

Kopie

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

Repertoriumnummer
2018/ 500
Datum van uitspraak
20 februari 2018
Rolnummer
2016/AB/959

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00001040670-0001-0022-01-01-1



**ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief**

H

appellante,
vertegenwoordigd door mevrouw G afgevaardigde van een representatieve
organisatie van werknemers, houdster van een schriftelijke volmacht, kantoorhoudend te
3010 Leuven, Martelarenlaan 8

tegen

MAC INVER NV, met maatschappelijke zetel te 2450 MEERHOUT, Melsebaan, 33,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. SEL Jean-Philippe loco mr. VAN LOOCK Inez, advocaat te
2610 WILRIJK (ANTWERPEN), Prins Boudewijnlaan 177-179

mede in zake

**INTERFEDERAAL CENTRUM VOOR GELIJKE KANSEN EN BESTRIJDING VAN DISCRIMINATIE
EN RACISME**, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Koningsstraat 138,
vrijwillig tussenkomende partij,
dhr. MONDELAERS Bart, jurist van UNIA en bijgestaan door mr. VANTOMME Sophie loco
mr. PERTRY Véronique, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 99.

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgende 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 27 juli 2016 door de arbeidsrechtbank Leuven, 1^e B kamer (A.R.
15/1046/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 12 oktober
2016,
- de conclusie voor de appellante,

PAGE 01-00001040670-0002-0022-01-01-4



- de conclusies voor de geïntimeerde,
- de conclusie voor de vrijwillig tussenkomende partij,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 9 januari 2018, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie een schriftelijk advies heeft neergelegd, waarop de partijen hebben gerepliceerd, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De n.v. Mac-Inver en mevrouw H. onttekenden op 6 april 2006 een deeltijdse (36 uur) arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw H. aangeworven werd als verkoopster in de vakwinkel voor kunstenaars Lucas Creativ te Herent. Mac-Inver baat een 14-tal dergelijke winkels uit.

Op 6 september 2010 werd een bijlage aan deze arbeidsovereenkomst ondertekend waardoor de arbeidsuren werden uitgebreid naar 38 uur, zodat ze vanaf dan voltijds tewerkgesteld was.

2. Met e-mail van 24 november 2012, deelde mevrouw H. aan haar werkgever en collega's mee dat er bij haar lymfeklierkanker was ontdekt. Haar arbeidsovereenkomst werd geschorst wegens ziekte. Mac-Inver reageerde per e-mail en wenste haar *veel sterkte van de directie van Lucas. Neem uw tijd en herstel volledig. Wij zullen onze plan wel trekken.*

PAGE 01-00001040670-0003-0022-01-01-4



3. Op 6 december 2012 werd mevrouw D als nieuwe verkoopster voor de vestiging te Herent aangeworven met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

4. De ziekte van mevrouw H evolueerde gunstig, zodat haar behandelende arts en de adviserende arts van het ziekenfonds een progressieve werkhervatting in de zin van art. 100 ZIV-wet mogelijk achtten per 1 september 2014.

5. Mevrouw H nam daarover op 14 augustus 2014 contact op met de winkelverantwoordelijke te Herent, die in een verklaring op grond van art. 961/2 deze bespreking bevestigde. Een dagelijkse voltijdse tewerkstelling werd nog niet mogelijk geacht. Mevrouw H had ook documenten bij bestemd voor de directie, die de winkelverantwoordelijke overmaakte aan de bevoegde personen.

Mac-Inver bevestigt de bespreking, maar zegt dat ze de documenten niet ontvangen heeft.

Ter zitting bevestigt mevrouw H dat ze blanco-aanvraagformulieren voor een progressieve werkhervatting overhandigde, die verder door partijen moesten worden ingevuld.

6. Met aangetekende brief van 26 augustus 2014 van het door Mac-Inver gevolmachtigde sociaal secretariaat werd de arbeidsovereenkomst van mevrouw H verbroken met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding van 6 maanden en 6 weken. Het C4-formulier vermeldt als reden van werkloosheid: *gebrek aan geschikt werk voor deze werknemer.*

7. Met brief van 9 september 2014 vroeg mevrouw H aan haar werkgever nadere toelichting over deze reden, die ze in vraag stelde. Ze verwees daarbij naar de bevindingen



van de behandelende arts en de adviserende arts van het ziekenfonds, die haar in staat achtten om haar oorspronkelijke werkzaamheden opnieuw uit te voeren, uiteraard met een redelijke periode van inwerken na een periode van 2 jaar afwezigheid.

