

Kopie
Afgeleverd aan: arbeidsrechtbank te Brussel
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Repertoriumnummer
2017/ 526
Datum van uitspraak
21 februari 2017
Rolnummer
2015/AB/1008

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000776192-0001-0025-02-01-1



**ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief**

B
appellante op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. VOTQUENNE Didier, advocaat te
1170 BRUSSEL, Terhulpesteenweg 166

tegen

L
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellante op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. MORTIER Karel, advocaat te
1170 BRUSSEL, Terhulpesteenweg 181/24.

*

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

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

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 12 oktober 2015 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 2e kamer (A.R. 13/15014/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 12 november 2015,
- de conclusies voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerde,

┌ PAGE 01-00000776192-0002-0025-02-01-4 ┐



- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 17 januari 2017, waarna de debatten werden gesloten en de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden. De partijen hebben bijkomend gerepliceerd op het schriftelijk advies van het openbaar ministerie.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 25 september 1979 ondertekenden de rechtsvoorganger van de nv (hierna aangeduid als *de bank*) en mevrouw L een arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw L met ingang van 1 oktober 1979 werd aangeworven in de hoedanigheid van universitair gediplomeerde.
2. Ze evolueerde binnen de bank tot hoofd van de juridische dienst en maakte deel uit van het directiekader.
3. Sinds 5 juni 2003 was de arbeidsovereenkomst van mevrouw L geschorst wegens ziekte. Volgens de stukken 18 en 19 van haar dossier leed ze aan "*een psychiatrische problematiek die een blijvend cognitief en emotioneel functieverlies inhoudt*".

⌈ PAGE 01-00000776192-0003-0025-02-01-4 ⌋



Het ziekenfonds verlengde haar invaliditeitstoestand tot en met 31 juli 2018, wanneer ze 65 jaar werd.

4. Ingevolge een intern vademecum van de bank had ze recht op een inkomensgarantie, waardoor haar ziektevergoeding werd aangevuld met een bedrag van om en bij de € 12.000/ maand. Dit gebeurde gedurende 10 jaar.

Deze regeling voorzag gedurende het eerste jaar ziekte in een betaling van 100% van het netto-inkomen, verminderd met de forfaitaire directievergoeding en de vertegenwoordigingskosten en na 12 maanden tot maximum 60-jarige leeftijd 70% van het netto-inkomen. Voor de berekening van deze waarborgen wordt rekening gehouden met de vergoedingen die door het ziekenfonds worden betaald en die de vergoedingen van de bank vervolledigen.

Gans de periode van werkonbekwaamheid wordt bovendien gelijkgesteld met de prestatieperiode voor het pensioenplan.

Zo ontving ze in totaal € 1.368.136,51.

5. Mevrouw L: is geboren op 9 juli 1953 en werd op 9 juli 2013 60 jaar.

Met e-mail van 30 mei 2013 verwittigde de bank mevrouw L dat in juli 2013 de laatste aanbetaling van de bijkomende ziektevergoeding zou plaatsvinden. Er werd haar gemeld dat ze dan kon kiezen tussen het nemen van pensioen of in dienst blijven tot 65 jaar en de vergoedingen van het ziekenfonds trekken.

PAGE 01-00000776192-0004-0025-02-01-4



6. Met brief van haar raadsman van 18 juni 2013 uitte de raadsman van mevrouw L zijn verbazing over deze stopzetting en vroeg op welke basis dit gebeurde, daar zijn cliënte na haar 60 jaar in dienst wou blijven.
7. Op 5 juli 2013 verwees de bank naar het gebruik als rechtsbron voor de stopzetting, waarop de raadsman op 12 juli 2013 repliceerde dat een dergelijke regeling een bij wet verboden discriminatie op grond van leeftijd uitmaakte.

