



Kopie art. 792

Ger. W.

Vrij van griffierecht art. 280,2^o W.Reg.

Uitgifte

Repertoriumnummer 2019 /	Uitgereikt aan
Datum van uitspraak 18 november 2019	op JGR
Rolnummer 2019/AH/65	

Arbeidshof Antwerpen Afdeling Hasselt

Kamer 3

Arrest

NV (...), ON (...), met maatschappelijke zetel te (...), met als raadsman
mr. KENIS An, advocaat te GENK, die pleit tegen:

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 2019/AH/65 18 november 2019 - p
E.V.(...), wonende te (...),

met als raadsman mr. SAVELKOUL Luc, advocaat
te PAAL voor wie pleit mr. NOË Ann, advocaat te
PAAL

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 8 januari 2019 van de
arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in
gerechtszaken toe.

Substituut-arbeidsauditeur m.o. K. VK.(...) gaf namens het openbaar ministerie
mondeling advies op 16 oktober 2019.

1. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Op 31 januari 2018 dagvaardde de heer E.V.(...) de NV (...) om te verschijnen voor
de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren. De heer E.V.(...) vorderde:

*De ingestelde vordering ontvankelijk en gegrond te horen verklaren naar vorm
en inhoud.*

Gedaagde te veroordelen tot betaling van volgende vorderingen:

- *Opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon van 84 dagen en 13
weken (25 weken), zijnde 15.571,80 € bruto (40u x 15,5718 = 622,87 €/week
x 25 weken opzegtermijn)*
- *Schadevergoeding wegens niet-ontvangen ontslagcompensatievergoeding
van 20 weken ten bedrage van 12.457,40€;*
- *Schadevergoeding overeenstemmend met het loon van 6 maanden (≙ 26
weken) omwille van discriminatie, ten bedrage van 16.194,62 €.*

*Gedaagde tevens te veroordelen tot afgifte van de overeenstemmende sociale
documenten, waaronder de loonbriefjes, de fiscale fiche 281.10 onder verbeurte
van een dwangsom van 25 € per ontbrekend document en per dag vertraging te
rekenen vanaf 48 uren na de betekening van het tussen te komen vonnis.*

*Zich tevens te horen veroordelen tot alle kosten van het geding met inbegrip van
de rechtsplegings- en uitgavenvergoeding, zoals voorzien bij art. 1022 Ger. W..'*

Met syntheseconclusie van 16 juli 2018 vorderde de heer E.V.(...):

“

De vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Verweerster te veroordelen tot betaling van volgende vorderingen:

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 2019/AH/65 18 november 2019 - p. 3

- *Opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon van 84 dagen en 13 weken (25 weken), zijnde 15.571,80 € bruto ($40u \times 15,5718 = 622,87 \text{ €/week} \times 25 \text{ weken opzegtermijn}$)*
- *Schadevergoeding wegens niet-ontvangen ontslagcompensatievergoeding van 20 weken ten bedrage van 12.457,40 €;*
- *Schadevergoeding overeenstemmend met het loon van 6 maanden (= 26 -weken) omwille van discriminatie, ten bedrage van 16.194,62 €.*

Verweerster tevens te veroordelen tot afgifte van de overeenstemmende sociale documenten, waaronder de loonbriefjes, de fiscale fiche 28110, onder verbeurte van een dwangsom van 25 € per ontbrekend document en per dag vertraging te rekenen vanaf 48 uren na de betekening van het tussen te komen vonnis.

Het tussen te komen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, niettegenstaande elk rechtsmiddel en zonder borgstelling of kantonnement.

Verweerster tenslotte te horen veroordelen tot alle kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding in toepassing van art 1022 Ger.W. en begroot op 3.000,00 EUR."

Met syntheseconclusie van 14 augustus 2018 vorderde de NV (...):

" In hoofdorde

De vorderingen van de heer E.V.(...) als ontvankelijk doch ongegrond af te wijzen.

De heer E.V.(...) te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding die in hoofde van (...) wordt begroot op € 3.000,00.

Ondergeschikt

Alvorens te oordelen over de mogelijkheid voor NV (...) om redelijke aanpassingen door te voeren ten einde de heer E.V.(...) op veilige wijze tewerk te stellen, een deskundige aan te stellen met als opdracht een nieuwe risicoanalyse uit te voeren om de impact van de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer op de functie van de heer E.V.(...) na te gaan,"

Met vonnis van 8 januari 2019 besliste de Arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren als volgt:

"

Verklaart de vordering ontvankelijk en deels gegrond in de volgende mate.

