



Repertoriumnummer 2016/
Datum van uitspraak 24 juni 2016
Rolnummer 2015/AB/920

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - discriminatie
tegensprekelijk arrest
definitief

B. G.

Appellante op hoofdberoep,
Geïntimeerde op incidenteel beroep,

In persoon verschenen en bijgestaan door mr. JORISSEN Marijn, advocaat te 3500 HASSELT,
Hendrik van Veldekesingel 150/6

tegen

OCMW DIEST, met maatschappelijke zetel te 3290 DIEST, Hasseltsestraat 30,
Geïntimeerde op hoofdberoep,

Appellante op incidenteel beroep

vertegenwoordigd door mr. THIJS Charlotte, advocaat, loco mr. NULENS Johan, advocaat te
3500 HASSELT, Kolonel Dusartplein 34 bus 1

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, in bijzonder:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 23-04-2015 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 1e kamer (A.R. 14/927/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 13 oktober 2015,
- de conclusies voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 25 mei 2016 door substituut-generaal Nathalie Van Den Brande

- de repliek op dit schriftelijk advies door geïntimeerde neergelegd ter griffie op 8 juni 2016,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 22 april 2016, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie haar schriftelijk advies heeft neergelegd ter griffie, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN

Mevrouw B. trad op 2 april 1984 in dienst van het Openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Diest (hierna genoemd het OCMW) met schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van 23 maart 1984. Deze overeenkomst werd gesloten in het kader van het Derde Arbeidscircuit (DAC) en haar functie was deze van kinderverzorgster.

Met ingang van 1 april 1987 werd zij aangeworven als kinderverzorgster, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd en als gesubsidieerde contractueel.

Deze overeenkomst werd gevolgd door een arbeidsovereenkomst van 20 december 1990 voor een bepaalde tijd van drie maanden vanaf 31 december 1990, verlegd tot 31 december 1991.

Met beslissing van 21 november 1991 werd mevrouw B. vanaf 1 januari 1992 aangesteld als kinderverzorgster.

Op 17 augustus 2009 werd mevrouw B. arbeidsongeschikt ten gevolge van een ongeval waarvan zij thuis het slachtoffer werd.

Met aangetekende brief van 21 april 2011 meldde de adviserend geneesheer aan mevrouw B. van oordeel te zijn dat zij niet langer arbeidsongeschikt was in de zin van artikel 100 ZIV-wet vanaf 9 mei 2001.

Op dezelfde dag werd mevrouw B. onderzocht door een preventieadviseur – arbeidsgeneesheer van Idewe, die in het formulier voor gezondheidsbeoordeling meldde dat mevrouw B. vanaf 1 mei 2011 voor een duur van zes maanden overgeplaatst diende te worden naar een werkpost waarbij zij omwille van medische redenen geen werk als kinderverzorgster kon uitoefenen en verder werd voorgesteld over te gaan tot ‘een tijdelijke schorsing via C3-2’.

Vanaf 2 mei 2011 ontving mevrouw B. uitkeringen als tijdelijk werkloze wegens medische redenen.

Op 26 april 2011 volgde een tweede onderzoek door een preventieadviseur – arbeidsgeneesheer van Idewe, die in het formulier voor gezondheidsbeoordeling voor een duur van zes maanden geen zwaar hefwerk mocht verrichten met de linker arm.

Deze beslissing werd herhaald op 19 april 2012 (‘gedurende zes maanden geen zwaar heffen en tilwerk met linker arm’), op 18 oktober 2012 en op 15 april 2013.

Met verklaringen van 26 april 2012, 24 oktober 2012 en 18 april 2013 meldde de secretaris van het OCMW dat voor mevrouw B. geen aangepast werk beschikbaar was binnen het OCMW.

Met aangetekende brief van 27 mei 2013 besliste de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening te Hasselt dat na medisch onderzoek van de RVA-geneesheer, uitgevoerd op 7 mei 2013, was gebleken dat mevrouw B. definitief ongeschikt was om de arbeidsovereenkomst nog verder uit te voeren en bijgevolg niet langer aanvaard kon worden dat zij de arbeidsovereenkomst tijdelijk niet kon uitoefenen wegens overmacht. Zij ontving vanaf 3 juni 2013 niet langer uitkeringen als tijdelijk werkloze.

