

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL VAN 18 DECEMBER 2012

Bediendecontract

Tegenspraak

Definitief

In de zaak :

C. Alain, wonende te 1932 Zaventem (Sint-Stevens-Woluwe), (...);
Appellant, die op de openbare terechtzitting wordt vertegenwoordigd door meester D.
P. Lutgart loco meester A. Mehdi, advocaat te Brussel,

tegen :

Het F.B., met maatschappelijke zetel gevestigd te 1210 Brussel, (...)
;
Geïntimeerde, die op de openbare terechtzitting wordt vertegenwoordigd door meester
V. Liliane, advocaat te Leuven.

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging en meer bepaald op : •

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis,
uitgesproken op tegenspraak, door de 23ste kamer van de arbeidsrechtbank te Brussel
op 25 oktober 2011 ;

het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 30
november 2011;

- de conclusies en synthese conclusies voor de appellant neergelegd ter griffie
op 21 mei 2012 en 6 juli 2012;

- de conclusies en tweede en samenvattende conclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 27 april 2012 en 20 juni 2012;
- de voorgelegde stukken ;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 11 september 2012, waarna de debatten werden gesloten en de zaak werd overgemaakt aan het Openbaar Ministerie voor schriftelijk advies.

Gelet op het schriftelijk advies van mevrouw B. S., Iste Substituut bij het Arbeidsauditoraat gedelegeerd bij het Auditoraat- generaal, ontvangen ter griffie op 11 oktober 2012

Gelet op de repliek van appellante partij ontvangen ter griffie op 12 november 2011;

Gelet op de repliek van geïntimeerde partij ontvangen ter griffie op 12 november 2011;

Waarna de zaak van rechtswege in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op 11 december 2012 waarop ze verdaagd werd en voor uitspraak werd gesteld op heden.

* *

FEITEN EN RECHTSPLEGING

De heer C. trad op 16-9-1993 als ambtenaar, vertaler-tolk in dienst van het FB. Sinds 16-4-1994 is hij vast benoemd attaché. Hij wordt vergoed volgens weddenschaal A 12.

Vanaf 1998 was hij herhaaldelijk arbeidsongeschikt wegens rugproblemen. Hij zou zes operatieve ingrepen ondergaan hebben. Vanaf 1997 tot 2010 werden in totaal 2.179 ziekte-dagen opgenomen. Na uitputting van zijn quotum afwezigheidsdagen, heeft het Fonds de heer C. in disponibiteit wegens ziekte gesteld telkens hij afwezig was om medische redenen en kreeg hij een wachtloon van 60% van zijn activiteitswedde.

Voor de periode van mei 1998 tot en met 4-7-2003 werd de heer C. door de pensioencommissie tot tweemaal toe ernstig en langdurig ziek erkend.

Van 4-7-2003 tot november 2003 werkte de heer C. deeltijds. Omdat het onmogelijk was geworden om twee tot drie uur onbeweeglijk in een tolkencabine te blijven zitten werd zijn takenpakket aangepast. Hij deed van dan af enkel nog vertaalwerk en stopte met tolken.

Zijn taak bestond voornamelijk uit het vertalen van medische, administratieve, technische en wetenschappelijke teksten uit het Frans en het Engels naar het Nederlands en omgekeerd.

Na een evacuatieoefening op 14-11-2007 werd de heer C. 100% arbeidsongeschikt. Hij deed aangifte van een arbeidsongeval, doch dit werd niet aanvaard bij gebreke aan enig bewijs van een letsel veroorzaakt door een plotselinge gebeurtenis.

De heer C. zou in 2004 verzocht hebben om telewerk doch het Fonds zou daaraan geen gehoor hebben gegeven.

Bij brief van 5-3-2004 schreef de heer C. de toenmalige Minister van ambtenarenzaken aan om informatie te bekomen over het toepassen van telewerk bij overheidsdiensten.

De minister antwoordde op 6-4-2004 "er zijn geen wettelijke of andere reglementaire bezwaren die ambtenaren zouden verhinderen om op een andere tewerkstellingsplaats of thuis te werken. Het valt dus enkel onder de verantwoordelijkheid van de eigen instelling om te beslissen over het al dan niet invoeren van thuiswerk."

Bij Koninklijk Besluit van 22-11-2006 werd het telewerk bij de federale administratieve overheid gereguleerd.

Via de cel Diversiteit van de FOD Personeel & Organisatie, schreef mevrouw S. in haar hoedanigheid van verantwoordelijke voor de implementatie van de diversiteit en van gelijke kansen binnen human resources van de federale overheid op 20-6-2007 een brief aan het Fonds met het verzoek tot invoering voor de heer C. van telewerk wegens medische redenen.

Het Fonds antwoordde bij brief van 4-7-2007 daar niet te kunnen op ingaan omdat daarover geen enkel overleg had plaats gehad binnen het overlegcomité en geen beslissing was genomen binnen het directiecomité.

De heer C. was vanaf 14-11-2007 in disponibiteit gesteld omdat hij zijn quotum afwezigheidstagen (met recht op volledige wedde), opgenomen sedert mei 1997 had opgebruikt, en ontving slechts een wachtvergoeding van 60% van zijn laatste activiteitswedde.

Het Fonds diende op 11-6-2008 een aanvraag in bij M. (vroeger administratieve gezondheidsdienst) Cel Pensioenen bij de FOD Volksgezondheid ...tot onderzoek in het raam van een eventuele vervroegde pensionering van de heer C. aangezien zijn krediet aan ziektedagen was opgebruikt.

Na medisch onderzoek heeft de hoofdgeneesheer van M. (FOD Volksgezondheid) op 10-10-2008 het volgende meegedeeld aan de heer C.:

"-Vanuit medisch standpunt vervult u momenteel niet de voorwaarden om vroegtijdig te worden gepensioneerd;

-U is definitief ongeschikt om uw werkzaamheden op normale en regelmatige wijze te vervullen , doch u bent wel geschikt om tewerkgesteld te worden onder de volgende voorwaarden: aangepast werk (korter bij huis/thuiswerk) mede te bepalen door de bevoegde arbeidsgeneesheer;

-U is niet aangetast door een ernstige en/of langdurige ziekte zoals bedoeld wordt in de voor uw dienst geldende reglementering betreffende verloven en afwezigheden."

De heer C. ging tegen die beslissing in beroep. Het Fonds was bij die procedure niet betrokken.

Op 28-1-2009 diende de hoofdgeneesheer van de M. (FOD Volksgezondheid) volgende definitieve beslissing mee aan het Fonds:

Bovengenoemd personeelslid:

- vervult momenteel, vanuit medisch standpunt niet de voorwaarden om vroegtijdig te worden gepensioneerd.

- is definitief ongeschikt om zijn werkzaamheden op normale en regelmatige wijze te vervullen doch hij is nog wel geschikt om tewerkgesteld te worden onder volgende voorwaarden: Arbeidsplaats korter bij huis zonder verre noch langdurige verplaatsing met het openbaar vervoer, eventueel thuiswerk, concreet te bepalen door de arbeidsgeneeskundige dienst.

- is niet aangetast door een ernstige en of langdurige ziekte zoals bedoeld wordt in de voor uw dienst geldende reglementering betreffende verloven en afwezigheden.

Op 29-1-2009 deelde de pensioencommissie aan de heer C. eveneens de definitieve beslissing mee van de hoofdgeneesheer, adviseurgeneraal van de Administratieve Gezondheidsdienst, met identieke motivering.

Op 26-1-2009, vulde de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer van I. de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, een formulier in voor gezondheidsbeoordeling op grond van art 48 van het KB van 28-5-2003 betreffende het gezondheidstoezicht van werknemers.

De heer C. had zich zelf bij die dienst aangeboden om een formulier gezondheidsbeoordeling te laten invullen.