Veroordeelt verwerende partij in betaling aan eisende partij van een bedrag van: - ten titel van opzeggingsvergoeding een bedrag van € 15.571,80 bruto, gelijk aan 84 dagen en 13 weken loon

- *ten titel van schadevergoeding ingevolge discriminatie wegens handicap een bedrag van € 16.194,62, gelijk aan 6 maanden loon*

Wijst eisende partij van het meer gevorderde Of.

Verwijst verwerende partij, in 'haar hoedanigheid van in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van het geding; -aan de zijde van eisende partij begroot op € 250,93 dagvaarding en € 3.000,00 rechtsplegingsvergoeding en aan de zijde van verwerende partij begroot op € 3.000,00 rechtsplegingsvergoeding en als dusdanig ook door de rechtbank vereffend "

Tegen dit vonnis tekende de NV (...) op 25 februari 2019 hoger beroep aan.

Met conclusie van 26 augustus 2019 vordert de NV (...):

*Het hoger beroep toelaatbaar, ontvankelijk en gegrond te verklaren;
In hoofdorde*

*Het vonnis a quo van 8 januari 2019 te hervormen en de beslissingen met betrekking tot de veroordeling van NV (...) tot betaling van de opzeggingsvergoeding en schadevergoeding te niet te doen en vervolgens opnieuw te beslissen en deze af te wijzen als*ongegrond.*

Ondergeschikt

Het vonnis a quo van 8 januari 2019 te hervormen en de beslissingen met betrekking tot de veroordeling van NV (...) tot betaling van de opzeggingsvergoeding en schadevergoeding te niet te doen en alvorens opnieuw te beslissen een deskundige aan te stellen met als opdracht een nieuwe risicoanalyse uit te voeren om de impact van de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer op de functie van de heer E.V.(...) na te gaan en een advies te verlenen of de heer E.V.(...) op veilige wijze tewerk kon gesteld worden zonder dat dit een onevenredige belasting zou vormen voor NV (...).

Tot slot de heer E.V.(...) te veroordelen tot de kosten van het geding en een rechtsplegingsvergoeding van € 3.000 voor de procedure in eerste aanleg en een rechtsplegingsvergoeding van € 3,000 voor de procedure hoger beroep. "

Met conclusie van 26 juni 2019 vordert de heer E.V.(...):

*" Het hoger beroep ontvankelijk te verklaren doch als ongegrond afte wijzen; Vervolgens het 1^{ste} vonnis te bevestigen.
Daarnaast appellante te veroordelen tot de kosten van het geding, met jhbegrip van de rechtsplegingsvergoeding in toepassing van artikel 1022 Ger. W. en begroot op 3.000,00 EUR."*

II. ONTVANKELIJKHEID

NV (...) tekende tijdig en met een regelmatige akte hoger beroep aan. Het hoger beroep is ontvankelijk.

IV. TEN GRONDE

1. de feiten

De heer E.V.(...) partij trad op 29 april 2002 in dienst van G.(...) NV, de rechtsvoorganger NV (...), Hij had een voltijdse arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

NV (...) is actief in de metaal- en betonsector. De onderneming produceert prefab- en betonelementen. Volgens artikel 2 van zijn arbeidsovereenkomst was de heer E.V.(...) onderhoudsmecanicus, Het wordt niet betwist dat hij daarnaast ook vrachtwagenchauffeur was, Hij werkte in de dienst 'Onderhoud'. Deze dienst staat in voor onderhoudswerkzaamheden in het metaalatelier en de betonfabrieken van de onderneming. Net zoals zijn collega's van deze dienst oefende de heer E.V.(...) zijn functie uit zowel op de site te (...) als te (...).

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 2019/AH/65 18 november 2019 - p. 5
Volgens (...) hebben haar onderhoudsmecaniciërs volgende opdrachten:

- Onderhoud aan rollend materieel (heftrucks, laders, wagenpark, ...);
- onderhoud van lasposten en installaties van het metaalatelier;
- onderhoud van betontafels, robots en betonmenginstallaties

Eind 2008 werden de aandelen van het familiebedrijf G.(...) NV overgenomen. De naam van het bedrijf wijzigde naar de huidige benaming. Het dagelijks bestuur en het beheer van de vennootschap kwamen in handen van nieuwe leidinggevenden. Dit had volgens NV (...) tot gevolg dat ook het onderliggende management geleidelijk aan werd vervangen.