Hij drong aan op verdere betaling van de bijkomende ziekte-uitkering.
8. Met brief van 16 juli 2013 maakte de bank een einde aan de arbeidsverhouding bij toepassing van het toenmalige art. 78 van de arbeidsovereenkomstenwet. Er werd uitgegaan van een opzeggingstermijn van 35 maanden of € 634.779,86, waarvan het gewaarborgd loon en alle uitbetaalde ziektebedragen of € 1.368.136,51 werd afgetrokken, zodat de opzeggingsvergoeding naar € 0 werd herleid.
9. Met brief van 5 september 2013 riep de raadsman van mevrouw L discriminatie wegens leeftijd en wegens een huidige of toekomstige gezondheidstoestand/handicap in en ze vorderde een schadevergoeding van € 499.162,80, zijnde de ziekte-uitkering, die nog zou moeten lopen gedurende 5 jaar tot haar 65ste, vermeerderd met de werkgeversbijdrage groepsverzekering.
10. Met antwoordbrief van 18 september 2013 betwistte de raadsman van de bank gemotiveerd dit standpunt en de vordering.
11. Op 18 oktober 2013 bracht mevrouw L dagvaarding uit voor de arbeidsrechtbank te Brussel lastens de bank en vorderde betaling van:

┌ PAGE 01-00000776192-0005-0025-02-01-4 ┐



- Een schadevergoeding wegens discriminatie/misbruik van ontslagrecht van € 108.819,40 provisioneel, vermeerderd met moratoire intresten sinds 5 september 2013 en de gerechtelijke intresten

- Een opzeggingsvergoeding van € 634.779,86 provisioneel, vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intresten.

In ondergeschikte orde werd gevraagd prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof m.b.t. art. 78 van de arbeidsovereenkomstenwet en aan het Hof van Justitie m.b.t. een mogelijke schending van de richtlijn 2000/78.

12. Met vonnis van 12 oktober 2015 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel werd deze vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard; er werd geen discriminatie of rechtsmisbruik weerhouden en de rechtsgeldige toepassing van art. 78 van de arbeidsovereenkomstenwet werd aanvaard.

Art. 78 diende volgens de rechtbank in die zin te worden toegepast dat enkel het gewaarborgd maandloon kon worden afgetrokken, zodat er een saldo opzeggingsvergoeding van € 634.779,86, vermeerderd met intresten en kosten, werd toegekend.

13. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 november 2015, tekende de bank hoger beroep aan wat betreft de veroordeling tot het saldo opzeggingsvergoeding.

Mevrouw L tekende incidenteel beroep aan wat betreft de afwijzing van haar vordering wegens discriminatie/intimidatie/misbruik van ontslagrecht en de

┌ PAGE 01-00000776192-0006-0025-02-01-4 ┐



schadevergoeding hiervoor. Tevens bleef ze vragen dat de voorgestelde prejudiciële vragen zouden worden gesteld.

II. BEOORDELING

14. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De leeftijdsdiscriminatie bij het stopzetten van de aanvullende ziekteregeling

15. Op grond van art. 14 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS 30 mei 2007 (tweede uitg.), addendum, BS 5 juni 2007 (eerste uitg.) – hierna verkort aangeduid als *anti-discriminatiewet*) is elke directe of indirecte discriminatie alsook de intimidatie verboden in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van deze wet vallen.

16. Met deze wet beoogde de wetgever de eerdere anti-discriminatiewet (wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding BS 17 maart 2003) aan te passen aan de Europese Richtlijn 2000/78 van 27 november 2000 en aan het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 157/2004 van 6 oktober 2004.



17. Op grond van art. 3 van de anti-discriminatiewet vormen o.m. de leeftijd, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand en een handicap beschermde criteria, die op grond van art. 5 van toepassing zijn in de arbeidsbetrekkingen.

Deze laatste omvatten volgen art. 4, 1° o.a. de werkgelegenheid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregelingen in de private sector.

18. Art. 12 §2, 3° van deze wet bepaalt dat op het vlak van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, en in afwijking van artikel 8 en onverminderd de andere bepalingen van deze titel, een direct onderscheid op grond van de leeftijd geen discriminatie vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht in het geval van de vaststelling van verschillende leeftijden voor de toetreding of voor het verkrijgen van rechten op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, voor werknemers.

19. De aanvullende ziekte-uitkeringen, die de bank op grond van haar vademecum uitkeerde aan mevrouw L: vormt een aanvullende regeling voor sociale zekerheid . De leeftijd voor de doorbetaling van deze vergoedingen na het eerste jaar en na de leeftijd van 60 jaar vormt de voorwaarde voor het verkrijgen van het recht op bijkomende Invaliditeitsuitkeringen. Mevrouw L: roept geen discriminatie op grond van het geslacht in en deze is ook niet aanwezig.