Het advies van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in rubriek F van het formulier gezondheidsbeoordeling luidde:

Momenteel in ziekteverlof. Bij eventuele werkhervatting zal alles wat het werk rugsparend maakt aan te raden zijn om medische redenen.

Op 10-2-2009 stuurde het Fonds aan S. een aanvraag voor een terbeschikkingstelling van de heer C. van de dienst Mobiliteit in het kader van ambtshalve mobiliteit met het oog op ter beschikking stelling aan andere administratieve diensten en op wedertewerkstelling in functies verenigbaar met zijn gezondheidstoestand.

Verwijzend naar de motivering van de pensioencommissie gaf het Fonds als reden op

-dat het de heer C. geen werkplaats korter bij huis kon voorstellen

-dat het Fonds naar aanleiding van de aanvraag van 20-6-2007 van de FOD P&O reeds op 7-7-2007 had geantwoord betreffende de onmogelijkheid van telewerk in het geval van de heer C..

Het Fonds deelde per aangetekende brief aan de heer C. mee dat in toepassing van art 34§2 van het Koninklijk Besluit van 15-1-2007 betreffende de mobiliteit van de statutaire ambtenaren in het federaal administratief openbaar ambt ambtshalve mobiliteit zou worden aangevraagd, gelet op de beslissing van de pensioencommissie, aanvoerend dat het onmogelijk was hem een arbeidsplaats voor te stellen korter bij huis daar er buiten de standplaats Brussel enkel nog regionale centra waren te Luik en te Hasselt. Over de onmogelijkheid telewerk aan te bieden werd niet meer gesproken.

Per brief van 13-3-2009 werd de heer C. door S. uitgenodigd voor een oriëntatiebilan op 31-3-2009. De heer C. ging daar niet op in.

Per aangetekende brief van 27-3-2009, heeft de heer C. via zijn raadsman het Fonds in gebreke gesteld om uiterlijk tegen 30-4-2009 zijn werkpost aan te passen onder de vorm van telewerk zoniet zou hij juridische maatregelen nemen.

Hij verweet het Fonds zich schuldig te hebben gemaakt aan discriminatie op grond van art. 14 van de wet van 10-5-2007 wegens weigering van redelijke aanpassingen aan de werkomstandigheden door systematisch telewerk te weigeren hoewel dit de meest aangepaste werkomstandigheid was, gelet op de aanbeveling van de arbeidsgeneesheer en de motivatie van de Pensioencommissie. Hij benadrukte dat de mogelijkheid daartoe wettelijk was voorzien en het via een eenvoudige procedure kon worden ingevoerd.

Ook meende hij dat het Fonds niet had gemotiveerd waarom het niet aan die aanbevelingen kon tegemoet komen en dat het geen initiatief had genomen om samen met de arbeidsgeneesheer passende maatregelen uit te werken, rekening houdend met de beslissing van de Pensioencommissie

Hij achtte de aanvraag tot ambtshalve mobiliteit bij S. niet afdoende gemotiveerd.

Per brief van 9-4-2009 stelde de raadsman van de heer C. het Fonds. opnieuw in gebreke omdat het de plaats van de heer C. door een nieuwe ambtenaar had laten innemen en zijn bureelkast had weggehaald en hierdoor de heer C. zijn functie had ontnomen en het materiaal dat hij nodig had om zijn functie uit te oefenen.

Hij stelde het Fonds in gebreke de nodige maatregelen te nemen uiterlijk tegen 15-4-2009.

Het Fonds beantwoordde die brief met een brief van 15-4-2009 waarin het wees op de noodzaak om de continuïteit van de dienst te verzekeren en op de exclusieve verantwoordelijkheid van de werkgever over de organisatie van het werk.

Per aangetekende brief van 21-4-2009 beantwoordde het Fonds de brief van 26-3-2009 met volgende motivering:

- dat indien de heer C. zijn voornemen had laten blijken om zijn taken opnieuw op te nemen, in samenspraak met I. gezorgd had kunnen worden voor een aangepaste zetel voor zijn rugproblemen en de nodige maatregelen hadden kunnen worden getroffen om de ergonomie van zijn werkplaats te verbeteren.
- dat de centrale administratie van het Fonds op minder dan 7 km van zijn domicilie was gelegen en er geen afdelingen waren dicht bij zijn woonplaats.
- dat het KB van 22-11-2006 betreffende telewerk in het federaal administratief openbaar ambt bepaalt dat thuiswerk gebeurt op vrijwillige basis zowel voor het betrokken personeelslid als voor de betrokken werkgever, zodat het geen enkele verplichting had om telewerk te organiseren binnen zijn diensten.
- dat het directiecomité daarover nog geen enkele beslissing had genomen.
- dat het bijgevolg niet de mogelijkheid had om de heer C. een werkplaats aan te bieden dicht bij zijn woonplaats noch eventueel telewerk.
- dat een aanvraag voor ter beschikkingstelling van de dienst mobiliteit aan S. was overgemaakt conform aan de bepalingen van het koninklijk besluit van 15-1-2007.

Na een medisch onderzoek van 8-5-2009 adviseerde de externe preventieadviseur-arbeidsgeneesheer op 14-5-2009 "geen rugbelastend werk — bureelwerk mogelijk (kort bij huis en/of telewerk)"

Met een brief van 18-5-2009 vroeg de raadsman van de heer C. aan het Fonds welke maatregelen het na kennisname van de beslissing van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer zou nemen om de arbeidspost van de heer C. op passende wijze aan te passen.

Met een brief van 28-5-2009 verwees het Fonds naar zijn brief van 21-5-2009 waarin het zijn standpunt reeds had uitgelegd. Het wees erop dat de aanbeveling van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer geen beslissing was.

De Algemene Administratieve Gezondheidsdienst M. (FOD Volksgezondheid had bij brief van 27-1-2009 aan de heer C. meegedeeld dat indien de heer C. niet binnen de termijn van uiterlijk één jaar weder tewerkgesteld was, hem vanaf dan ambtshalve zonder nieuw geneeskundig onderzoek, het pensioen wegens arbeidsongeschiktheid zou verleend worden, behoudens beroep bij de Raad van State.

De heer C. tekende tegen die beslissing geen beroep aan bij de Raad van State.

Aangezien beide partijen bij hun standpunt bleven met betrekking tot het nemen van passende maatregelen, ging de heer C. op 3-7- 2009 over tot dagvaarding.

Zijn vordering, zoals uitgebreid bij conclusie luidde:

- de aanbevelingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer bindend te verklaren t.a.v. het F.B. en bijgevolg het te verplichten om hem opnieuw tewerk te stellen in zijn oorspronkelijke functie binnen zijn dienst van herkomst onder de vorm van telewerk en dit tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

- het F. B. te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding equivalent aan 25.000 Euro uit hoofde van gemiste activiteitswedde a rato van 40% te rekenen vanaf het jaar 2004 (datum aanvraag telewerk) tot eind 2008, en de wettelijke en gerechtelijke intresten daarop tot het bereiken van de pensioenleeftijd en de kosten van het geding.

- te zeggen dat het F. B. hem discrimineert door aangepast werk (in casu telewerk) te weigeren en bijgevolg het te veroordelen:

- een einde te stellen aan die discriminatie

- een forfaitaire vergoeding te betalen gelijk aan 6 maanden loon, begroot op 18.000 euro bruto.

In ondergeschikte orde, indien de arbeidsrechtbank zich onbevoegd zou verklaren: te zeggen dat de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is om de zaak te behandelen.

- Met het vonnis van 20-9-2010 verklaarde de arbeidsrechtbank zich bevoegd om van het geschil kennis te nemen daar de vordering was gesteund op de welzijnswet en op de discriminatiewet.

Zij oordeelde daarin eveneens dat de heer C. moest worden beschouwd als een persoon met een handicap in de zin van de antidiscriminatiewet daar het rugletsel waaraan hij leed voldeed aan de bepalingen van die definitie.