In mei 2006 onderging de heer E.V.(...) een heelkundige ingreep. Hierbij werd bij hem een pacemaker ingeplant. Na een revalidatie waardoor hij vijf weken arbeidsongeschikt was, hervatte de heer E.V.(...) het werk. Naar aanleiding van deze werkhervatting onderging hij op 16 juni 2006 een werkhervattingsonderzoek. De arbeidsgeneesheer van E., dr. C(...), verklaarde de heer E.V.(...) arbeidsgeschikt met uitsluiting van de uitoefening van zijn veiligheidsfunctie gedurende twee maanden. Dit betekende volgens NV (...) dat de heer E.V.(...) zijn functie als onderhoudsmecaniciërs kon uitvoeren, maar dat hij tijdens de • periode van twee maanden geen gemotoriseerde voertuigen mocht besturen.

Op 22 augustus 2006 onderzocht de arbeidsgeneesheer de heer E.V.(...) opnieuw. Het formulier voor de gezondheidsbeoordeling maakt geen gewag meer van enige beperking of uitsluiting voor de uitoefening van een veiligheidsfunctie. De formulieren naar aanleiding van latere onderzoeken vermelden evenmin een beperking of uitsluiting.

In weerwil van de vermeldingen op de opeenvolgende formulieren voor de gezondheidsbeoordeling, verrichtte de heer E.V.(...) naar eigen zeggen na zijn operatie aangepast werk. Omdat hij een pacemaker had, moest de heer E.V.(...) immers (i) opletten bij werken met zware machines die veel vibraties veroorzaken en (ii) werk aan of met elektrische apparaten met hoge elektromagnetische velden of voltages mijden, (iii) en diende eventuele lasapparatuur aan bepaalde eisen te voldoen. Volgens de heer E.V.(...) was hij vrijgesteld van de taken die mogelijk een gevaar voor hem konden kunnen betekenen. De facto namen zijn collega's deze taken over. .

De toenmalige ploegbaas van de heer E.V.(...), de heer S(...), bevestigde dat dit in 2006 werd besproken met de preventieadviseur. Deze preventieadviseur, de heer D(...), verklaarde dat hij naar aanleiding van de werkhervatting van de heer E.V.(...) met deze laatste en met de toenmalige arbeidsgeneesheer een rondgang maakte door het bedrijf om te wijzen op de gevaren na de inplanting van de pacemaker. Volgens de heer D(...) spraken zij hierbij af dat de heer S(...) bij de werkplanning rekening zou houden met deze gevaren. Op de vergadering van het comité voor bescherming en preventie op hef werk van 8 februari 2007, stond "*aangepast werk E.V.(...)*" als nieuw punt op de agenda.

Op 6 oktober 2017 legde dokter L.(...) hierover volgende schriftelijke verklaring af.

De Heer E.V.(...) kreeg in mei 2006 een pacemaker ingeplant omwille van hartritmestoornissen .

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 2019/AH/65 18 november 2019 - p

Hij werkte toen als onderhoudsmechaniker bij de firma L G in (...).

Toen de Heer E.V.(...) na zijn herstelverlof het werk wilde hervatten, werd er een overleg met hem en de interne preventie-adviseur, de Heer D., en mijzelf gepland. Dit overleg vond plaats in juni / juli 2006.

Ik werkte toen als arbeidsgeneesheer bij E. (externe dienst voor preventie en bescherming op het werk). De firma L G was bij E. aangesloten voor het arbeidsgeneeskundig toezicht

Bij een bezoek aan de werkplek van de Heer E.V.(...) werd het volgende advies gegeven:

- *betrokkene mocht niet in de directe omgeving van elektrische toestellen werken, die een groot electromagnetische veld creëerden.*

Op deze werkplek betekende dat hij niet in de directe omgeving van lasapparaten en plasmasnijders mocht werken. .

- *betrokkene mocht niet werken aan de triltafels in de betonafdeling. Dit advies werd besproken met de Heer D.(...) en de werkgever.*

De werkgever kon met dit advies rekening houden, zodat de Heer E.V.(...) zijn taken als onderhoudsmechaniker kon blijven uitoefenen in de firma L G."