Ten onrechte wil ze dan ook een direct onderscheid op grond van leeftijd doen gelden.



Intimidatie en/of rechtsmisbruik wegens represaille

20. Intimidatie wordt in art. 4, 10° van de anti-discriminatiewet omschreven als *ongewenst gedrag dat met een van de beschermde criteria verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.*

21. Mevrouw L heeft na de mededeling dat de aanvullende ziektevergoedingen zouden stoppen na haar 60ste verjaardag, uitleg gevraagd over de rechtsgrond hiervoor.

De bank heeft daarbij toegelicht dat ze hetzij op pensioen kon gaan en de volledige voordelen van de groepsverzekering kon opnemen, hetzij in dienst kon blijven en de wettelijke ziekte-uitkeringen ontvangen.

22. Mede gelet op het onrechtmatig inroepen van leeftijdsdiscriminatie kan niet gesproken worden van ongewenst gedrag dat de waardigheid van mevrouw L aantastte. Aangezien de bank op de verdere mogelijkheden van mevrouw I gewezen heeft, werd ten aanzien van haar persoon geenszins een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving gecreëerd.

23. Ze vergist zich eveneens waar ze haar daar opvolgend ontslag wil voorstellen als een represaille-ontslag, dat gebeurlijk tot rechtsmisbruik zou kunnen leiden.

24. D. CUYPERS omschrijft een represaille- ontslag terecht als een ontslag dat gegeven wordt als weerwraak voor rechtmatige eisen en vorderingen van de bediende. (D.

┌ PAGE 01-00000776192-0009-0025-02-01-4 ┐



CUYPERS, “Misbruik van ontslagrecht in hoofde van de werkgever” in *ATO-501-135* (3), nr. 95; D. CUYPERS, “Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht” in X., *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8.*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 281, nr. 91; Arbh. Brussel 4 januari 2005, *Soc. Kron.* 2005, 451 met noot; Arbh. Luik, 24 december 2005, *JTT* 2006, 186).

25. Gelet op het feit dat mevrouw L ten onrechte een leeftijdsdiscriminatie inriep (zie randnummer 19) en gelet op de zorg van de bank om haar de beschikbare mogelijkheden te melden (zie randnummer 21) kan geen intimidatie, noch rechtsmisbruik omwille van een represaille-ontslag weerhouden worden. Het ontslag werd immers gegeven omwille van de ziekte-toestand, wat hierna verder wordt onderzocht; het hield geen verband met de leeftijd van mevrouw L

De leeftijd werd door haar verkeerdelijk ingeroepen als discriminatiegrond t.a.v. het bijkomende invaliditeit stelsel.

26. Rechtsmisbruik in verband met ontslag vloeit immers voort uit de uitoefening van dit recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van het ontslagrecht door een voorzichtige en bedachtzame werkgever (Cass., 12 december 2005, *JTT* 2006, 155). De bank heeft dit beginsel niet overtreden.

27. Overigens, wanneer mevrouw L niet opteerde voor een pensioen, kon ze op gelijke wijze verder de wettelijke ziekte-uitkeringen genieten, ongeacht het feit of ze wel dan niet ontslagen was. Het ziektefonds erkende immers haar invaliditeit tot juli 2018, zodat ze in beide omstandigheden verder dezelfde uitkeringen kon genieten.



Wanneer ze wel op pensioen ging, kon ze de voordelen van haar groepsverzekering ontvangen, waarvoor tijdens haar tienjarige ziekteperiode volledig werd bijgedragen. Ze werd dan ook niet benadeeld door haar ontslag.