- Met het vonnis van 25-10-2011 verklaarde de arbeidsrechtbank, op gelijkkluidend advies van het Openbaar Ministerie, de vorderingen ontvankelijk doch volledig ongegrond en veroordeelde de heer C. tot de kosten van het geding.

Zij oordeelde dat het Fonds noch het KB van 28-5-2003 gezondheidstoezicht werknemers had overtreden, noch het KB van 15-1-2007 betreffende de ambtshalve mobiliteit en de door de heer C. gevorderde schadevergoeding bijgevolg niet verschuldigd was.

Met betrekking tot de ingeroepen discriminatiewetgeving oordeelde zij dat het enkele feit dat het Fonds de heer C. niet had toegelaten telewerk of thuiswerk te verrichten, niet van aard was om te besluiten dat het geweigerd had redelijke aanpassingen te treffen teneinde tegemoet te komen aan de rugproblematiek van de heer C..

De arbeidsrechtbank sloot zich aan bij het advies van het Openbaar Ministerie dat er geen schending was van art 14 van de . antidiscriminatiewet op volgende overwegingen:

- aangezien de vestiging van het Fonds op minder dan 7 km van de woonplaats van de heer C. was gelegen aan de gestelde voorwaarde van werk kort bij huis was tegemoet gekomen.

- het Fonds niet geweigerd had de werkomgeving aan te passen aangezien het de heer C. toestemming had gegeven tot beweging tijdens het werk en ergonomische maatregelen had overwogen.

- telewerk en thuiswerk niet als conditio sine qua non geadviseerd werden.

Het merkte daarbij op dat werk thuis als toek niet mogelijk was en bijgevolg geen passende maatregel vormde voor dit gedeelte van de arbeidstaak.

VORDERINGEN IN HOGER BEROEP

De heer C. is het niet eens met de uitspraak van de arbeidsrechtbank. Hij vordert dat het hof zou oordelen dat het F.B. hem volgende vergoedingen dient te betalen:

- een schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon voor de periode waarin hij in beschikbaarheid werd geplaatst, van januari 2004 tot 31-1-2010, tot op datum van uitspraak , begroot op 84,407,50 euro.

- een schadevergoeding voor gederfd loon voor de periode waarin hij verplicht was met pensioen te gaan, van 1-2-2010 tot de datum van uitspraak, berekend aan 527 euro bruto per maand.

- een schadevergoeding voor het loon dat hij zal missen door het feit dat hij niet in de mogelijkheid werd gesteld om verder normale arbeidsactiviteiten te vervullen tot zijn pensioenleeftijd van 65 jaar, vanaf de datum van uitspraak tot het bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar, op 1-5-2015, begroot op 527 euro per maand.

- een schadevergoeding voor het pensioenbedrag dat hij zal missen doordat het pensioen berekend zal worden op een lager basisbedrag dan het basisbedrag dat normaal in aanmerking zou komen indien hij zijn normale activiteiten verder zou hebben gezet, berekend op 1 euro provisioneel.

Hij vordert dat het Fonds ook zou worden veroordeeld tot de kosten.

Het F.B. vordert dat de vordering van de heer C. ongegrond zou worden verklaard omdat het er niet toe verplicht kan worden de aanbevelingen van de preventieadviseur-arbeidsarts op te volgen.

Het vordert tevens dat de heer C. tot de kosten zou worden veroordeeld.

BEOORDELING

I. ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep van de heer C. is enkel gericht tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank van 25-10-2011.

Nu geen betekeningakte van het vonnis wordt voorgelegd kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld, daarover is trouwens geen betwisting gerezen. Het is regelmatig naar vorm en aan de overige ontvankelijkheidsvereisten is eveneens voldaan. Het is bijgevolg ontvankelijk.

II TEN GRONDE

WETTELIJK KADER

M.b.t. Het gezondheidstoezicht, ingeroepen door de heer C.

- Het Koninklijk Besluit Gezondheidstoezicht werknemers van 28-5-2003

Het gezondheidstoezicht zoals geregeld in het KB beoogt de tewerkstellingskansen te bevorderen voor iedereen ook voor werknemers met een beperkte arbeidsgeschiktheid en het vermijden van risico's voor werknemers van taken waarvan zij wegens hun gezondheidstoestand normaal de risico's niet kunnen dragen.(art 3)

- art 48 bepaalt dat elke beperking inzake de arbeidsgeschiktheid vermeld in het formulier voor de gezondheidsbeoordeling vergezeld gaat met preventieve maatregelen als bedoeld in art.34.

Art 34 bepaalt

§1 Op grond van de resultaten van de periodieke gezondheidsbeoordeling en wanneer de gezondheidstoestand van de werknemer dit vereist, stelt de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer aan de werkgever alle gepaste individuele en collectieve preventie- of beschermingsmaatregelen voor.

§2 die maatregelen kunnen erin bestaan:

1° de duur, intensiteit of frequentie van de blootstelling aan dergelijke agentia of belasting te verminderen

2° een herinrichting of aanpassing van de werkpost of activiteit en/of de werkmethode en/of de arbeidsomstandigheden voor te stellen

6° de betrokken werknemer niet meer bloot te stellen aan een agens of belasting bedoeld in art 2,3° of de werknemer tijdelijk over te plaatsen van zijn werkpost of de uitgeoefende activiteit

De werknemer kan ook spontaan de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer raadplegen.

Art 56 voorziet dat indien de preventieadviseur arbeidsgeneesheer oordeelt dat de werknemer zijn werkpost kan behouden of zijn activiteiten kan voortzetten, hij in de rubriek F de maatregelen vermeldt die moeten worden genomen om zo snel mogelijk de risicofactoren tot een minimum te beperken door overeenkomstig de risicoanalyse de beschermings- en preventie maatregelen toe te passen.

Art 57: bepaalt dat de werkgever, de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer en in voorkomend geval andere preventieadviseurs de werknemer en de afgevaardigden van het personeel in het Comité of bij ontstentenis van Comité door de werknemers gekozen vertegenwoordigers van de vakbond, voorafgaandelijk overleg plegen over de mogelijkheden voor ander werk en de maatregelen tot aanpassing van de werkpost.

Art 70 §1 luidt:

"De werkgever tracht overeenkomstig de aanbevelingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, zo snel mogelijk elke werknemer, voor wie op het formulier voor de gezondheidsbeoordeling aanbevelingen in die zin zijn aangetekend, tewerk te stellen op een andere werkpost of aan een andere activiteit waarvan hij de tewerkstellingsvoorwaarden bepaalt.

De werkgever die in de onmogelijkheid verkeert om een andere werkpost of activiteit aan te bieden zoals bedoeld in het eerste lid, moet dit aan de geneesheer-arbeidsinspecteur van de medische arbeidsinspectie kunnen verantwoorden."

Art 72 bepaalt:

"Onder voorbehoud van de toepassing van art 71, is de werkgever ertoe gehouden de werknemer die definitief ongeschikt is verklaard door een definitieve beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer aan het werk te houden overeenkomstig de aanbevelingen van deze laatste, door hem ander werk te geven, tenzij wanneer dat noch technisch noch objectief mogelijk is of wanneer dat om gegronde redenen redelijkerwijze niet kan worden geëist.

M.b.t. de mobiliteit

- Het KB van 15-1-2007 art 34 KB betreffende de mobiliteit van statutaire ambtenaren in het federaal administratief openbaar ambt.

Art 34 bepaalt dat de bepalingen van dit hoofdstuk (d.i. hoofdstuk V betreffende de ambtshalve mobiliteit) toepasselijk zijn op

(--)

2° de federale statutaire ambtenaren die door een beslissing van de Pensioencommissie van het bestuur van de medische expertise voor de uitoefening van hun functies ongeschikt werden verklaard maar die in aanmerking komen om weder tewerkgesteld te worden in andere functies die verenigbaar zijn met hun gezondheidstoestand.