Met attest van 30 mei 2013 vroeg dr. D., behandelende arts van mevrouw B. , ‘ontslag om medische redenen’ daar haar patiënte ‘omwille van haar schouderletsel definitief werkonbekwaam was voor haar werk als kinderverzorgster’.

Met aangetekende brief van 30 mei 2013 maakte mevrouw B. kopie van deze beslissing over aan het OCMW, met volgende vraag:

“Bij deze wens ik dan ook een aanvraag te doen op een herinschakeling, desnoods in een andere functie, maar volgens de voorwaarden opgelegd door de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer, eventueel door het uitvoeren van kleine aanpassingen in mijn vroegere functie als kinderverzorgster, dit omwille van mijn handicap.”

Op 3 juni 2013 leverde het OCMW aan mevrouw B. een werkloosheidsbewijs C4 af, waarin werd vermeld dat de arbeidsovereenkomst was beëindigd op 2 juni 2013, waarbij als juiste oorzaak van de werkloosheid werd opgegeven: *‘overmacht ingevolge de definitieve en blijvende ongeschiktheid’* en als opmerking: *‘onmogelijk om de werknemer aan een andere post toe te wijzen’*.

Op 6 juni 2013 volgde dan een nieuw formulier voor de gezondheidsbeoordeling van Idewe, waarin de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer het aangewezen oordeelde mevrouw B. definitief over te plaatsen naar een werkpost of activiteit zonder schouderbelastend werk.

Met aangetekende brief van 19 juni 2013 antwoordde het OCMW als volgt op de brief van 30 mei 2013 van mevrouw B. :

“[...] Er blijkt tevens dat de geneesheer van de RVA oordeelde dat u definitief ongeschikt bent voor de uitoefening van uw arbeidsovereenkomst.

U vraagt om een herinschakeling in een aangepaste job. Er werd u reeds op 18 april 2013 medegedeeld dat er geen aangepast werk beschikbaar is.

Met dit schrijven bevestigen wij de vaststelling dat uw overeenkomst een einde heeft genomen door medische overmacht op 02 juni 2013 overeenkomstig Art. 31, 5° Arbeidsovereenkomstenwet.

Het geneeskundig getuigschrift dd. 30/05/2013 attesteert dat u definitief arbeidsongeschikt bent om de overeengekomen arbeid te hervatten. Het attest van de arbeidsgeneesheer dd. 06/06/2013 bevestigt deze stelling.

Bijgevolg neemt de arbeidsovereenkomst een einde zonder dat een opzeggingstermijn of een opzeggingsvergoeding verschuldigd is.”

Met aangetekende brief van 21 januari 2014 vorderde de raadsman van mevrouw B. betaling door het OCMW van:

- een forfaitaire schadevergoeding van zes maanden loon wegens discriminatie
- 24.090,00 euro ontnomen inkomsten
- een opzeggingsvergoeding gelijk aan 28 maanden loon.

Een reactie van het OCMW wordt niet bijgebracht.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met verzoekschrift op tegenspraak, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank te Leuven op 26 mei 2014 vorderde mevrouw B. betaling door het OCMW van Diest van volgende bedragen:

19.941,97 euro bruto provisioneel schadevergoeding wegens discriminatie op basis van een handicap

97.294,82 euro bruto provisioneel opzeggingsvergoeding

24.090,00 euro netto provisioneel schadevergoeding voor de ontnomen inkomsten

5.500,00 euro provisioneel schadevergoeding wegens rechtsmisbruik

te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de datum der opeisbaarheid.

Zij vorderde tevens de veroordeling van het OCMW tot afgifte van de overeenstemmende sociale documenten, met name de corrigerende loonbrieven, de individuele rekening, de fiscale fiche 281.10 en het gecorrigeerde formulier C4, onder verbeurte van een dwangsom van 125,00 euro per ontbrekend document en per dag vertraging, te verbeuren vanaf 15 dagen na betekening van het vonnis.

Zij vorderde verder de veroordeling van het OCMW tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 5.500,00 euro, en de voorlopige uitvoerbaarheid van het te vellen vonnis zonder enig voorbehoud.

b.-

Met vonnis van 23 april 2015 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering van mevrouw B. ontvankelijk [en gedeeltelijk gegrond]; zij veroordeelde het OCMW tot betaling aan mevrouw B. van een opzeggingsvergoeding van 18 maanden of 56.826,00 euro, te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest.