De discriminatie wegens handicap

28. Het begrip 'handicap' werd noch in de anti-discriminatiewet, noch in de Richtlijn 2000/78 gedefinieerd. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft niettemin dit begrip verduidelijkt, zodat op basis daarvan zal worden nagegaan of mevrouw L. aan een handicap leed.
29. In bevestigend geval moet worden nagezien of ze gediscrimineerd werd op basis van deze handicap. Discriminatie kan direct of indirect zijn.
30. Een direct onderscheid wegens handicap kan gerechtvaardigd worden op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Hiervan is sprake wanneer een bepaald kenmerk dat verband houdt met de handicap, vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is en wanneer het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.
31. Een indirect onderscheid vormt een indirecte discriminatie tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn of tenzij aangetoond wordt dat bij een indirect onderscheid op grond van een handicap aangetoond wordt dat redelijke aanpassingen kunnen getroffen worden.



Leed mevrouw L aan een handicap?

32. Voor een invulling van het begrip ‘handicap’ wordt doorgaans verwezen naar het arrest Chacon-Navas van het Europese Hof van Justitie van 11 juli 2006.

In dit arrest wordt een handicap gedefinieerd als *“een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert.”* (HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacon Navas, punt 43; HvJ 11 april 2013, C-355/11 en C-337/11, HK Danmark, punt 36).

Om de Richtlijn uit te leggen moet ze zoveel mogelijk in overeenstemming met het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap (Wet 13 mei 2009, BS 22 juli 2009) worden geïnterpreteerd.

Om die reden heeft het Hof na de ratificatie door de Unie van dit VN-Verdrag geoordeeld dat het begrip „handicap” in de zin van richtlijn 2000/78 moet worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van langdurige 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 (zie arresten HvJ van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, punt 38; HvJ 18 maart 2014, Z., C-363/12, punt 76, HvJ 18 december 2014, FOA, C-354/13, punt 53; december 2016, en HvJ C-395/15 1 december 2016, Daoudi, punt 42).



33. De Europese wetgever heeft met het begrip *“handicap”* bewust gekozen voor een term die verschilt van het begrip *“ziekte”*, waardoor een eenvoudige gelijkstelling van de twee begrippen uitgesloten is. (HvJ 11 juli 2006, C-13/05, punt 44).
34. Het Hof voegt daar nog aan toe: *“Het belang dat de gemeenschapswetgever hecht aan maatregelen ter aanpassing van de werkplek aan de handicap, toont aan dat hij gevallen op het oog had waarin de deelneming aan het beroepsleven gedurende een lange periode wordt belemmerd. Een beperking kan dus slechts als een ‘handicap’ worden opgevat indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is.”* (HvJ 11 juli 2006, C-13/05, punt 45, recent bevestigd door HvJ 1 december 2016, C-395/15 Daoudi, punt 45). Deze omschrijving sluit geenszins uit dat een blijvende arbeidsongeschiktheid tot een handicap kan leiden (zie HvJ 18 december 2014, C-354/13, punt 54; HvJ 18 maart 2014, C-363/12, punt 77), zoals de bank verkeerdelijk wil voorhouden.
35. Uit de stukken 18 en 19 van mevrouw L volgt dat ze aan een beperking lijdt, die het gevolg is van een psychische aandoening, die haar in wisselwerking met verschillende drempels belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen en dat deze beperking van lange duur is. Haar behandelende arts attesteerde dat ze leed aan *“een psychiatrische problematiek die een blijvend cognitief en emotioneel functieverlies inhoudt”*. Het ziekenfonds verlengde haar invaliditeitstoestand tot en met 31 juli 2018. Ze lijdt daardoor aan een handicap.



Werd mevrouw L omwille van deze handicap direct gediscrimineerd door de bank?

36. Mevrouw L houdt voor dat ze 'minstens' indirect gediscrimineerd werd. Ze suggereert daarbij dat ze ook direct gediscrimineerd werd, maar ze concretiseert dit op geen enkele wijze. Het voormalige art. 78 van de arbeidsovereenkomstenwet verwijst niet direct naar het criterium handicap. Ze brengt geen feiten aan die het bestaan van een rechtstreekse discriminatie op grond van haar handicap doen vermoeden. Mevrouw L maakt niet aannemelijk dat ze door haar ontslag direct werd gediscrimineerd.

Werd mevrouw L omwille van deze handicap indirect gediscrimineerd door de bank?