In de gevallen bedoeld in het eerste lid 2° moet de federale dienst waaronder de federaal statutair ambtenaar ressorteert, op het ogenblik van de beslissing tot terbeschikkingstelling door S., aantonen dat die ambtenaar daar niet weder tewerkgesteld kan worden.

Art 37 bepaalt

Zolang zij niet in ambtshalve mobiliteit zijn geplaatst of niet worden ingezet overeenkomstig art 41, zijn de ambtenaren ertoe gehouden hun dienst te vervullen in de federale dienst die hen ter beschikking heeft gesteld.

-M.b.t. discriminatie

- Richtlijn 2000/78EG

Art 5 van de kaderrichtlijn 2000/78EG van 27-11-2000, beschouwt als een vorm van discriminatie dat de werkgever in gebreke blijft te voorzien in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap. Daarin wordt verder bepaald:

"Dit houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap mag zij niet als onevenredig worden beschouwd. "

In de considerans 20 van de preambule wordt toegelicht dat het gaat om doeltreffende en passende maatregelen voor de aanpassing van de werkplek aan de handicap. Er worden een aantal voorbeelden gegeven van redelijke aanpassingen: aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme en taakverdeling, voorzien in opleiding en integratiemiddelen.

Punt 21 van de considerans stelt dat om te bepalen of maatregelen een onevenredige belasting vormen moet rekening gehouden worden met de financiële en andere kosten, de materiële middelen van de organisatie en de mogelijkheden tot het verkrijgen van publieke en andere bijstand.

Met betrekking tot de bewijslast, bepaalt Art10 van de Richtlijn verder dat de Lidstaten de noodzakelijke maatregelen moeten treffen, overeenkomstig hun juridisch systeem zodat wanneer een persoon die zich het slachtoffer acht van discriminatie feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie laten vermoeden, het de verwerende partij toekomt te bewijzen dat er geen schending is van het beginsel van gelijke behandeling.

Dat komt neer op een verdeling van de bewijslast. (I. Rorive en V. Van Der Plancke , Quels dispositifs pour prouver la discrimination in De nieuwe federale antidiscriminatiewetten, die Keure, 2008, p 420)

De lidstaten moesten aan de richtlijn uitwerking geven uiterlijk op 2-12-2003, doch met betrekking tot de discriminatiegrond handicap' beschikten zij over drie extra jaren, mits jaarlijkse rapportering over de geboekte vooruitgang.(art 18 richtlijn)

De richtlijn werd binnen de voorgeschreven termijn omgezet in Belgisch recht.

De vordering van de heer C. beslaat de periode vanaf januari 2004.

Er dient bijgevolg rekening te worden gehouden met :

- De Federale antidiscriminatiewet van 25-2-2003

Volgens de oorspronkelijke tekst van art 2§1 van de wet van 25-2- 2003 was er sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze werd gerechtvaardigd rechtstreeks gebaseerd was op een aantal criteria, waaronder, "de huidige of toekomstige gezondheidstoestand" en "handicap".

Bij arrest van 6-10-2004 van het Grondwettelijk Hof, werd geoordeeld dat de limitatieve opsomming van de discriminatiegronden niet overeen stemde met het doel van de wetgever om alle vormen van discriminatie te bestrijden en moesten geschrapt worden.

Hierdoor kreeg de antidiscriminatiewet een zeer ruim toepassingsgebied.

Elke vorm van discriminatie werd verboden bij de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, tot onbetaalde arbeid of als zelfstandige met inbegrip van selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie met inbegrip van bevorderingskansen, alsook werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en bezoldiging, zowel in de privésector als in de overheidssector en bij de benoeming of de bevordering van een ambtenaar of de aanwijzing van een ambtenaar voor een dienst. (art 2§4 van de wet)

Art 2§5 bepaalde dat in de opgesomde arbeidsbetrekkingen, discriminatie op een objectieve en redelijke rechtvaardiging berust indien een dergelijk kenmerk vanwege de aard van een beroepsactiviteit of de context waarin die wordt uitgevoerd een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

Wat de discriminatiegrond handicap betreft, dient rekening te worden gehouden met de specifieke bepaling die het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap als discriminatie in de zin van de wet aanziet.(art 2§3) Als redelijke aanpassing wordt de aanpassing bedoeld die geen onevenredige belasting betekent of waarvan de belasting voldoende is gecompenseerd door bestaande maatregelen (art 2§4).

Noch de richtlijn noch de discriminatiewet geven een definitie van het begrip handicap. Het was wel de bedoeling van de wetgever om dit begrip ruim in te vullen

Tijdens de bespreking in de senaat werd hierbij volgende toelichting gegeven door de regering: voor de toepassing van deze wet wordt onder handicap verstaan: een fysieke, sensorische, verstandelijke of psychische stoornis of beperking die een belemmering kan vormen voor een evenwaardige participatie aan de in §3 vermelde toepassingsdomeinen. (part. st.Kamer, 2001-2002, nr. 1578/8 31 en 48)

Aangezien handicap een criterium is dat in de Richtlijn is opgenomen, dient m.b.t. dit criterium een richtlijnconforme interpretatie gehanteerd te worden.

Met het oog op een richtlijn conforme interpretatie wordt in rechtspraak en rechtsleer verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van 11-7-2006 waarin werd beslist dat het begrip handicap "dient te worden opgevat als een beperking die het gevolg is van lichamelijke geestelijke of psychische aandoeningen die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert. " (H.v.J. 11-7-2006 zaak C-135/05 Chacon Navas t Eurest Colectividades, RO 43, www.curia.europa.eu.)

Het Hof stelt daarin eveneens dat een beperking slechts als een handicap kan worden opgevat indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is. (RO 44 tot 46 van het arrest)

Wat de oorzaak is van de handicap is zonder belang. Dit wordt onderlijnd in een protocol tussen de Federale Staat en de Gemeenschappen en Gewesten met betrekking tot personen met een handicap, (BS 20-9-2007, pr 49653)

Daarin werd nader bepaald dat in ieder geval onder handicap moest worden verstaan: elke duurzame en belangrijke beperking voor een persoon tot deelname te wijten aan de dynamische interactie tussen:

- aandoeningen van mentale, fysieke, psychische of sensorische aard
- beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten
- contextuele factoren, zowel persoonlijke als omgevingsfactoren.

De plicht tot het maken van redelijke aanpassingen is een toepassing van het principe van gelijke behandeling en geen uitzondering en dient niet beperkend te worden uitgelegd. (De Vos, OC? 33)

Tijdens de wetvoorbereiding werd benadrukt dat o.m. betreffende de redelijke aanpassingen het begrippenapparaat werd ontleend aan het Europees gemeenschapsvocabularium.

Volgende concrete voorbeelden van redelijke aanpassingen werden gegeven: "onder aanpassingen dienen onder meer te worden verstaan de architecturale aanpassingen die bvb. de rolstoeltoegankelijkheid garanderen, de technische hulpmiddelen die bv. doven en blinden toelaten te communiceren, het gebruik van een vereenvoudigd taalgebruik voor mensen met mentale beperkingen, de reorganisatie van taakverdelingen, het verlenen van assistentie aan de persoon met een handicap: kortom alle nodige concrete maatregelen voor zover redelijk die ertoe bijdragen dat de persoon met een handicap geen schadelijke weerslag ondervindt van de omgevingsfactoren."(Parl.St. Kamer 2001-2002, nr 1.578/3;2)

De aangegeven voorbeelden zijn niet limitatief. (Parl. St. Kamer 2001-2002 nr 1578/8,30)

De redelijkheid van de aanpassing moet beoordeeld worden rekening houdend met de context. Tot die contextuele elementen behoren bvb. de frequentie van het gebruik van een specifieke dienst voor een persoon met een welbepaalde handicap maar ook de vraag of de aanpassing geen onevenredige belasting creëert. Bij de beoordeling van dit laatste element dient rekening gehouden te worden met bestaande overheidssubsidies die de financiële last van de aanpassingen in gevoelige mate kunnen reduceren." (Parl. St. Kamer 2001-2002, nr 1.578/3;2)

De term "redelijke aanpassingen" houdt in dat er een afweging moet worden gemaakt tussen het resultaat van de aanpassing (waarbij moet onderzocht worden of deze een volwaardige participatie toelaat van de persoon met een handicap) en de belasting in hoofde van de "werkgever" zowel op financieel als op organisatorisch vlak.