De kosten werden omgeslagen en elk der partijen werd veroordeeld tot de eigen gemaakte kosten.

c.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

d.-

Met verzoekschrift, neergelegd op de griffie van het arbeidshof te Brussel op 13 oktober 2015 tekende mevrouw B. hoger beroep aan tegen het vonnis dat op 23 april 2015 werd uitgesproken door de arbeidsrechtbank te Leuven.

Zij vorderde dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou teniet doen en haar volledige oorspronkelijke vordering gegrond zou verklaren, met verwijzing van het OCMW in de kosten van het geding.

e.-

Met beroepsconclusie, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 18 (telefax) en 21 (brief) december 2015, tekende het OCMW van Diest incidenteel beroep aan tegen het reeds bestreden vonnis.

Het vorderde dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou teniet doen en opnieuw recht doende, de oorspronkelijke vordering van mevrouw B. ontvankelijk doch gegrond zou verklaren, en haar te veroordelen tot de kosten van het geding.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

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

IV. BEOORDELING

1. Schadevergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap

1.1. Toepasselijke bepalingen

a.-

Artikel 14 van de Antidiscriminatiewet verbiedt elke vorm van discriminatie in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van de wet vallen, en bepaalt verder dat onder discriminatie onder andere wordt verstaan, de weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.

Artikel 4, 12° van dezelfde wet definieert redelijke aanpassingen als passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte 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.

b.-

Met betrekking tot het begrip handicap kan nuttig worden gerefereerd aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. De Antidiscriminatiewet is immers de omzetting van de richtlijn 2008/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, zoals overigens aangegeven in artikel 2 van deze wet.

Het Hof van Justitie definieert 'handicap' als volgt:

“Het begrip ‘handicap’ in richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, moet aldus worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte, wanneer die ziekte lijdt 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. De aard van de door de werkgever te treffen maatregelen is niet bepalend voor de beoordeling of de gezondheidstoestand van een persoon onder dit begrip valt.”

(H.v.J. 11 april 2013, C-335/11 (Jette Ring) en C-337/11 (Lone Skoebøe Werge), www.curia.eu op datum, eerste dictum)

Zoals terecht opgemerkt door het openbaar ministerie sluit de door het Hof van Justitie gehanteerde definitie aan bij de omschrijving van de notie 'handicap' in artikel 1 van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 13 december 2006.

In dezelfde arresten geeft het Hof van Justitie uitdrukkelijk aan dat het bestaan van een beperkte arbeidsgeschiktheid niet belet dat deze gezondheidstoestand beschouwd kan worden als een handicap.

(H.v.J. 11 april 2013, C-335/11 (Jette Ring), www.curia.eu op datum, nr. 43)

C.-

Artikel 28 § 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn.

(vgl. Grondwettelijk Hof, nr. 17/2009, arrest 12 februari 2009)

Artikel 28 § 2 van dezelfde wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

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

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

Artikel 28 § 3 van de wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

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

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

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

Ten slotte dient vermeld te worden dat artikel 27 bepaalt dat voor de toepassing van titel V (bewijslast) van de Antidiscriminatiewet onder discriminatie wordt begrepen, de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

d.-

Artikel 18 § 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat in geval van discriminatie het slachtoffer een schadevergoeding kan vorderen, doch in een aantal de gevallen het slachtoffer de keuze laat om hetzij een forfaitair bedrag te vorderen, hetzij een vergoeding voor de werkelijk geleden schade.

Artikel 18 § 2, 2° bepaalt dan verder dat indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen, de forfaitaire schadevergoeding voor morele en materiële schade gelijk is 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 welk geval de forfaitaire schadevergoeding beperkt wordt tot drie maanden beloning.

1.2. Toepassing

a.-

Indien mevrouw B. betaling vordert van een vergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap, dient met toepassing van de hiervoor aangegeven wettelijke bepalingen aangetoond te worden:

- dat zij beschouwd moet worden als persoon met een handicap
- dat het OCMW weigerde redelijke aanpassingen te doen in haar voordeel.

b.-

De eerste te beantwoorden vraag is bijgevolg of mevrouw B. beschouwd dient te worden als een persoon met een handicap.

Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt sprake is van een handicap indien aan volgende voorwaarden wordt voldaan:

- de handicap heeft betrekking op een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte;
- die ziekte lijdt 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;
- de beperking is langdurig.

Naar het oordeel van het arbeidshof kan niet ernstig worden betwist dat mevrouw B. beschouwd moet worden als een persoon met een handicap.

De aandoening waaraan zij lijdt werd vastgesteld door meerdere artsen, en leidt tot een beperking die haar belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen; deze beperking is aanwezig sinds 2009 en bijgevolg langdurig.

C.-

Aan de orde is vervolgens de vraag of mevrouw B. voldoende sterke en pertinente feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden; slechts indien dit het geval is, is het aan het OCMW om aan te tonen dat het niet discrimineerde.

Het arbeidshof is hierbij van oordeel dat mevrouw B. wel degelijk feiten in de zin van artikel 28 §§ 2 en 3 aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden.

Artikel 28 § 2 en § 3 van de Antidiscriminatiewet geven inderdaad wel aan welke feiten het bestaan van een directe of een indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, doch stellen tevens dat de opgegeven elementen slechts 'onder meer doch niet uitsluitend' kunnen wijzen op het bestaan van enige discriminatie.

Naar het oordeel van het arbeidshof zijn in deze betwisting wel degelijk voldoende en pertinente feiten aanwezig die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. Het arbeidshof dient immers vast te stellen dat het OCMW niet is ingegaan op de vraag van mevrouw B. in haar brief van 30 mei 2013, als volgt geformuleerd:

“Bij deze wens ik dan ook een aanvraag te doen op een herinschakeling, desnoods in een andere functie, maar volgens de voorwaarden opgelegd door de preventieadviseur –

arbeidsgeneesheer, eventueel door het uitvoeren van kleine aanpassingen in mijn vroegere functie als kinderverzorgster, dit omwille van mijn handicap.”

De onmiddellijke reactie van het OCMW bestond erin dat het op 3 juni 2013 aan mevrouw B. een werkloosheidsbewijs C4 af leverde, waarin werd vermeld dat de arbeidsovereenkomst was beëindigd op 2 juni 2013, waarbij als juiste oorzaak van de werkloosheid werd opgegeven: *‘overmacht ingevolge de definitieve en blijvende ongeschiktheid’* en als opmerking: *‘onmogelijk om de werknemer aan een andere post toe te wijzen’*.

Deze reactie kan niet anders worden gelezen dan als een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van mevrouw B. , die zoals hiervoor aangetoond beschouwd moet worden als een persoon met een handicap.

d.-

Vermits mevrouw B. voldoende ernstige en pertinente feiten heeft aangevoerd die het bestaan van discriminatie, met name de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap, doen vermoeden, verschuift de bewijslast met betrekking tot de discriminatie naar het OCMW, dat bijgevolg dient aan te tonen dat het mevrouw B. niet heeft gediscrimineerd, in het bijzonder door niet te weigeren redelijke aanpassingen te maken in haar voordeel.

Ten onrechte verwijst het OCMW hierbij naar de diverse medische bevindingen van de geneesheer van de RVA, van de behandelende arts van mevrouw B. en van de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer.

De bevindingen van de geneesheer van de RVA worden enkel onrechtstreeks weergegeven in de beslissing van de RVA, en samen met deze van de behandelende geneesheer tegengesproken door de diverse formulieren voor gezondheidsbeoordeling, die nooit vermelden dat mevrouw B. definitief arbeidsongeschikt, maar uiteindelijk enkel vermelden dat zij definitief geen schouderbelastend werk kan uitoefenen.

Uit deze bevindingen kan alleszins niet worden afgeleid dat het OCMW niet geweigerd zou hebben redelijke aanpassingen te doen.

e.-

Nu het OCMW niet en alleszins niet op afdoende wijze aantoont dat het niet geweigerd heeft redelijke aanpassingen te maken voor mevrouw B. als persoon met een handicap, oordeelde de arbeidsrechtbank ten onrechte dat zij geen aanspraak kon maken op de door

haar gevorderde forfaitaire vergoeding voorzien in artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet en die gelijk is aan de bruto beloning voor zes maanden.