37. Mevrouw L houdt voor dat het voormalige art. 78 van de arbeidsovereenkomstenwet het risico van personen met een handicap miskent doordat zij in het algemeen meer moeite hebben dan werknemers zonder handicap om een nieuwe werkring te vinden, rekening houdend met hun bijzondere behoeften wegens de bescherming die hun situatie vereist. Ze verwijst daarvoor naar het arrest van het HvJ van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, punten 76 en 91.

38. In deze zaak was een Deense wet aan de orde, waarbij een werknemer met een opzeggingstermijn van één maand tot zes maanden (naargelang zijn anciënniteit) kon worden opgezegd, wanneer hij in een periode van twaalf maanden ononderbroken



120 dagen afwezig was wegens ziekte met behoud van loon. In de Deense regeling voorziet men dus in 6 maanden behoud van loon tijdens de ziekte en een opzeggingsvergoeding van maximum 6 maanden, of in totaal 12 maanden. In vergelijking hiermee was mevrouw L door de toepassing van het voormalige art. 78 in combinatie met de éézijdige toekenning door de bank via het toepasselijke vademecum gedurende 10 jaar en 1,5 maanden afwezig met behoud van haar volledig nettoloon, waardoor de bank haar € 1.368.136,51, uitbetaalde, hetzij het equivalent van 75 maanden loon en voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

Mevrouw L erkent dat de Deense wet zeker vergelijkbaar is met de Belgische regeling van art. 78.

39. Wat de doelstelling van haar wettelijke regeling betreft, wees de Deense overheid erop dat dat deze bepaling beoogt werkgevers ertoe aan te zetten werknemers met een bijzonder risico van herhaalde afwezigheid wegens ziekte aan te werven en in dienst te houden door hun de mogelijkheid te bieden deze werknemers later met een verkorte opzegtermijn te ontslaan indien zij zeer lang afwezig zijn. Daartegenover staat dat deze werknemers tijdens hun ziekte hun baan kunnen behouden. Volgens de Deense regering behartigt deze regeling dus de belangen van de werkgever en van de werknemer en past zij volledig in een combinatie van enerzijds flexibiliteit en contractvrijheid en anderzijds bescherming van de



werknemer (HvJ van 11 april 2013, HK Danmark, C-335/11 en C-337/11, punten 78 en 79).

Het Hof van Justitie achtte deze doelstelling niet onredelijk omdat de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de keuze van een doelstelling van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid die zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt (punt 87 van het arrest).

Deze doelstelling wordt in België op een vergelijkbare wijze nagestreefd.

40. Dit neemt niet weg dat voorts moet worden nagegaan of de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken rekening houdend met het nadeel dat zij meer bepaald aan een persoon met een handicap kan berokkenen. Maar deze beoordeling staat aan de nationale rechter.

41. Ongeacht deze opdracht van het arbeidshof, is het overbodig om de vraag over de redelijkheid van de doelstelling opnieuw te onderwerpen aan het advies van het Hof van Justitie.

42. Bij toepassing van art. 9 van de anti-discriminatiewet moet daarbij worden bekeken of rekening houdend met de handicap van mevrouw L redelijke aanpassingen kunnen worden getroffen. Deze aanpassingen moeten gericht zijn om op voet van gelijkheid met andere werknemers de deelname van mevrouw L aan het beroepsleven te bevorderen (zie randnummer 32).



43. De considerans 17 van de Richtlijn 2000/78 elst niet dat iemand in dienst gehouden wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betrokken functie uit te voeren, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap te voorzien (vgl. HvJ 11 juli 2006, C-13/05, Chacon Navas, punt 49).
44. Alleszins is voor het hoofd van een juridische dienst van een bank het beschikken over haar cognitieve en emotionele functies wezenlijk en bepalend voor haar functie, zodat bij gebreke aan de mogelijkheid van redelijke aanpassingen het blijvend verlies hiervan een legitieme doelstelling voor ontslag kan vormen. Een ontslag is in dergelijke omstandigheden evenredig met deze doelstelling, wanneer de bank niet over mogelijkheden beschikt om aan dit verlies te remediëren.
45. Op grond van een semantisch onderscheid wil mevrouw I ten onrechte voorhouden dat het kunnen treffen van redelijke aanpassingen niet in concreto moet worden geëvalueerd, maar wel in abstracto, wat inhoudt dat de werkgever los van de situatie van zijn gehandicapte werknemer in alle potentiële aanpassingen zou moeten voorzien, die uit een handicap zouden kunnen voortvloeien. Dergelijke uitleg strookt niet met het begrip '*redelijke aanpassingen*' dat juist uitgaat van de concrete situatie.
46. Om tot die redelijke en concrete evaluatie te kunnen komen, stelt de rechtsleer terecht dat een werknemer die aan een niet zichtbare handicap, zoals chronische vermoeidheid, lijdt, deze handicap eerst zal moeten onthullen alvorens over een