Daaruit volgt dat er geen discriminatie is wanneer het voor de aanbieder van werk niet haalbaar is de aanpassingen te organiseren en dat er geen verplichting is tot aanpassingen wanneer de betrokkene ondanks deze redelijke aanpassingen wezenlijk niet in staat blijft aan de activiteit te participeren. (J. Huys, Het 'niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie, TSR 2003 p 408)

Wat de bewijsvoering betreft, komt art 19§3 van de wet tegemoet aan het voorschrift van de richtlijn m.b.t. de verdeling van de - bewijslast.

- De Federale antidiscriminatiewet van 10-5-2007

De Federale antidiscriminatiewet 10-5-2007 voerde opnieuw een lijst discriminatiegronden in. Zowel de discriminatiegrond "handicap" als "huidige of toekomstige gezondheidstoestand" en "fysieke of genetische eigenschap" worden daarin opgenomen.

Art 14 van die wet bepaalt dat in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van de Wet vallen elke vorm van discriminatie verboden is.

Onder discriminatie wordt o.m. verstaan: een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.

Art 4,12° definieert redelijke aanpassingen "als passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoeften worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop deze wet van toepassing is, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap mag zij niet als onevenredig worden beschouwd."

Wat de bewijslast betreft, bevat art 28 een analoge bepaling als in de vorige wet met betrekking tot de verdeling van de bewijslast.

Ten aanzien van de sancties, zijn volgende bepalingen van belang. Art 18 §1 bepaalt dat het slachtoffer van discriminatie naar keuze aanspraak kan maken op de forfaitaire vergoeding als bepaald in §2 of op de vergoeding van de werkelijk geleden schade op basis van de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid. Het slachtoffer dient dan het bewijs van zijn schade te leveren.

Art 18§2,2° bepaalt dat indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk is aan de bruto beloning voor zes maanden.

Toepassing op voorliggend geval

De arbeidsrechtbank heeft in het vonnis van 20-9-2010 reeds beslist dat de rugletsels waardoor de heer C. is getroffen een handicap uitmaken. Daarover bestaat geen betwisting meer.

Bij de beoordeling van het geschil zullen de hierboven aangehaalde bepalingen m.b.t. het gezondheidstoezicht werknemers, de gedwongen mobiliteit ambtenaren en deze m.b.t. de verplichting tot het doen van redelijke aanpassingen t.a.v. personen met een handicap worden betrokken

Het hof is van oordeel dat met betrekking tot de ingestelde vordering, verschillende periodes moeten worden onderscheiden.

1. -Tijdens een eerste periode vanaf januari 2004 tot november 2007, was de heer C. herhaaldelijk gedurende geruime tijd arbeidsongeschikt.
Het Fonds was op de hoogte van het bestaan van een rugproblematiek, doch had geen kennis van de juiste diagnose, aangezien deze door de artsen niet wordt meegedeeld.

Uit de gegevens die partijen verstrekken, kan worden afgeleid dat het Fonds tijdens die periode de werkpost van de heer C. wel degelijk heeft aangepast, in die zin, dat hij geen tolkprestaties meer moest verrichten. Deze vereisten immers langdurig stilzitten in een tolkcabine in dezelfde houding, terwijl het in verband met zijn rugklachten aangewezen was dat hij af en toe bewoog.

De heer C. diende nog enkel vertaalopdrachten uit te voeren en mocht regelmatig beweging nemen.

Er liggen in het dossier geen elementen voor die erop wijzen dat tijdens die periode aanbevelingen werden gedaan door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer of een andere arts in verband met andere, meer passende maatregelen.

De heer C. beweert reeds in 2004 een aanvraag tot het bekomen van telewerk te hebben gedaan, doch dit is in het dossier niet terug te vinden.

Aangezien art 14 van de antidiscriminatiewet de "weigering" tot het nemen van redelijke aanpassingen als discriminatie beschouwt, kan daaruit opgemaakt worden dat eerst een aanvraag moet worden gedaan.

Een procedure is niet door de wet voorzien. Voor de beoordeling van de "aanpassingen" komt een advies van de preventieadviseur arbeidsgeneesheer aangewezen voor.

In juni 2007 werd zo'n aanvraag wel gedaan via de cel Diversiteit van de FOD Personeel en Organisatie "om medische redenen". Daarin is vermeld dat er reeds verschillende eerdere aanvragen waren geweest doch er kan niet uit worden opgemaakt wanneer dit zou zijn gebeurd. Er blijkt echter niet dat er medische adviezen werden verstrekt waarbij thuiswerk/telewerk werd aanbevolen.

Dat een persoon rugklachten heeft impliceert niet noodzakelijk dat gepaste maatregelen om de uitvoering van zijn taak mogelijk te maken zouden bestaan in het aanbieden van telewerk. Het Fonds antwoordde in zijn brief van 4-7-2007 aan de cel Diversiteit, dat het bijzondere aandacht had voor ergonomie en aan elk personeelslid met rugklachten een aangepaste stoel ter beschikking stelde. Daarop kwam geen verdere reactie meer.

Nu het Fonds niet over precieze medische informatie beschikte m.b.t. de rugproblematiek en er kennelijk evenmin medische aanbevelingen werden gedaan i.v.m. thuiswerk/telewerk, is het hof van oordeel dat met betrekking tot die periode in ieder geval aan het Fonds niet kan worden verweten de bepalingen van het KB gezondheidstoezicht te hebben miskend en evenmin dat het geen redelijke aanpassingen zou hebben getroffen ten voordele van de heer C. gelet op zijn handicap.

Bovendien diende op basis van het KB van 1-12-2006 met betrekking tot de invoering van telewerk eerst overleg te worden gepleegd binnen het overlegcomité en diende een beslissing te worden getroffen door het directiecomité. Verder dienden dan een aantal maatregelen te worden getroffen o.m. ter beveiliging van de software.

2.- Vanaf 14-11-2007 was de heer C. opnieuw volledig arbeidsongeschikt. Hij gaf aan dat dit het gevolg was van een arbeidsongeval tijdens een evacuatieoefening op die dag, waarvan hij aangifte deed.

Er werd geen arbeidsongeval weerhouden aangezien elk bewijs m.b.t. het bestaan van een plotse gebeurtenis ontbrak.

De heer C. bleef langdurig volledig arbeidsongeschikt. Er blijkt niet dat hij aanstalten zou hebben gemaakt het werk te hervatten onder bepaalde voorwaarden. Er liggen geen medische adviezen voor m.b.t. die periode waarin vermeld werd dat het aangewezen was dat de heer C. thuis zou werken.

3.-Beslissingen Pensioencommissie 10-10-2008, gevolgd door de definitieve beslissing van 27-1-2009.

Bij de eerste beslissing luidde dat de heer C. definitief ongeschikt was om zijn werkzaamheden op normale en regelmatige wijze te vervullen, doch wel geschikt was om te worden tewerk gesteld onder volgende voorwaarden:

Aangepast werk korter bij huis/ thuiswerk, mede te bepalen door de bevoegde arbeidsgeneesheer.