Hierin niet tegengesproken door het OCMW, becijfert mevrouw B. deze vergoeding op 19.941,97 euro.

2. De opzeggingsvergoeding

2.1. Definitieve arbeidsongeschiktheid en overmacht als beëindigingsgrond van de arbeidsovereenkomst

a.-

Artikel 32, 5° van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt door overmacht.

De werkgever die zich op overmacht beroept om de arbeidsovereenkomst te beëindigen moet bewijzen dat er op het ogenblik van het ontslag sprake is van definitieve overmacht.

Overmacht geeft ofwel aanleiding tot schorsing van de arbeidsovereenkomst (tijdelijke overmacht), dan wel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst (definitieve overmacht).

Enkel de blijvende arbeidsongeschiktheid waarbij de werknemer definitief in de onmogelijkheid verkeert de bedongen arbeid te hervatten, kan overmacht uitmaken waardoor de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.

(vgl. Cass. 5 januari 1981, R.W. 1980-81, 2401)

Wanneer de arbeidsongeschiktheid tijdelijk is, leidt zij enkel tot de schorsing van de arbeidsovereenkomst, wat ook de duur van de arbeidsongeschiktheid is.

(vgl. M. Davagle, L'incapacité de travail et la rupture du contrat pour force majeure, Ors. 1997, 76)

Het enkele feit dat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer van lange duur blijkt te zijn, volstaat niet om te concluderen tot het definitieve karakter ervan.

(vgl. Cass. 17 mei 1982, Soc. Kron. 1982, 264, noot P. Crahay)

Medische overmacht leidt slechts tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien hij de uitvoering van de overeenkomst definitief onmogelijk maakt.

(vgl. Cass. 10 januari 1994, J.T.T. 1994, 209)

Medische overmacht moet enkel worden beoordeeld op grond van de overeengekomen arbeid.

(vgl. Cass. 2 oktober 2000, R.W. 2000-01, 1457, noot W.R.)

b.-

Onderzocht dient te worden of het OCMW het bewijs levert dat mevrouw B. om medische redenen definitief ongeschikt was om de bedongen arbeid verder uit te voeren.

Naar het oordeel van het arbeidshof levert het OCMW dit bewijs niet.

Ten onrechte beroept het OCMW zich op de beslissing van de RVA en van de behandelende geneesheer van mevrouw B. , vermits deze beslissingen ofwel onvoldoende duidelijk zijn of onderbouwd zijn (de beslissing van de RVA), ofwel interne tegenspraak bevatten (de attesten van de behandelende geneesheer) en alleszins niet gelijklopend zijn met bevindingen van de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer.

Wat de bevindingen van de RVA geneesheer betreft, dient herhaald dat deze slechts onrechtstreeks bekend zijn: het is enkel uit de beslissing van de RVA zelf van 27 maart 2013 dat blijkt dat deze arts van oordeel was dat mevrouw B. definitief arbeidsongeschikt was om de bedongen arbeid te verrichten. Enig verder medisch gegeven ontbreekt, zodat met de enkele beslissing van de RVA ter zake geen rekening kan worden gehouden.

Ook met de verklaring aan de preventieadviseur van 30 mei 2013 (stuk 20 dossier OCMW), opgemaakt door de behandelende arts van mevrouw B. , waarin deze vooropstelt dat mevrouw B. 'owv haar schouderletsel definitief werkonbekwaam is voor haar werk als kinderverzorgster' kan geen rekening worden gehouden, daar deze verklaring in volstrekte tegenspraak is met het arbeidsongeschiktheidsattest van dezelfde arts (stuk 21 dossier OCMW), opgesteld op dezelfde datum, waarin wordt verklaard dat mevrouw B. arbeidsongeschikt is van 1 juni 2013 tot 30 juni 2013, met de bijkomende vermelding dat mevrouw B. 'behoudens verwickelingen de bezigheden kan hervatten op 1 juli 2013 voor 100 %'.

Tenslotte is er het gegeven dat beide attesten niet hetzelfde verklaren als de formulieren voor gezondheidsbeoordeling van de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer.

In haar attest van 15 april 2013 (stuk 17 dossier OCMW) stelt deze dat het aangewezen is mevrouw B. voor een duur van 180 dagen overgeplaatst zou worden naar een werkpost of

activiteit die beantwoordt aan volgende voorwaarden: ‘geen zwaar hef-en tilwerk met linker arm gedurende 6 maanden’.