aanpassing van de werkomgeving kan worden gesproken (K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse” in (ed. D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 185, nr. 40; JF NEVEN, « Dissolution du contrat de travail pour cause d’ incapacité définitive : vers une obligation préalable de reclassement » in J. LECLERCO, *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Brussel 2008, 194, nr. 28).

47. Niet betwist wordt dat mevrouw L op geen enkele wijze of op geen enkel ogenblik gevraagd heeft redelijke aanpassingen aan haar werkomgeving te doen om haar inschakeling in het beroepsleven te bevorderen. Het enig wat ze gedaan heeft is ondanks een andersluidende regeling in het vademecum verder de doorbetaling van de maandelijkse aanvulling van om en bij de € 12.000 na haar 60 jaar op te eisen; ze was dus enkel geïnteresseerd in het financiële, maar niet in haar re-integratie.

48. Hieruit vloeit voort dat de bank niet in de mogelijkheid was om dergelijke aanpassingen te doen, zodat ze aantoont dat ze zich niet schuldig heeft gemaakt aan indirecte discriminatie door op 16 juli 2013 tot ontslag over te gaan op grond van de toen van kracht zijnde wettelijke regeling.

De discriminatie wegens huidige of toekomstige gezondheidstoestand.

49. Op grond van art. 3 van de anti-discriminatiewet vormen ook de huidige of toekomstige gezondheidstoestand een beschermd criterium.

┌ PAGE 01-00000776192-0016-0025-02-01-4 ┐



Anders dan het criterium "*handicap*" komt het criterium "*huidige of toekomstige gezondheidstoestand*" niet voor in de Europese kaderrichtlijn 2000/78.

50. Belangrijk daarbij is dat de indiener van het oorspronkelijke wetsvoorstel met het criterium *huidige of toekomstige gezondheidstoestand* discriminaties wilde weren wegens gezondheidsproblemen die opgespoord werden met voorspellende genetische tests (*Parl. St. Senaat buitengewone zitting 1999 nr. 2/12-1*).

De senatoren Vandenberghe en De Schampelaere dienden een amendement (89) in om de woorden '*of toekomstige*' te doen vervallen, omdat dit veel te ruim was, gelet op de strafbaarstelling. (*Parl. St. Senaat 2/12-15, 106*) Nadien diende senator Vandenberghe nog een subamendement in om '*toekomstige*' te vervangen door '*redelijke voorspelbare toekomstige gezondheidstoestand*' (*Parl. St. Senaat 2/12-15, 121*).

Uit de debatten bleek dat men vooral onderzoeken naar de medische voorgeschiedenis op basis van ver doorgedreven genetische onderzoeken wilde weren in de sector van de levensverzekering. Deze toelichting werd aanvaard als waarborg dat het criterium niet te ruim mocht worden geïnterpreteerd. Men behield de oorspronkelijke tekst. De amendementen werden verworpen (*Parl. St. Senaat 2/12-15, 137*).

Deze discussie werd in de Kamer van Volksvertegenwoordiging hernomen n.a.v. een gelijkaardig amendement van mevr. Schauvliege (*Parl. St. Kamer 50-1578/8, 12-13*).

Er werd echter ook een amendement ingediend om tussen de woorden '*huidige*' en

┌ PAGE 01-00000776192-0019-0025-02-01-4 ┐



'of toekomstige' het woord 'gewezen' in te voegen (*Parl. St. Kamer 50-1578/8, 19*).

Al deze argumenten werden opnieuw verworpen (*Parl. St. Kamer 50-1578/8, 48*).