De heer C. tekende hoger beroep aan tegen de beslissing.

De definitieve beslissing van 27-1-2009 was nagenoeg identiek, met dien verstande dat er werd verduidelijkt dat de heer C. geschikt was om te worden tewerk gesteld onder volgende voorwaarden: "Arbeidsplaats korter bij huis zonder verre nog langdurige verplaatsing met het openbaar vervoer/eventueel thuiswerk concreet te bepalen door de arbeidsgeneeskundige dienst."

Hiermee wist het Fonds in welke richting de aanpassingen dienden te gaan.

Het voorstellen van een ergonomische stoel en bewegingsmogelijkheden tijdens de prestaties op de zetel van het Fonds is bijgevolg in het licht van het verstrekt advies geen voldoende doeltreffende en passende maatregel.

Evenmin is het relevant dat de vestiging van het Fonds op slechts 7 km van de woonplaats van de heer C. was gelegen.

Men mag aannemen dat de arts daarvan kennis had, toch stelde hij dat de werkplaats korter bij huis moest zijn en blijkt uit de beslissing dat de verplaatsingen een probleem waren.

Dat het Fonds geen werkplaats korter bij huis kon aanbieden is een feit.

Het Fonds meent dat als maatregel dan volstond de heer C. ter beschikking te stellen om via S. een betrekking te vinden in een andere dienst die wel zou voldoen aan de aanbeveling.(korter bij huis)

Het hof wijst op de bepaling van art 34 en 37 van het KB 15-1-2007. Het Fonds diende aan te tonen dat het de heer C. niet weder tewerk kon stellen vooraleer over te gaan tot ter beschikking stelling, m.a.w. dat het geen redelijke aanpassingen meer kon doen om de heer C. toe te laten zijn werk verder uit te voeren.

Aangezien de Pensioencommissie had gesteld dat de concrete arbeidsvoorwaarden moesten bepaald worden door de arbeidsgeneeskundige dienst, kon het Fonds nog de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer afwachten.

Het eerste advies van 31-1-2009, was eerder vaag aangezien enkel werd gesteld dat om medische redenen rugsparende maatregelen aangewezen waren.

Samen gelezen met het advies van de Pensioencommissie, kon daaruit worden opgemaakt dat die maatregelen in de richting moesten gaan van wat de Pensioencommissie had besloten.

De heer C. brengt het feit dat hij op 21-1-2009 niet meer als langdurig en ernstig ziek werd beoordeeld door de pensioencommissie, in tegenstelling tot wat tijdens voorbije periodes het geval was geweest, in verband met het feit dat er intussen een wettelijk kader bestond om telewerk in te voeren, terwijl dit ten tijde van voorgaande beslissingen nog niet bestond.

Deze hypothese lijkt niet uitgesloten.

Het telewerk in het federaal administratief openbaar ambt, werd inderdaad pas gereguleerd bij KB Van 22-11-2006. (verschenen in het Belgisch Staatsblad op 1-12-2006)

Het Fonds werd door de raadsman van de heer C. bij brief van 26-3-2009 in gebreke gesteld tot het nemen van redelijke aanpassingen onder de vorm van telewerk.

Gelet op het advies van de Pensioencommissie en rekening houdend met de bepalingen van de discriminatiewet i.v.m. passende maatregelen, diende het Fonds bijgevolg te onderzoeken hoe het daaraan tegemoet kon komen.

Hoewel de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in een volgend advies van 14-5-2009 telewerk adviseerde werd dit door het Fonds niet aangeboden.

Aangezien de heer C. op 1-2-2010 nog steeds niet weder tewerkgesteld was, werd hij op rustpensioen gesteld.

De heer C. verwijst naar art 72 van het KB gezondheidsbeoordeling dat aan de werkgever in geval van definitieve ongeschiktheid en wanneer het objectief en technisch niet mogelijk is of redelijkerwijze niet kan worden geëist de werknemer te herklasseren de verplichting oplegt dit te motiveren. Hij meent dat dit impliciet geldt wanneer de arbeidsgeneesheer een herklassering heeft voorgesteld mits aanpassingen.

Dit moet volgens hem gebeuren door het aantonen van de tegenstelbare zoektocht naar mogelijke aanpassingen die de werkgever heeft ondernomen en impliciet inhoudt dat de werkgever dit ook moet doen indien de arbeidsgeneesheer een herklassering heeft voorgesteld mits aanpassingen.

Het Fonds is van oordeel dat art 72 KB gezondheidstoezicht niet van toepassing is op voorliggend geval.

Het Fonds meent dat de preventieadviseur geen beslissing heeft getroffen, doch slechts een aanbeveling die het niet verplicht was op te volgen zoals door de arbeidsrechtbank terecht beslist.

Het Fonds merkt op dat de heer C. de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer op 23-1-2009 en 8-5-2009 enkel heeft bezocht voorafgaand aan een mogelijke werkhervatting bij toepassing van art 36 bis van het KB gezondheidstoezicht met het oog op een eventuele aanpassing van de werkpost en op die data niet werd onderzocht.

Het merkt op dat deze de geschiktheid van de heer C. enkel kon beoordelen tijdens zijn werk en niet tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid en bijgevolg niet kon beslissen of de heer C. weer kon gaan werken.

Het hof merkt op dat de heer C. wel werd onderzocht door de hoofdgeneesheer van M. die reeds uitspraak had gedaan over de geschiktheid om te werken onder bepaalde voorwaarden.

Het art 72 van het KB gezondheidstoezicht heeft inderdaad een beperkte gelding en is slechts van toepassing indien de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer zelf een definitieve arbeidsongeschiktheid heeft vastgesteld en meent dat een voorstel kan worden gedaan tot behoud van de tewerkstelling onder bepaalde voorwaarden. (J.F. Neven, dissolution du contrat de travail pour cause d'incapacité définitive: vers une obligation préalable de reclassement in " Les 30 ans de la loi du 3-7-1978 relative aux contrats de travail » ed. J.B. Brux. 2008 p 176)

De vraag of de aanbevelingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer verplicht moeten worden opgevolgd door de werkgever acht het hof in huidig geschil van ondergeschikt belang.

In ieder geval kan deze aanbeveling beschouwd worden als een suggestie van een doeltreffende aanpassing van de werkomstandigheden, gelet op de aandoening waaraan de heer C. lijdt.

De plicht van de werkgever om redelijke aanpassingen te doen t.a.v. werknemers met een handicap kan daaraan worden getoetst. .

De heer C. merkt op dat het Fonds geen overleg heeft gepleegd, zoals voorzien in art 57 KB gezondheidsbeoordeling en niet kan bewijzen welke acties en maatregelen het heeft ondernomen om telewerk in te voeren. Hij acht de onmogelijkheid om aangepast werk aan te bieden bijgevolg onvoldoende gemotiveerd.

Het hof stelt vast dat het Fonds inderdaad niet aantoont dat de mogelijkheid om telewerk aan te bieden werd onderzocht naar aanleiding van de beslissing van de pensioencommissie, gevolgd door het advies van de arbeidsgeneesheer en de ingebrekestelling door de raadsman van de heer C..

Het Fonds stelt dat het aanbieden van telewerk niet als een conditio sine qua non werd gesteld en meent voldaan te hebben aan zijn verplichtingen door ergonomische maatregelen voor te stellen en door de heer C. door te verwijzen naar S. opdat hij weder tewerkgesteld zou kunnen worden in een dienst korter bij zijn woonplaats gelegen.

Het Fonds gaat echter voorbij aan de bepalingen van art 34 en 37 van het KB van 15-1-2007 betreffende de mobiliteit van de statutaire ambtenaren in het federaal en administratief openbaar ambt. In principe is er een verplichting tot wedertewerkstelling binnen de eigen administratie en pas indien aangetoond wordt dat deze niet mogelijk is kan een beslissing tot ter beschikking stelling aan S. worden genomen.