In haar attest van 6 juni 2013 (stuk 24 dossier OCMW) formuleert dezelfde preventieadviseur – arbeidsgeneesheer het iets anders en verklaart zij dat zij het aangewezen oordeelt mevrouw B. definitief over te plaatsen naar een werkpost of activiteit die beantwoordt aan volgende voorwaarden: ‘definitief geen schouderbelastend werk’.

In geen van beide formulieren maakt de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer in vak C van het formulier voor de gezondheidsbeoordeling melding van een definitieve ongeschiktheid.

Het is bijgevolg volstrekt ten onrechte dat het OCMW in zijn brief van 19 juni 2013 aan mevrouw B. stelt dat de definitieve arbeidsongeschiktheid om de bedongen arbeid te verrichten blijkt uit het attest van de preventieadviseur – arbeidsgeneesheer van 6 juni 2013.

Tenslotte oordeelt het arbeidshof dat het bewijs van de definitieve arbeidsongeschiktheid om de bedongen arbeid verder uit te voeren, niet blijkt uit de getuigenverklaringen van een aantal collega’s, die er enkel op lijken te wijzen dat mevrouw B. verklaard zou hebben dat zij het werk helemaal niet wilde hervatten en alleen maar haar uitkering wilde behouden.

Uit deze verklaringen kan geen enkel nuttig element worden geput om de vraag te beantwoorden of mevrouw B. al dan niet definitief ongeschikt was om de bedongen arbeid verder uit te voeren.

C.-

Wanneer de werkgever ten onrechte inroept dat de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht is beëindigd, kan de werknemer dit beschouwen als een onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer.

(vgl. Cass. 19 mei 2008, J.T.T. 2008, 394)

Vermits het arbeidshof van oordeel is dat het OCMW niet het bewijs levert van het feit dat mevrouw B. definitief ongeschikt was om de bedongen arbeid verder uit te voeren, stelde mevrouw B. terecht vast dat het OCMW de arbeidsovereenkomst onrechtmatig had beëindigd.

2.2. De opzeggingsvergoeding

Met toepassing van artikel 39 § 1 eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet dient de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden en zonder inachtneming van een (voldoende) opzeggingstermijn, aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het loon dat overeenstemt met de (eventueel resterende) duur van de opzeggingstermijn.

Voor de toepassing van deze regel dient bijgevolg onderzocht te worden welk loon mevrouw B. verdiende en welke opzeggingstermijn nageleefd diende te worden.

Samenstelling van het jaarloon

Artikel 39 §1 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de opzeggingsvergoeding niet enkel het lopend loon behelst maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Hierin niet tegengesproken door het OCMW, stelt mevrouw B. dat haar jaarloon 39.883,95 euro bedraagt.

Opzeggingstermijn

Bij ontstentenis van akkoord tussen partijen dient de opzeggingsvergoeding met toepassing van artikel 82 § 3 en artikel 39 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaald te worden door de rechter.

De opzeggingstermijn moet bepaald worden met inachtneming van de op het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor de bediende bestaande kans om een gelijkwaardige en passende betrekking te vinden, rekening houdend met de hiernavolgende criteria:

anciënniteit: 29 jaar (in dienst van 2 april 1984)
leeftijd: 52 jaar (°15 april 1961)
functie: kinderverzorgster
loon: 39.883,95 euro

mede in acht genomen de gegevens eigen aan de zaak.

(vgl. Cass. 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass. 3 februari 1986, J.T.T. 1987, 58; Cass. 4 februari 1991, R.W. 1990-91, 1409; Cass. 9 mei 1994, Arr. Cass. 1994, 461; Cass. 2 december

2002, Soc. Kron. 2003, 166; Cass. 3 februari 2003, J.T.T. 2003, 262; Cass. 5 januari 2009, nr. S.08.0086.N)

Rekening houdend met deze criteria heeft mevrouw B. recht op een opzeggingstermijn van 24 maanden.

Opzeggingsvergoeding

Met als uitgangspunten een jaarloon van 39.883,95 euro en een na te leven opzeggingstermijn van 24 maanden bedraagt de aan mevrouw B. verschuldigde opzeggingsvergoeding 79.767,90 euro bruto.