Dit toont aan dat de wetgever met dit criterium vooral discriminatie op grond van genetische testen heeft willen uitsluiten, maar ook dat men niet de bedoeling had om te verwijzen naar de gezondheidstoestand uit het verleden, daar het daartoe strekkend amendement niet werd aangenomen (vgl. *Arbh. Antwerpen 3 september 2008, RW 2008-09, 1642 met noot W. RAUWS, RABG 2009, 970 met noot J. HERMAN*).

51. In de mate men in het oude art. 78 ook een aanknopingspunt zou willen zoeken met de huidige gezondheidstoestand, die nog tot arbeidsongeschiktheid leidde op 18 december 2012, moet de beëindiging bij toepassing van die bepaling worden beschouwd als een ontslag dat volgens de wetgever objectief en redelijkerwijze te verantwoorden is (I. VERHELST en S. RAETS, "Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewogen:..." *Or. 2011/4, 114; Arbh. Antwerpen 4 september 2007, www.juridat.be*).

Deze rechtsleer en rechtspraak kan zeker in de context van deze zaak worden bijgetreden omwille van de motieven die het Hof van Justitie aanvaardde met betrekking tot het criterium handicap en die nader werden uitgewerkt in de randnummers 38-39. Mevrouw L was immers niet geïnteresseerd in haar re-integratie. Het enig wat ze gedaan heeft is ondanks een andersluidende regeling in het vademecum verder de doorbetaling van de maandelijkse aanvulling van € 12.000 na haar 60 jaar op te eisen; ze was dus enkel geïnteresseerd in het financiële.



Men kan het de bank niet kwalijk nemen dat ze het zinloos vond om mevrouw te behouden in het personeelsbestand, zodat van de wettelijke doelstellingen een passend en noodzakelijk gebruik kon worden gemaakt.

52. Het Incidenteel beroep op grond van de anti-discriminatiewet is daardoor ongegrond.

De aftrok op grond van het voormalige art. 78

53. Het op 16 juli 2013 nog van toepassing zijnde art. 78 van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalde:

Nadat de arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte of ongeval van de voor onbepaalde tijd aangeworven bediende meer dan zes maanden heeft geduurd, kan de werkgever te allen tijde aan de overeenkomst een einde maken mits vergoeding. Deze is gelijk aan het loon dat overeenstemt met de opzeggingstermijn welke ten opzichte van de bediende in acht moet worden genomen, na aftrek van het loon dat werd uitbetaald sedert het begin van de arbeidsongeschiktheid, of, in voorkomend geval, sedert de datum waarop de opzegging is begonnen te lopen. ...

54. Onder loon, in de zin van art. 78, moet worden verstaan het bedrag dat de werkgever tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst betaalt, anders dan als tegenprestatie voor de arbeid die als werkgever tijdens die periode verricht; daaronder valt dus o.m. de beloning die door de werkgever op grond van art. 70, aan de bediende tijdens de eerste dertig dagen van de arbeidsongeschiktheid is betaald, maar niet de arbeidsongevallenvergoeding, evenmin als het dubbel vakantiegeld en



het bedrag dat aan de bediende die tijdelijk het werk heeft hervat, als beloning wordt betaald (Cass. 9 maart 1981, *JTT* 1982, 31 met noot V. VANNES).

55. De oneigenlijke verwijzing naar het af te trekken 'loon' in art. 78 doelt dus op:

- bedragen betaald door de werkgever tijdens de schorsing
- anders dan het loon betaald tijdens de schorsing als tegenprestatie voor de arbeid gepresteerd tijdens de ziekte.

56. Het arbeidshof sluit zich aan bij het standpunt van het Openbaar Ministerie, dat vanuit deze definitie op basis van rechtsleer en rechtspraak aanvaardt dat vrijwillige aanvullingen aan de ziekte-uitkeringen in mindering mogen worden gebracht op de opzeggingsvergoeding, mits ze door de werkgever rechtstreeks worden betaald (B. CALLEWIER, "Kan de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer worden beëindigd ?", *Or.* 2002, 172-186, meer bepaald 175, nr. 1.2; B. NYSSEN " Licencier moyennant indemnité un employé après six mois d'incapacité", *Ors.* 1997, 116-120, meer bepaald, 118-119, II.A; L. PELTZER, noot onder *Arbrb.* Brussel 28 januari 1998, *Soc. Kron.* 1999/1, 14, 5.1.1.; *Arbh.* Brussel 18 november 1997, *Soc. Kron.* 1998/8, 388).