Het Fonds meent dat wel vaststaat dat een wedertewerkstelling binnen de eigen dienst onmogelijk is doch toont niet aan alle mogelijkheden daartoe onderzocht te hebben, meer bepaald wat het aanbieden van telewerk betrof.

Het antwoord van het Fonds na ingebrekestelling door de raadsman van de heer C. was amper gemotiveerd.

In zijn antwoord op de brief van de raadsman van de heer C. van 26-3-2009

Schreef hij in verband met het verzoek tot telewerk
-dat dit volgens het KB telewerk (KB van 22-11-2006) op vrijwillige basis gebeurde,
zowel vanwege de werkgever als vanwege de werknemer.

-dat daarover geen beslissing werd genomen op het directiecomité zodat onmogelijk
aan het verzoek kon worden voldaan.

Dat het KB van 22-11-2006 bepaalt dat telewerk op vrijwillige basis gebeurt, sloot
niet uit dat het Fonds dit zou inrichten, gelet op de wettelijke verplichting passende
maatregelen te nemen t.a.v. personen met een handicap.

Dat daarover geen beslissing was genomen kan het Fonds al evenmin als
rechtvaardiging aanvoeren. Het had immers reeds ruim de tijd gehad om de
mogelijkheid te onderzoeken, op het niveau van het overlegcomité en van het
directiecomité.

In het raam van huidige procedure stelt het Fonds dat het volstrekt onmogelijk was/is
om telewerk in te voeren en brengt daarvoor volgende argumenten aan

- Vooraf stelt het Fonds dat aan de werkgever niet kan opgelegd worden aan te tonen
dat telewerk onmogelijk is en merkt op dat arbeidsvoorwaarden vrij worden bepaald
tussen werkgever en werknemer.

Het Fonds is wel gehouden tot het doen van redelijke aanpassingen. Het Fonds toont
niet aan dat de mogelijkheid om telewerk aan te bieden ook maar werd onderzocht
doch om organisatorische redenen of omwille van de kost ervan niet als een redelijke
aanpassing kan worden beschouwd.

Men kan van een overheidsdienst toch verwachten dat het de wettelijke bepalingen
met betrekking tot het discriminatieverbod, waaronder de verplichting tot het nemen
van redelijke aanpassingen ter harte neemt.

De heer C. is geen contractueel maar een statutair personeelslid. De
arbeidsvoorwaarden worden bijgevolg niet vrij tussen partijen bepaald.

- Het Fonds stelde ook dat haast geen informatie voorligt over de medische
problematiek zodat helemaal niet vast staat dat telewerk inderdaad een passende
maatregel was in het geval van de heer C..

Het hof stelt vast dat zich in het dossier wel degelijk een document bevindt waarin
medische informatie wordt verstrekt, nl. de bijlage van de beslissing van de
pensioencommissie, uitgaande van de medische gezondheidsdienst.

Op basis van die medische informatie hebben zowel de hoofdgeneesheer van de
administratieve gezondheidsdienst als de arbeidsgeneesheer hun aanbevelingen
gedaan.

- Het Fonds voert verder aan dat zijn dossiers nog niet geïnformatiseerd zijn zodat
deze niet via telewerk kunnen behandeld worden.

Aangezien de heer C. enkel vertaalwerk deed lijkt dit bezwaar niet relevant wat hem betreft.

In de preambule van het KB telewerk, kan worden gelezen dat het de bedoeling was deze vorm van werken binnen de administratie te stimuleren en o.m. ook om de kansen van gehandicapten op de arbeidsmarkt te vergroten.

De mogelijkheid werd voorzien dat de werknemers gedurende 3/5 van hun arbeidsregime aan telewerken zouden kunnen doen.

Aangezien de heer C. sinds 2003 enkel nog documenten vertaalde en niet meer tolkte leek telewerk in zijn geval zeker mogelijk.

- Het Fonds wijst erop dat het inrichten van telewerk inhoudt dat medische persoonsgegevens die binnen zijn diensten bewaard worden moeten beveiligd worden zodat een speciale VPN licentie nodig is.

De heer C. merkt op dat tal van ingenieurs die risico-onderzoeken uitvoeren voor het Fonds werken met een laptop en vertrouwelijke gegevens verwerken, wat geen problemen lijkt te stellen.

Hij wijst erop dat zelfs in de FOD Sociale Zekerheid waar ook met vertrouwelijke persoonsgegevens wordt gewerkt, telewerk werd ingevoerd.

Verder stelt hij dat reeds vanaf 2002 teksten per mail werden doorgestuurd en de vertaling via mail teruggezonden. Het Fonds antwoordt dat gewoon e-mailverkeer over dossiers niet is toegestaan.

De heer C. beweert dat het Fonds actueel vertaal- en tolkopdrachten uitbesteedt aan externen.

Het Fonds repliceert daarop dat enkel het tolkwerk wordt uitbesteed en dat er verder nog twee tot drie vertalers zijn die op de zetel van het Fonds werken.

Dat de persoonsgegevens moeten worden beveiligd is inderdaad het geval. Ook het KB van 22-11-2006 legt dit op, doch dit lijkt geen onoverkomelijk bezwaar. Het Fonds toont niet aan dat dit een kost zou meebrengen die onevenredig is met de aanbevolen maatregel.

Het FOD Personeel en Openbaar ambt, waar het telewerk eerst als proef werd ingevoerd kan ondersteuning bieden bij het organiseren ervan en het oplossen van de moeilijkheden die zich in voorkomend geval zouden stellen, zoals blijkt uit de brief van minister Arena aan de heer C. van 6-4-2004.

Een andere reden waarom het Fonds telewerk niet aangewezen acht is dat er nog meer gegadigden zouden 'zijn. Het Fonds vreest een callcenter te worden en wijst erop dat een openbare dienst, moet open zijn tijdens kantooruren en ten dienste staan van de bevolking.

Het hof ziet dit niet als geldige rechtvaardiging wat de heer C. betreft. .

Als vertaler staat de heer C. niet in contact met het publiek en moet hij het publiek geen informatie verschaffen.

In het geval van de heer C. werd telewerk om medische redenen geadviseerd door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Het Fonds zou bijgevolg aan andere gegadigden telewerk kunnen weigeren indien daarvoor geen medische verantwoording voorligt, indien andere gepaste maatregelen kunnen genomen worden of indien hun functie onverenigbaar is met thuiswerk.

Het Fonds zou zich bovendien kunnen steunen op het KB van 22-11-2006 dat in art 5 duidelijk bepaalt dat er geen enkele verplichting is om alle personeelsleden van een dienst ervan gebruik te laten maken, eens het ingevoerd werd.

-Het Fonds voert nog aan dat het bijzonder oog heeft voor ergonomische maatregelen voor mensen met rugklachten en binnen zijn instelling veel gehandicapten tewerk stelt en daarvoor aangepaste maatregelen treft.

Deze opmerking is gelet op de verstrekte adviezen niet relevant in het geval van de heer C., al blijkt inderdaad dat in zijn voordeel een aantal maatregelen werden genomen in het verleden.

Het hof is van oordeel dat de heer C. met betrekking tot de periode die een aanvang neemt vanaf de definitieve beslissing van de pensioencommissie, aangevuld met de adviezen van de preventie-adviseur- arbeidsgeneesheer en het uitblijven van maatregelen na de ingebrekestellingen van het Fonds bij brief van 26-3-2009, voldoende feiten aanhaalt die een vermoeden vestigen van discriminatie wegens het niet nemen van redelijke aanpassingen ten aanzien van hem, gelet op zijn handicap.

Het Fonds heeft de geadviseerde aanpassingen niet gedaan en toont niet aan dat die aanpassingen onredelijk zouden zijn daar zij op het vlak van de kostprijs of op organisatorisch vlak voor het Fonds een onredelijke belasting zouden betekenen.

