminatiewet (zie de artikelen 3 of 4, 4° en andere van die wet) en zoals verder gedefinieerd en omschreven door het Hof van Justitie.

Er is sprake van een direct onderscheid en een directe discriminatie.

17. Het OCMW Herent voert aan dat de situatie van D. V. E. enkel vergeleken mag worden met die van “de andere personeelsleden die vallen onder hetzelfde statuut van de gemeente Herent als lokaal bestuur”.

Deze benadering kan niet worden gevolgd omdat ze het discriminatieverbod zou uithollen: als alle personeelsleden op basis van een beschermd criterium benadeeld zouden worden, is er in die benadering geen sprake van discriminatie. Dat is uiteraard niet de strekking van die wet.

Er is wel degelijk een “ongunstiger” behandeling (art. 4, 6° Discriminatiewet) aangezien D. V. E. door zijn handicap geen ziekteverlof geniet terwijl de werknemer of ambtenaar die door een handicap die geen enkele tewerkstelling aankan wel ziekteverlof geniet overeenkomstig de artikelen 231 §2 en 236 §1 van de rechtspositieregeling.

18. Het hof van justitie overwoog als volgt in een arrest van 26 januari 2021 (zaak C-16/19):

“35 De gevallen waarin er sprake is van discriminatie op grond van handicap in de zin van richtlijn 2000/78 betreffen in de regel weliswaar situaties waarin personen met een handicap ongunstiger worden behandeld dan of bijzonder worden benadeeld ten opzichte van personen zonder handicap, maar de door deze richtlijn verleende bescherming zou worden ondermijnd indien werd aangenomen dat een situatie waarin een dergelijke discriminatie zich voordoet binnen een groep personen die allen gehandicapt zijn, per definitie ontsnapt aan het daarin neergelegde discriminatieverbod op de enkele grond dat het verschil in behandeling zich voordoet tussen personen met een handicap.

36 In die omstandigheden (..) is het in richtlijn 2000/78 neergelegde beginsel van gelijke behandeling bedoeld om een werknemer met een handicap in de zin van die richtlijn te beschermen tegen elke vorm van discriminatie op grond van die handicap, niet alleen ten opzichte van werknemers die geen handicap hebben, maar ook ten opzichte van andere werknemers met een handicap.”

Het Hof van Justitie verwijst in dit arrest ook naar het algemene beginsel van non-discriminatieartikel, zoals vastgelegd in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (overweging 33). “Een te restrictieve opvatting van de kring van personen ten aanzien van wie een vergelijking kan worden gemaakt om discriminatie vast te stellen, zou niet in overeenstemming zijn met dat algemene non-discriminatiebeginsel”, aldus A. Maes over dit arrest (“(On)gelijkheid binnen eenzelfde beschermde groep”, *TBP* 2021/9, p. 566).

Zo ook kan de situatie van D. V. E. vergeleken worden met die van de ambtenaar die door een handicap geen enkele prestatie aankan en voltijds arbeidsongeschikt is. Het verschil (voltijdse of halftijdse arbeidsongeschiktheid) is niet relevant bij het bepalen van wie zich “in een vergelijkbare situatie” (art. 4, 6° Discriminatiewet) bevindt. D. V. E. bekommt geen wachtgeld, andere collega’s wel.

De toepassing door het OCMW Herent leidt dus duidelijk wel tot een direct onderscheid en een directe discriminatie ten aanzien van collega’s die arbeidsongeschikt zijn (art. 4, 6° en art. 4, 7° Discriminatiewet).

19. Het OCMW Herent voert aan dat gelet op de autonomie van gemeenten het statuut van zijn ambtenaren niet kan vergeleken worden met dat van andere overheden, en dat ook de regeling in de privé-sector geen referentie kan vormen om te bepalen of er sprake is van discriminatie.

Deze problematiek is echter niet funderend voor de beslissing van het arbeidshof.

Geen rechtvaardigingsgrond op basis van de rechtspositieregeling.

20. Artikel 11 §1 van de Discriminatiewet bepaalt dat een “direct of indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria nooit aanleiding (geeft) tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet”.

Het OCMW Herent beroept zich vergeefs op deze bepaling (en op artikel 21 Gelijkekansendecreet met dezelfde inhoud).

Het onderscheid volgt immers niet uit het besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007, en evenmin uit de eigen rechtspositieregeling. Het is enkel gebaseerd op een

beslissing van het OCMW, weliswaar met verwijzing naar de rechtspositieregeling, maar niet op die regeling zelf, die immers niet de inhoud heeft die het OCMW haar toeschrijft.

Uit de artikel 236 §1 en 231 §2 van de rechtspositieregeling volgt integendeel dat D. V. E. recht heeft op ziekteverlof (en idem zo uit de geciteerde bepalingen van het BVR).

Bewijs van de discriminatie.

21. De discriminatie blijkt uit de besluiten van 26 oktober 2020 en van 1 maart 2021. Het is duidelijk dat het OCMW Herent zijn beslissing heeft genomen op basis van de medische situatie van D. V. E. die als een handicap dient te worden aanzien.