3. De schadevergoeding wegens ontnomen inkomsten

a.-

Mevrouw B. vordert verder betaling door het OCMW van 24.090,00 euro netto als 'ontnomen inkomsten'.

Dit bedrag lijkt te bestaan uit enerzijds het verschil tussen haar netto loon en het vervangingsinkomen tijdens de periode van tijdelijke werkloosheid, en anderzijds uit 'de schade die werd geleden inzake het gederfde loon, verlies aan anciënniteitsrechten en daaraan verbonden financiële verhogingen, gederfde pensioenrechten en extralegale voordelen, te vermeerderen met nog te werken jaren en de wettelijke nalatighedsintrest'.

b.-

Indien mevrouw B. betaling vordert van het verschil tussen haar netto loon en het vervangingsinkomen tijdens de periode van tijdelijke werkloosheid, dient zij aan te tonen dat zij deze schade lijdt door een fout van het OCMW.

Zij bewijst dergelijke fout niet, zodat zij ook geen vergoeding kan krijgen voor de door haar beweerde geleden schade, zoals terecht geoordeeld door de arbeidsrechtbank.

c.-

De overige onderdelen van de gevorderde schadevergoeding houden verband met de gevolgen van de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door het OCMW.

De schade die voortvloeit uit de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zowel de morele als de materiële schade, wordt echter op forfaitaire wijze gedekt door de opzeggingsvergoeding.

(vgl. Cass. 7 mei 2001, J.T.T. 2001, 410, noot C. Wantiez)

Dit onderdeel van haar vordering werd dan ook terecht ongegrond verklaard door de arbeidsrechtbank.

4. Schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht

a.-

In de algemene betekenis van de term is er sprake van misbruik van recht wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.

(vgl. Cass. 10 september 1971, R.W. 1971-72, concl. Proc. Gen. W. Ganshof van der Meersch)

Deze fout moet bestaan in de kennelijk onredelijke houding van de werkgever: van misbruik van (ontslag)recht kan sprake zijn wanneer dit recht wordt uitgeoefend op een wijze die de grenzen overschrijdt van een normale uitoefening van het recht door een voorzichtige en zorgvuldige werkgever.

(vgl. Cass. 12 december 2005, J.T.T. 2006, 155)

De bediende mag niet elke onredelijke of onbillijke uitoefening van de werkgever als rechtsmisbruik bestempelen, maar enkel de onbetamelijke uitoefening ervan, d.i. de uitoefening die zo verregaand onredelijk is dat een weldenkend mens in dezelfde situatie daartoe niet zou willen komen.

(vgl. Arbh. Antwerpen 21 maart 1983, R.W. 1983-84, 299)

b.-

Wanneer de bediende een vordering stelt tot betaling van een vergoeding wegens misbruik van recht, dient hij het bewijs te leveren van het feit dat de werkgever zich schuldig maakte aan rechtsmisbruik.

(vgl. Arbh. Bergen 16 oktober 1997, J.T.T. 1998, 385; Arbh. Luik 20 december 1999, Soc. Kron. 2001, 547)

Overeenkomstig de gewone aansprakelijkheidsregeling moet de bediende ook het bewijs leveren van het bestaan en de omvang van de schade die hij beweert geleden te hebben en

die onderscheiden is van die welke wordt gedekt door de opzeggingsvergoeding, en van het oorzakelijk verband tussen het rechtsmisbruik en die schade.

(vgl. Arbh. Brussel 29 juni 1982, T.S.R. 1982, 627)

c.-

In voorliggende betwisting stelt het arbeidshof vast dat mevrouw B. geen bewijs levert van het feit dat het OCMW zich bij het (ten onrechte) vaststellen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens definitieve arbeidsongeschiktheid kennelijk onredelijk zou hebben gedragen.

De verwijten die zij ter zake richt aan het OCMW gaan uit van een aantal elementen die hetzij ten onrechte als 'misbruik' worden bestempeld, hetzij niet bewezen zijn, hetzij worden vergoed door de toegekende vergoedingen.

Het enkele feit dat het OCMW overhaast te werk is gegaan bij de vaststelling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens definitieve arbeidsongeschiktheid, betekent helemaal niet dat het OCMW misbruik zou hebben gemaakt van deze procedure.