Bijgevolg kan discriminatie worden weerhouden wegens het niet nemen van redelijke aanpassingen ten voordele van de heer C., gelet op zijn handicap, doch slechts vanaf de datum van 1-6-2009, datum vanaf wanneer het Fonds de maatregelen had kunnen nemen om het duidelijk advies van de arbeidsgeneesheer van 14.5.2009 i.v.m. telewerk, aansluitend bij de beslissing van de Pensioencommissie op te volgen.

Met betrekking tot de daaraan voorgaande periode oordeelt het hof dat de aangehaalde feiten onvoldoende zijn om een vermoeden van discriminatie te vestigen onder de vorm van het niet nemen van redelijke aanpassingen.

Schade

De heer C. kan slechts aanspraak maken op vergoeding van schade vanaf het ogenblik waarop de inbreuk wordt vastgesteld, hetzij 1-6-2009.

De heer C. kan aanspraak maken op de bij de wet voorziene forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 6 maanden loon of op de vergoeding van de reële schade. Beide schadevergoedingen kunnen niet worden gecumuleerd.

Een schending van het discriminatieverbod van art 14 van de antidiscriminatiewet van 10-5-2007 maakt een onrechtmatige daad uit. Bijgevolg kan schadeherstel worden gevorderd op grond van art 1382 Burgerlijk Wetboek zoals uitdrukkelijk bepaald in die wet bepaald.

De heer C. kiest voor de vergoeding van de reële schade.

De vaststelling van het bestaan en de elementen van de schade dient te gebeuren op het ogenblik van de niet uitvoering van de verbintenis. De begroting ervan gebeurt op het tijdstip dat het effectieve herstel zo dicht mogelijk benadert, wat praktisch overeenstemt met het ogenblik van de uitspraak. (cfr. Cass. 4-3-2010 www.cass.be; Cass. 2-2-1996, JLMB 97, 228; Cass.27-§-1974, Jurisprudence de Belgique, p 1128)

- De schade onder vorm van loonverlies kan toegekend worden voor de periode van 1-6-2009 tot 31-1-2010, hetzij een bedrag van 9.169,50 euro.

- De heer C. vordert verder schadevergoeding omdat hij vanaf 1-2-2010 wegens zijn definitieve arbeidsongeschiktheid vervroegd op pensioen werd gesteld op 1-2-2010 (hij is geboren op 17-4-1950) terwijl de normale pensioenleeftijd 65 jaar is en bovendien omdat hij gelet op zijn vervroegde pensionering een lager pensioen geniet dan wanneer hij tot 65 jaar zou hebben gewerkt.

Wie een schadevergoeding vordert moet bewijzen dat tussen de fout en de schade zoals ze zich voordoet een oorzakelijk verband bestaat.

Dat oorzakelijk verband veronderstelt dat zonder de fout de schade niet had kunnen ontstaan zoals ze zich heeft voorgedaan.(Cass. 1-4- 2004, RW 2004,106)

Degene die de fout begaat kan niet worden veroordeeld tot de vergoeding van de werkelijk geleden schade indien er onzekerheid is over het oorzakelijk verband tussen fout en schade.(Cass. 1-4-2004)

De causale onzekerheid bestaat erin dat de schade ook zonder de fout had kunnen ontstaan. (Cass. 5-6-2008 www.cass.be; H. Bocken, Verlies van een kans, NJW 2009 p 5)

Indien het causaal verband tussen de fout en de uiteindelijke schade onzeker is kan een beroep worden gedaan op het verlies van een kans om die schade te vermijden, een schade die onderscheiden is van de werkelijk geleden schade.

Wanneer een causaal verband wordt aangetoond tussen de fout en het verlies van een kans kan een vergoeding worden toegekend. Die vergoeding is niet gelijk aan de uiteindelijk geleden schade maar aan het verlies van de kans om de schade te vermijden. •

Indien er onvoldoende elementen zijn om het verlies van een kans te begroten, kan de rechter de vergoeding ex aequo et bono bepalen. (Cass. 31-3-1969, Arr. Cass. '69, 717; Cass.13-9-1983, Jurispr. Belge nr 21)

Het hof is van oordeel dat niet met zekerheid kan worden gesteld dat de heer C. indien de werkgever de redelijke aanpassingen had getroffen die werden geadviseerd op 65-jarige leeftijd met pensioen zou zijn gegaan.

-Aangezien de heer C. op 17-4-2010 de leeftijd van 60 jaar zou bereiken, kon hij vanaf 1-5-2010 ook vrijwillig met pensioen gaan.

-Ook moet de mogelijkheid reëel worden geacht dat zelfs met de geadviseerde aanpassingen aan zijn arbeidsvoorwaarden onder de vorm van telewerk, de heer C. toch nog ingevolge zijn handicap, in de onmogelijkheid zou hebben verkeerd om zijn arbeidsprestaties normaal te blijven verrichten van huis uit en op vervroegd pensioen zou zijn gesteld

De door de heer C. ingeroepen schade staat bijgevolg niet vast. Het hof is van oordeel dat vanaf de leeftijd van 60 jaar bijgevolg slechts sprake is van schade onder de vorm van het verlies van een kans om tot 65 jaar te werken.

De heer C. kan wel aanspraak maken op het loonverlies tussen 1-2-2010 en 1-5-2010 (datum waarop hij de leeftijd van 60 jaar bereikte, hetzij een bedrag van 527 euro/maand of 1.581 euro in totaal).

Het verlies van een kans om tot 65 jaar te kunnen werken, begroot het hof ex aequo et bono op 12.000 euro.

OM DEZE REDENEN;

HET ARBEIDSHOF;

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak;

Gehoord mevrouw B. S., 1ste Substituut bij het Arbeidsauditoraat gedelegeerd bij het Auditoraat-generaal, in haar gedeeltelijk eensluidend schriftelijk advies neergelegd ter griffie op 11-10-2012;

Gelet op de repliek van partijen op dit advies neergelegd ter griffie op 12-11-2012;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond in volgende mate

Hervormt het bestreden vonnis.

Zegt voor recht dat het F. B. zich schuldig heeft gemaakt aan het weigeren van redelijke aanpassingen ten voordele van de heer C. gelet op zijn handicap vanaf 1-6-

2009 en aldus het discriminatieverbod van art 14 van de antidiscriminatiewet van 10-5-2007 heeft geschonden.

Veroordeelt het F. B. tot betaling aan de heer C. van volgende schadevergoedingen:

- 9.169,5 euro als schadevergoeding wegens loonverlies gedurende de periode van 1-6-2009 tot en met 31-10-2009.

- 1.581 euro als schadevergoeding gelijk aan het verschil tussen zijn voltijds loon en het pensioenbedrag tijdens de periode van 1-2-2010 tot 1-5-2010.

- 12.000 euro ex aequo et bono wegens het verlies van een kans om pensioen op te nemen op de leeftijd van 65 jaar

de gerechtelijke intresten op die bedragen vanaf de dagvaarding.

Legt de kosten van beide aanleggen ten laste van geïntimeerde

Deze kosten werden door partijen begroot op:

Voor de appellant op:

-165,95 euro als dagvaardingskosten;

-5.500 euro als rechtsplegingvergoeding eerste aanleg;

-5.500 euro als rechtsplegingvergoeding hoger beroep;

Voor de geïntimeerde op:

- 218,64 euro als kosten van het geding.

Aldus gewezen door de derde kamer en ondertekend door:

G. B., kamervoorzitter;

E. V. L., raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

R.V. , raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende; -

Bijgestaan door

S. V. L., afgevaardigd griffier.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer van het arbeidshof te Brussel op 18 december tweeduizend en twaalf door :

G. B., kamervoorzitter

Bijgestaan door

S. V. L., afgevaardigd griffier