De discussie over het kunnen aantonen van feiten die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden is verder derhalve niet relevant. Het is duidelijk dat de beslissing van het OCMW Herent gebaseerd is op de handicap van D. V. E.: dat blijkt uit de aangevochten beslissingen zelf en uit de daaraan voorafgaande correspondentie.

Het OCMW Herent verwijst ten andere ook zelf naar wat het aanduidt als de fysieke beperkingen van D. V. E.. Die beperkingen beletten D. V. E. echter “volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen”. De beperking is langdurig aangezine ze reeds jarenlang bestaat (sinds 2010 of 2011). De beslissing is gebaseerd op die “fysieke beperkingen” zodat het verweer dat de beslissing daar volledig los van staat niet correct is.

22. De redelijke aanpassingen die het OCMW Herent heeft doorgevoerd, nemen niet weg dat dat D. V. E. aanspraak kan maken op een correcte toepassing van de rechtspositieregeling.

Schadevergoeding.

23. Artikel 18 van de Discriminatiewet bepaalt:

“§ 1. Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

§ 2. De in § 1 bedoelde forfaitaire schadevergoeding wordt als volgt bepaald :

1° met uitzondering van het hierna bedoelde geval, wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, bepaald op 650 euro; dat bedrag wordt verhoogd tot **1.300 euro** indien de dader niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade;

2° indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning; wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie voorzien in artikel 15, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1°.

Artikel 18 §2, 2° laatste zin verwijst naar artikel 15 van dezelfde wet. Die bepaling luidt als volgt:

“De bepalingen die strijdig zijn met deze wet alsook de bedingen die bepalen dat een of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door deze wet gewaarborgd worden, zijn nietig.”

24. De besluiten van het OCMW Herent van 26 oktober 2020 en van 1 maart 2021 zijn nietig in de mate dat zij niet beantwoorden aan de artikelen 236 §1 en 231 §2 van de eigen rechtspositieregeling (en aan de overeenstemmende bepalingen van het BVR).

D. V. E. roept die nietigheid in en verwijst ook naar artikel 159 van de Grondwet (bv nrs. 17 en 48 van zijn conclusie).

Hij heeft recht op het door hem gevorderde wachtgeld (art. 197 §1 BVR en art. 237 §1 rechtspositieregeling).

De materiële schade die voortvloeit uit de discriminatie wordt aldus hersteld via de toepassing van de nietigheidssanctie van artikel 15 van de Discriminatiewet.

Het OCMW Herent toont niet aan dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden.

D. V. E. heeft derhalve recht op een schadevergoeding ten bedrage van **1.300 euro**.

D. V. E. beroept zich alternatief ook op het Gelijke Kansendecreet van 10 juli 2008. De artikelen 27 en 28 van dat decreet hebben inderdaad dezelfde strekking als de hier besproken bepalingen van de Discriminatiewet.

Gerechtskosten.

25. Nu het OCMW Herent in het ongelijk wordt gesteld, dient het veroordeeld te worden tot het betalen van de gerechtskosten (art. 1017 Ger.W.), zoals hierna bepaald.

BESLISSING

Het arbeidshof, op tegenspraak en met toepassing van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder artikel 24,

- verklaart het hoger beroep ontvankelijk en als volgt **gegrond**,
- **vernietigt** het vonnis van de arbeidsrechtbank Leuven, 1^{ste} kamer B, van 17 maart 2022, AR 21/276/A), in al zijn beschikkingen,
- opnieuw wijzende,

veroordeelt het OCMW Herent tot het betalen aan D. V. E. van het achterstallig wachtgeld van 926,15 EUR per maand sedert 1 maart 2021 tot op heden, meer de wettelijke intresten vanaf de respectievelijke maand van verschuldigdheid en met gerechtelijke intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van dagvaarding,

bepaalt dit bedrag voor de periode van maart 2021 tot en met december 2022 op (22 x 926,15 =) 20.375,30 EUR,

veroordeelt het OCMW Herent tot het betalen van een bedrag van 1.300 euro ten titel van schadevergoeding wegens discriminatie,

wijst al het anders en meer gevorderde af als ongegrond,

- veroordeelt het OCMW Herent tot de gerechtskosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep,

bepaalt de nog te vereffenen gerechtskosten als volgt:

✓ voor het OCMW Herent:

- rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 1.500 euro
- rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 1.500 euro

✓ voor D. V. E.:

- dagvaarding: 220,66 euro
- rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 2.600 euro
- bijdrage fonds juridische tweedelijnsbijstand eerste aanleg: 22 euro
- rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 3.000 euro

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit :

B L, kamervoorzitter m.o.,
W D G, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
A L, plv raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
Bijgestaan door K C, griffier

K C,

A L,

W D G,

B L,

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van 26 juli 2023 door

B L, kamervoorzitter m.o.,

K C, griffier

K C,

B L,