8. Met antwoordbrief van 4 november 2014 wees Mac-Inver op de indienstneming van een nieuwe kracht, de uitbreiding van het werkpakket, de webshop, nieuwe producten en kassa- en kaderprogramma's, waarvoor een degelijke bijkomende opleiding noodzakelijk zou zijn en de financiële onhaalbaarheid om 2 personen voor hetzelfde werk in dienst te houden.

9. De vakorganisatie van mevrouw H vroeg met brief van 22 juni 2015 een aanpassing van de opzeggingsvergoeding, die door Mac-Inver werd uitbetaald.

De raadsman van mevrouw H verzond op 6 augustus 2015 een aangetekende verjaringsstuitende ingebrekestelling wegens schending van de antidiscriminatiewet, de genderwet, de ontslagbescherming wegens moederschap en de art. 8 en 9 van de cao nr. 109 van 12 februari 2014.

10. Met tegensprekelijk verzoekschrift van 21 augustus 2015, neergelegd bij de arbeidsrechtbank te Leuven, vorderde mevrouw H vanwege Mac-Inver betaling van:

- € 12.443,03, ten titel van forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 6 maanden brutoloon voor discriminatie wegens huidige of toekomstige gezondheidstoestand + afwezigheid van het treffen van redelijke aanpassingen bij een handicap;
- € 12.443,03, forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 6 maanden brutoloon wegens genderdiscriminatie;



- € 12.443,03, forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 6 maanden brutoloon voor het schenden van verbod tot ontslag dat verband houdt met de zwangerschap;

- € 8.135,82 (een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 17 weken brutoloon omwille van kennelijk onredelijk ontslag).

bedragen te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten en de gerechtskosten.

Tevens werd de afgifte gevraagd van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

11. Met vonnis van 27 juli 2016 wees de arbeidsrechtbank te Leuven deze vorderingen af als ontvankelijk, doch ongegrond. Ter zitting wordt melding gemaakt van de betekening van dit vonnis op 15 september 2016, de akte van betekening wordt niet voorgelegd.

De arbeidsrechtbank aanvaarde het bestaan van een handicap niet en bevond dat er onvoldoende elementen werden aangedragen om een discriminatie op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand aan te nemen, omdat niet op doortastende wijze aanpassingen in verband met een progressieve werkhervatting werden aangekaart. De genderbescherming was niet van toepassing en een zwangerschap werd aan de werkgever niet gemeld. Het ontslag was niet kennelijk onredelijk omdat het gesteund was op het efficiënt functioneren van de onderneming.

12. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 oktober 2016, tekende mevrouw Hi hoger beroep aan met het oog op:

PAGE 01-00001040670-0006-0022-01-01-4



- het bestaan te horen vaststellen van een directe discriminatie door Mac-Inver op grond van een handicap en/of een bestaande of toekomstige gezondheidstoestand; en vervolgens
 - in hoofddeorde wegens schending van het discriminatieverbod op grond van handicap, in ondergeschikte orde wegens schending van hetzelfde verbod op grond van een bestaande of toekomstige gezondheidstoestand betaling van € 12.443,03 bruto als schadevergoeding op grond van artikel 18 §2, 2° van de antidiscriminatiewet;
 - in de meest ondergeschikte orde betaling van de forfaitaire schadevergoeding van € 8.135,82 bruto wegens kennelijk onredelijk ontslag,
- de gevorderde bedragen te vermeerderen met intresten en gerechtskosten.

Tevens werd de afgifte gevraagd van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

Het hoger beroep is dus niet meer gesteund op genderdiscriminatie of op schending van de moederschapsbescherming.

Mac-Inver vroeg ondergeschikt de herleiding van de gevorderde bedragen.

13. Op 30 september 2016 had mevrouw H. toestemming verleend aan het Interfederaal Centrum voor Gelijke kansen en bestrijding van discriminatie en racisme – hierna aangeduid als *Unia* -om in deze procedure tussen te komen, wat Unia deed bij verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst van 7 november 2016, waarbij ze de vorderingen van mevrouw H. voor zover gesteund op discriminatie, ondersteunde.



II. BEOORDELING

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

De discriminatie wegens handicap

15. Het arbeidshof kan verwijzen naar de toelichting van de toepasselijke rechtsregels en beginselen in het bestreden vonnis en in het advies van het Openbaar Ministerie; meer in het bijzonder moet rekening gehouden worden met wat hierna volgt.