57. Het feit dat door de regeling van het vademecum een ruimere aftrek mogelijk is dan het wettelijk bepaalde gewaarborgd loon, kan niet tot een ongelijkheid van de wettelijke regeling leiden in de zin van de art. 10 en 11 GW. Het is overbodig hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, daar deze aftrek mogelijk is voor alle werknemers die over een ruimer gewaarborgd loon dan het



wettelijk bepaalde beschikken. De voorgehouden ongelijkheid vindt zijn bestaansreden in het vademecum en niet in de wettelijke bepaling.

58. Het vonnis van de eerste rechter moet daardoor worden hervormd in de zin dat de volledige aftrek had moeten worden toegepast van de aanvullende invaliditeitsuitkeringen, die de bank had gedaan tijdens de ziekte van mevrouw L , zodat geen saldo opzeggingsvergoeding verschuldigd bleef.

Het hoger beroep is op dit punt gegrond.

59. De overige uitweidingen en argumenten, die partijen omtrent de onderzochte punten aanvoeren, kunnen geen afbreuk doen aan deze beoordeling.



**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;

Gelet op het grotendeels gelijkkluidend schriftelijk advies van substituut arbeidsauditeur M. Van den Bossche, gedelegeerd bij het auditoraat-generaal, neergelegd op 16 december 2016 en waarop tijdig schriftelijke repliek van beide partijen is gevolgd.

Verklaart het hoofdberoep ontvankelijk en gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en ongegrond.

Hervormt het bestreden vonnis in de mate dat het geen aftrek op de opzeggingsvergoeding toelaat wegens de aanvullende ziekte-uitkeringen en daardoor de bank veroordeelt tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 634.779,86, vermeerderd met intresten en de gerechtskosten.

Hierover opnieuw rechtdoende, verklaart deze vorderingen ongegrond.

Bevestigt het vonnis voor het overige.

Veroordeelt mevrouw L. tot de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van de nv begroot op:

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 11.000
Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep	€ <u>11.000</u>
Totaal	€ 22.000

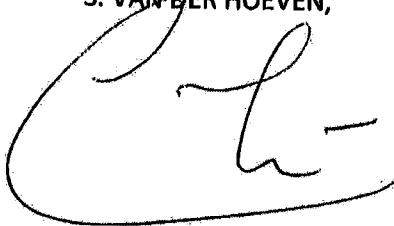
PAGE 01-00000776192-0024-0025-02-01-4



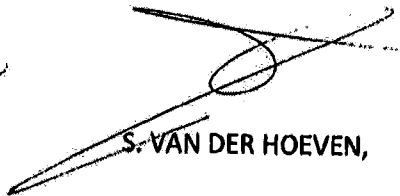
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel,
samengesteld uit:

L. LENAERTS,
L. REYBROECK,
S. MARCHAND,
bijgestaan door :
S. VAN DER HOEVEN,

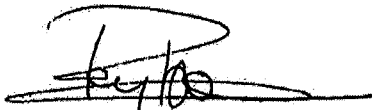
kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



L. LENAERTS,



S. VAN DER HOEVEN,



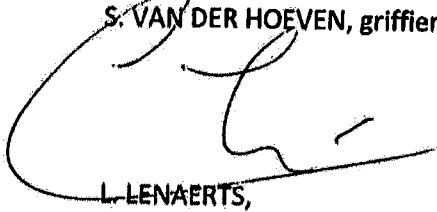
L. REYBROECK,



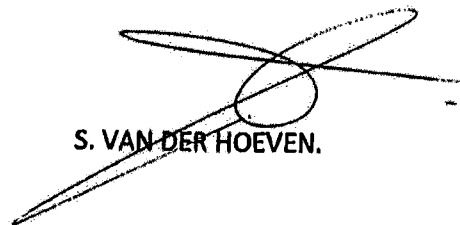
S. MARCHAND.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 21 februari 2017 door:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
S. VAN DER HOEVEN, griffier.



L. LENAERTS,



S. VAN DER HOEVEN.