Dat het OCMW op 'listige en misleidende wijze' een doktersattest zou hebben bekomen of zich 'asociaal' zou hebben gedragen wordt niet aangetoond of zelfs aannemelijk gemaakt.

Het feit dat het OCMW geen rekening heeft gehouden met haar beperking en niet is ingegaan op de vraag tot re-integratie wordt vergoed door de schadevergoeding wegens discriminatie.

d.-

Volledigheidshalve stelt het arbeidshof vast dat mevrouw B. niet het bewijs levert van het bestaan of de omvang van haar schade, en geenszins verantwoordt waarom deze op het bedrag van 5.500,00 euro zou moeten worden begroot.

e.-

De vordering van mevrouw B. tot betaling van een bijkomende vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht werd dan ook door de arbeidsrechtbank terecht als ongegrond afgewezen.

5. Afgifte van sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom

Ten onrechte vordert mevrouw B. dat, indien het OCMW veroordeeld zou worden tot afgifte van sociale documenten, hieraan een dwangsom zou worden verbonden.

Minstens dient mevrouw B. dan aan te tonen dat er een gegronde vrees bestaat dat het OCMW zich zou onttrekken aan de verplichting om sociale documenten af te leveren; hierbij dient dan te worden vastgesteld dat zij niet aantoonbaar is dat het OCMW in de periode van tewerkstelling zich ook maar één keer onttrokken te hebben aan de verplichting om sociale of fiscale documenten af te leveren.

Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank niet inging op de vraag van mevrouw B. om aan de veroordeling tot afgifte van sociale documenten een dwangsom te verbinden.

6. De kosten van het geding

Artikel 1017 eerste lid Ger.W. bepaalt dat ieder eindvonnis de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst.

Artikel 1017 vierde lid Ger.W. bepaalt dat de kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, onder andere wanneer de partijen 'onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld'.

Het arbeidshof is van oordeel dat de kosten voor beide aanleggen moeten worden omgeslagen waarbij het OCMW wordt verwezen in 4/5 en mevrouw B. in 1/5 van de kosten van het geding.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Gezien het schriftelijk advies van mevrouw N. Van den Brande, substituut-generaal;

Verklaart het hoger beroep van mevrouw B. ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond; doet het bestreden vonnis teniet in de mate dat dit de vordering van mevrouw B. tot betaling van een schadevergoeding wegens discriminatie ongegrond verklaarde, haar een opzeggingsvergoeding toekende van 56.826,00 euro en iedere partij verwees in de eigen kosten;

Opnieuw recht doende, verklaart de vordering van mevrouw B. gedeeltelijk gegrond en veroordeelt het OCMW van Diest tot betaling aan mevrouw B. van:

19.941,97 euro bruto schadevergoeding wegens discriminatie op grond van een handicap
79.767,90 euro bruto opzeggingsvergoeding

Deze beide bruto bedragen te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 3 juni 2013 en vervolgens met de gerechtelijke intrest vanaf 26 mei 2014;

Veroordeelt het OCMW verder tot afgifte binnen de door wet gestelde termijn van de verbeterde individuele rekening, het verbeterd werkloosheidsbewijs C4 en de fiscale fiche 281.10;

Verklaart het incidenteel beroep van het OCMW van Diest ontvankelijk doch ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis in de overige beschikkingen;

Verwijst het OCMW van Diest in 4/5 en mevrouw B. in 1/5 van de kosten van het geding, aan de zijde van beide partijen vereffend op 5.500,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

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

Daniel RYCKX,	raadsheer,
Roland WAEYAERT	raadsheer in sociale zaken, werkgever,
Koen DRIES	raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
bijgestaan door :	
Dirk VAN DEN BROECKE,	griffier.

Daniel RYCKX

Dirk VAN DEN BROECKE

Roland WAEYAERT

Koen DRIES

De heer R. Waeyaert, raadsheer in sociale zaken, als werkgever, die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig artikel 785 Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest ondertekend door D. Ryckx, raadsheer en K. Dries, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 24 juni 2016 door:

Daniel RYCKX, raadsheer,
bijgestaan door
Dirk VAN DEN BROECKE, griffier.

Daniel RYCKX

Dirk VAN DEN BROECKE.