16. 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 *antidiscriminatiewet*) is elke directe of indirecte discriminatie alsook de intimidatie verboden in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van deze wet vallen. Bovendien wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat het weigeren om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van personen met een handicap als verboden discriminatie wordt beschouwd.

17. Met deze wet beoogde de wetgever de eerdere antidiscriminatie-wetgeving aan te passen aan de Europese Richtlijn 2000/78 van 27 november 2000 van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep – hierna aangeduid als *kaderrichtlijn* – en aan het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 157/2004 van 6 oktober 2004.



18. Op grond van art. 3 van de antidiscriminatiewet vormen o.m. een handicap en de huidige of toekomstige gezondheidstoestand beschermde criteria, die op grond van art. 5 van toepassing zijn in de arbeidsbetrekkingen.

Deze laatste omvatten volgens art. 4, 1° o.a. de ontslagregelingen in de private sector. Voor de beëindiging van de arbeidsbetrekking wordt zowel gekeken naar de ontslagbeslissing als naar de maatregelen die worden getroffen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie (art. 5, §2, 3°).

19. Het begrip 'handicap' werd noch in de antidiscriminatiewet, 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 H. aan een handicap leed. In bevestigend geval moet worden nagezien of ze gediscrimineerd werd op basis van deze handicap. Discriminatie kan direct of indirect zijn. In geval van handicap mag men redelijke aanpassingen verwachten.

20. 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.

21. Een indirect onderscheid vormt een indirecte discriminatie tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn of tenzij aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen kunnen getroffen worden.



22. Op grond van art. 14 van de antidiscriminatiewet wordt o.m. onder discriminatie verstaan: *een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.*

Redelijke aanpassingen zijn: *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 (art. 4, 12° antidiscriminatiewet).*

In de ov. 20 bij de kaderrichtlijn wordt dienaangaande overwogen: *Er moeten passende, dat wil zeggen doeltreffende en praktische maatregelen worden getroffen die gericht zijn op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, bijvoorbeeld aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, en taakverdeling, of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen (elgen onderlijning).*

23. 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; zie ook 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 gepreciseerd 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).

24. 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). Maar dat neemt niet weg dat een ziekte een handicap kan uitmaken, wanneer men te maken heeft met *een gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte en wanneer deze ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkenen kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is* (HvJ 13 mei 2013, C-335/11-337/11, punt 40).



25. Het Hof preciseert m.b.t. de langdurige aard: *“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).

Toepassing

26. Bij mevrouw H. werd op 19 november 2012 lymfeklierkanker vastgesteld; dit werd door een arts gediagnosticeerd (stukken 3 en 17 Unia en stukken 31-32 mevr. H); ze deelde dit mee aan haar werkgever per e-mail van 24 november 2012, die haar per kerende veel sterkte toewenste en haar aanraadde om haar tijd te nemen voor haar herstel.

27. Ze was gedurende meer dan 21 maanden volledig arbeidsongeschikt; wanneer ze zich op 14 augustus 2014 bij de winkelverantwoordelijke aanbod om een progressieve werkhervatting te bespreken, bleef ze arbeidsongeschikt, maar kreeg ze de mogelijkheid om in functie van haar herstel het werk deels ter hervatten; de adviserende arts van het ziekenfonds raamde op 4 augustus 201 een verdere arbeidsongeschiktheid tot 31 oktober 2015 (stuk 29 mevr. H), bevestigd door de verklaringen van de behandelende arts (stukken 31-33; het ziekenhuis bevestigde een opvolging door de psychologe oncologie).



Hieruit kan een langdurige lichamelijke en ook psychische aandoening worden afgeleid (vgl. de criteria vastgesteld in HvJ 1 december 2016, C-395/15 Daoudi, punt 56-57).

28. Deze langdurige aandoening heeft mevrouw H belet om volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Mac-Inver zelf verwees in haar brief van 4 november 2014 naar de revalidatie, die haar verhinderde optimaal de klanten te kunnen helpen en de dagdagelijkse werkzaamheden uit te voeren, wat enkel zou kunnen opgevangen worden door een degelijke opleiding om hiermee terug te kunnen werken. Ook op het C4-formulier wordt als werkloosheidsreden enkel verwezen naar een gebrek aan geschikt werk 'voor deze werknemer', wat beduidt dat er wel geschikt werk was, maar niet voor haar. Ook het voorstel tot progressieve werkhervatting wijst op een beperking om volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Dit wordt ook ondersteund door het feit dat mevrouw H na haar ontslag een gespecialiseerde trajectbegeleiding heeft moeten volgen om haar beperking op de arbeidsmarkt te ondervangen.

29. Mevrouw H was daardoor behept met een handicap in de zin zoals uitgelegd in de randnummers 23 tot 25. De omstandigheid dat de VDAB haar bij gebreke aan aanvraag niet erkende als rechthebbende op tewerkstellingsondersteunende maatregelen wegens een arbeidshandicap doet daaraan geen afbreuk. Immers mevrouw H diende bij de winkelverantwoordelijke de formulieren voor een progressieve tewerkstelling in en nog vóór ze hierop enige reactie ontving werd ze zonder meer ontslagen. Uit de op grond van art. 961/2 Ger. W. door de winkelverantwoordelijke V afgelegde verklaring volgt dat de

PAGE 01-00001040670-0013-0022-01-01-4



heer V vóór het ontslag niet meer verder geraadpleegd werd over het onderhoud dat hij met mevrouw H had gehad over haar herintrede in het arbeidsproces.

30. Mevrouw H verwijst terecht naar de verplichtingen van de werkgever m.b.t. het welzijnsbeleid. Art. 3 van het toenmalig van toepassing zijnde KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers (BS 16 juni 2003) – thans art. I. 4-2 van de Codex Welzijn op het werk – voorziet in de tussenkomst van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer om de tewerkstellingskansen te bevorderen voor iedereen, inzonderheid door aan de werkgever aangepaste werkmethodes voor te stellen, het voorstellen van aanpassingen van de werkpost en het zoeken naar aangepast werk, ook voor werknemers met een beperkte arbeidsgeschiktheid.

Art. 36bis §1 van dit KB (thans art. I. 4-36 van de Codex Welzijn op het werk) legt aan de werkgever de plicht op om alle werknemers te Informeren die al dan niet onderworpen zijn aan het verplicht gezondheidstoezicht, over hun recht te genieten van een bezoek voorafgaand aan de werkhervatting in geval van arbeidsongeschiktheid, met het oog op een eventuele aanpassing van hun werkpost.

De onverhoedse ontslagbeslissing nadat mevrouw H de heer V had gecontacteerd, heeft de naleving van deze bepalingen verhinderd. Nochtans had men hierdoor de door Mac-Inver voorgehouden onwetendheid over de progressieve werkhervatting kunnen verhelpen.



31. Het verweer van Mac-Inver dat ze geen weet had van de vraag tot progressieve werkhervatting kan niet worden gevolgd en is bovendien grotendeels irrelevant om het bestaan van een discriminatie vast te stellen.

32. Mac-Inver betwist de op grond van art. 961/2 Ger. W. opgestelde verklaring van haar winkelverantwoordelijke, in zoverre hij formeel bevestigt dat hij de progressieve werkhervatting besproken heeft en dat de formulieren hiervoor aan de juiste personen werden doorgestuurd. Hij vernam later het ontslag zonder dat hij nog gecontacteerd werd.

Samen met het Openbaar Ministerie aanvaardt het arbeidshof deze verklaring wel als betrouwbaar en voldoende bewijskrachtig. De heer Vi stond overigens niet meer onder gezagsdruk en bevestigt dat hij geen wrok koestert en ook niet verplicht werd deze verklaring af te leggen. Mac-Inver van haar kant brengt geen verklaring voor van de verantwoordelijke die deze formulieren volgens haar niet zou gekregen hebben.

33. Mac-Inver betwist niet dat ze weet had van het onderhoud van de heer V met mevrouw H en haar nakende terugkeer. Ze heeft zich niet meer verder bevraagd, noch bij de heer V noch bij mevrouw H die van bij het begin open gecommuniceerd had over haar ziekte. Evenmin leefde ze de bepalingen in verband met het gezondheidstoezicht na, zodat het voorgewende 'niet weten' over de verdere arbeidsongeschiktheid en het voorstel van progressieve werkhervatting meer de schijn heeft van 'niet willen weten'. Alleszins had Mac-Inver geen reden om zonder meer uit te gaan van een ongefundeerde veronderstelling van volledige genezing en volledige



arbeidsgeschiktheid; ze wist immers dat de lange voorafgaande afwezigheid zijn reden vond in lymfeklierkanker.

34. Bovendien kan discriminatie op basis van handicap ook plaats vinden zonder vraag tot progressieve werkhervatting. (zie de omschrijving in randnummer 24)

35. Maar tevens heeft het Hof van Cassatie op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ 8 november 1990, C-177/88, Dekker, I-3976, ro 24) uitgelegd dat de aansprakelijkheid van degene die discrimineert, in geen enkel opzicht afhankelijk is van het bewijs van schuld of van de afwezigheid van enige rechtvaardigingsgrond. (Cass. 9 oktober 2017, S.12.0062.N, www.luridat.be met conclusie Openbaar Ministerie) In deze conclusie wordt toegelicht dat bij het beoordelen van het discriminatoir karakter van een handeling, in de zin van de Richtlijn, het intentioneel element van de persoon die de handeling stelt, geen rol speelt. Er kan dus sprake zijn van een discriminatie zonder dat de werkgever de intentie hiertoe had (C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie, Arbeidsverhoudingen en de discriminatiewet,...*, Gent, Larcier, 2004, 281-282).

36. Het arbeidshof treedt dit bij, want ook uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en uit de parlementaire voorbereiding van de antidiscriminatiewet volgt dat men wel voor de strafbaarstelling uitdrukkelijk de opzettelijkheid voorzien heeft, maar dat deze voor de burgerlijke sancties niet vereist is (Arbitragehof 6 oktober 2004, 157/04, B.55; *Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, 51-2722/009, 45-47). Men beoogde zo een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming te verzekeren met een echt afschrikwekkende werking



(HvJ 8 november 1990, C-177/88, Dekker, I-3976, ro 23 en conclusie advocaat-generaal DARMON van 14 november 1989, ov. 36-37).

37. Eens de handicap aanvaard, mocht mevrouw H redelijke aanpassingen verhopend, die geen onredelijke belasting voor Mac-Inver vormden; een aangepast arbeidsritme en opleiding om de negatieve gevolgen van de handicap op te vangen behoren hiertoe (zie randnummer 22).

38. De aanpassingen in de vorm van het door de adviserende arts voorgestelde stelsel van progressieve werkhervatting vormden geen onredelijke belasting voor Mac-Inver; minstens had ze eerst de tussenkomst kunnen vragen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer om in het kader van de bevordering van de tewerkstellingskansen aangepaste werkmethodes te doen voorstellen, of het voorstellen van aanpassingen van de werkpost of het zoeken naar aangepast werk. Gelet op het bestaan van 14 winkelveestigingen toont Mac-Inver alleszins niet aan dat er geen aangepast werk mogelijk was en dat er een economische noodzaak tot ontslag bestond.

39. De opmerkingen omtrent de evolutie en de wijzigingen in de werking van de onderneming (webshop, kassasysteem, ...) tijdens de afwezigheid van mevrouw H overtuigen niet. Het zijn eerder courante wijzigingen die geen onoverkomelijke drempel voor herintreding vormden. Mevrouw H toont met haar diploma's aan dat ze specifieke bekwaamheden had voor het adviseren rond kunst, zodat de gewone praktische evolutie van de winkel tijdens haar afwezigheid gemakkelijk had kunnen worden opgevangen door een interne of eventueel externe bijscholing.



40. Uit de jaarrekeningen van het bedrijf (boekjaar 2014, als bijlage bij het advies van de Arbeidsauditeur voor de eerste rechter) blijkt dat de onderneming zowel in 2013 als in 2014 winstgevend was zodat de onredelijke belasting van de werkgever voor deze aanpassingen en het ontslag ook niet gerechtvaardigd kunnen worden door budgettaire of afdoende economische overwegingen.

41. Uit dit alles vloeit voort dat mevrouw H meer dan voldoende elementen aanbrengt die een vermoeden scheppen van discriminatie wegens handicap en het nalaten van redelijke aanpassingen en tevens dat Mac-Inver niet slaagt in het tegenbewijs. Er was geen wezenlijke en bepalende beroepsvereiste om haar anders te behandelen dan een valide werknemer; er was geschikt werk voorhanden, enkel mevrouw H werd als gehandicapte werknemer hiervan uitgesloten. Er wordt niet aangetoond dat de redelijke aanpassingen in de vorm van de gevraagde progressieve werkhervatting en een aangepaste praktische opleiding een voor de werkgever onredelijke belasting zouden vormen.

Actuele of toekomstige gezondheidstoestand

42. Ten overvloede moet samen met het Openbaar Ministerie worden vastgesteld dat mevrouw H voldoende vermoedens aanbrengt die er op wijzen dat ze ongunstig werd behandeld omwille van haar gezondheidstoestand op het moment van en na haar ontslag. Het door de eerste rechter aangevoerde zogenaamd onvoldoende doortastend aanbrengen van de vraag naar progressieve werkhervatting is daarbij irrelevant (zie randnummers 31-36). Ook hier brengt Mac-Inver geen relevant tegenbewijs aan om de directe, minstens de indirecte discriminatie te weerleggen, zoals hierboven werd toegelicht.



Burgerlijke sanctie

43. Art. 18 §1 en 2 van de antidiscriminatiewet bepaalt:

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

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

1°...

2° Indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning.

44. Uit wat gezegd werd in randnummers 38 tot 40 volgt dat Mac-Inver de door haar ingeroepen reden van het ontslag niet afdoende aantoont; er is geen bewijs dat het ontslag ook op niet discriminerende gronden zou getroffen zijn. Mevrouw F vordert dan ook terecht een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan het loon van 6 maanden, waarvan de becijfering niet wordt betwist.



45. Gelet op de aanname van de schending van het discriminatieverbod, dient de vordering in de meest ondergeschikte orde wegens kennelijk onredelijk ontslag niet verder te worden onderzocht.

De gerechtskosten

46. Als verliezende partij vallen de gerechtskosten ten laste van Mac-Inver. In graad van hoger is geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd, daar mevrouw H. niet bijgestaan werd door een advocaat.

Unia kwam vrijwillig tussen ten bewarende titel. In die omstandigheden kunnen er geen gerechtskosten aan haar worden toegekend (JF VAN DROOGENBROECK en B. DE CONINCK, « La loi du 21 avril sur la répétibilité des frais et honoraires d' avocat », *JT* 2008, 49, nr. 51 ; *Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk recht, Ger. W. art. 1020, 12 nr. 20*).



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,

Gelet op het schriftelijk advies van substituut-generaal Martin Van den Bossche, waarop partijen tijdig hebben gerepliceerd.

Rechtsprekend op tegenspraak,

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de vordering van mevrouw H an de vrijwillige tussenkomst van Unia ontvankelijk en in hierna bepaalde mate gegrond;

Stelt het bestaan vast van discriminatie op grond van handicap, minstens op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, door Mac-Inver ten aanzien van mevrouw H.

Veroordeelt de nv Mac-Inver tot betaling aan mevrouw H van een forfaitaire schadevergoeding van € 12.443,03 op grond van art. 18 §2 van de antidiscriminatiewet, bedrag te vermeerderen met de vergoedende en gerechtelijke intresten;

Veroordeelt de nv Mac-Inver tot afgifte aan mevrouw H van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten.

Wijst het overige af.

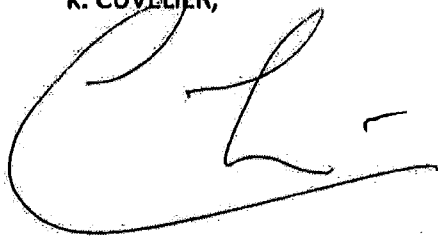
Veroordeelt de nv Mac-Inver tot betaling van de gerechtskosten eerste aanleg van mevrouw H die niet zijn begroot.



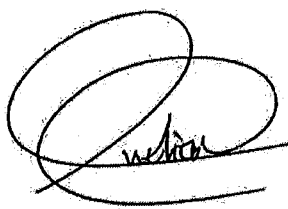
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel,
samengesteld uit:

L. LENAERTS,
P. CLERINX,
D. HEYVAERT,
bijgestaan door :
K. CUVELIER,

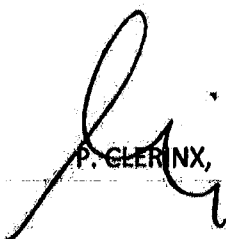
kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



L. LENAERTS,



K. CUVELIER,



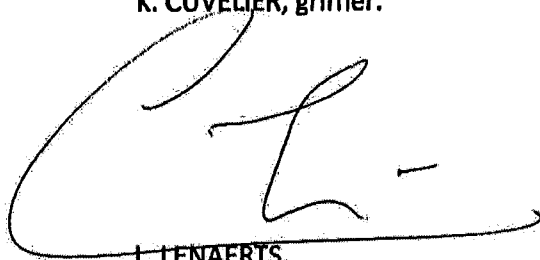
P. CLERINX,



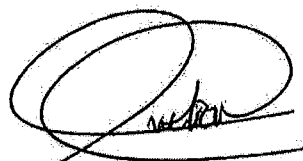
D. HEYVAERT,

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 20 februari 2018 door:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
K. CUVELIER, griffier.



L. LENAERTS,



K. CUVELIER.