NV (...) betwist deze voorstelling van de zaken. Volgens haar zijn er nooit aanpassingen aan de normale taken van de heer E.V.(...) aangebracht. Hij zou gedurende elf jaar gewoon zijn job hebben uitgeoefend. Het arbeidshof stelt in dit verband vast dat NV (...) noch haar rechtsvoorganger, na de operatie in 2006, gedurende meer dan tien jaar blijkbaar ooit opmerkingen maakten over de wijze waarop de heer E.V.(...) zijn werk uitvoerde. Ondanks zijn pacemaker functioneerde de heer E.V.(...) dus naar behoren en tot ieders tevredenheid.

Zoals het arbeidshof al vermeldde was er als gevolg van de overname in 2008 een geleidelijke evolutie in het management van de vennootschap en onder de directe leidinggevendenden. De heer S.(...) verliet het bedrijf. In zijn plaats kwam er een andere ploegbaas van de dienst 'onderhoud', als directe leidinggevende van de heer E.V.(...).

In december 2016 kreeg de heer E.V.(...) de opdracht een defect aan een installatie in de betonfabriek van B. na te kijken en te herstellen. De heer E.V.(...) voerde deze opdracht niet uit. Hierdoor waren de betonresten in deze installatie volledig uitgehard.

Volgens de heer E.V.(...) kon hij deze opdracht om gezondheidsredenen niet uitvoeren. Deze redenen waren de leidinggevende van de dienst onderhoud volgens NV (...) "alvast niet gekend". Eind december 2016 vond hierover op de site in M. een gesprek plaats met de heer E.V.(...) in het bijzijn van zijn leidinggevende en een medewerker van HR. Tijdens dit gesprek deelde de heer E.V.(...) mee dat hij sedert 2006 een pacemaker draagt en dat hij hierdoor bepaalde werken om medische redenen niet mocht uitvoeren.

NV (...) verzocht de heer E.V.(...) een attest van zijn behandelende arts bij te brengen waaruit zijn beperkingen zouden blijken. De heer E.V.(...) bezorgde hierop een attest van zijn cardioloog van 9 januari 2017. Dit attest beperkt zich tot de vermelding dat de heer

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 2019/AH/65 18 november 2019 - p. 7
E.V. sinds 5 mei 2006 een pacemaker draagt en duidt het model aan. Het vermeldt geen beperkingen voor de uitvoering van bepaalde taken.

Op vraag van NV (...) bezorgde de heer E.V.(...) dan een bijkomend attest met concretisering van de risico's en eventueel de nodige werkpostaanpassingen. Dit attest, afgeleverd op 23 januari 2017, vermeldt:

Ondergetekende verklaart dat bovenvermelde Dhr E.V.(...) een pacemaker draagt van het merk Sorin.

Bij een pacemaker is het wenselijk dat:

- *Er opgepast wordt bij het werken met zware machines die veel vibraties veroorzaken*
- *elektrische apparaten met hoge elektromagnetische velden of hoge voltages worden gemeden*
- *-Eventuele lasapparatuur aan bepaalde eisen voldoet.*

Bijkomende (meer apparaatspecifieke) info kan u opvragen bij de leverancier van de pacemaker: LivaNova — Ikaroslaan 83 1930 Zaventem"

Op 31 januari 2017 onderzocht de arbeidsgeneesheer van (...) de heer E.V.(...). Op het formulier voor de gezondheidsbeoordeling kruiste de arts aan dat de heer E.V.(...) "definitief overgeplaatst wordt naar een werkpost of activiteit die beantwoordt aan de hierna in F vermelde aanbeveling".

Deze aanbeveling luidt:

"Niet tewerkstellen in omgeving van elektrische toestellen die een groot electromagnetisch veld generen (zoals lasautomaten), niet bootstel/en aan whole body vibratjions (ponsmachine, triltafels)."

Na dit onderzoek voerde de heer E.V.(...) zijn arbeidsovereenkomst verder uit.

Op 9 februari 2017 ondertekende de heer E.V.(...) een formulier "Verzoek om reïntegratietraject". Volgens de heer E.V.(...) was dit formulier vooraf door de personeelsdienst van (...) ingevuld en werd het hem ter ondertekening- voorgelegd. De heer E.V.(...) zegt dat hij niet wist wat deze procedure inhield noch wat de gevolgen ervan konden zijn.

Dezelfde dag, 9 februari 2017, onderzocht de arbeidsgeneesheer, dokter L.(...), de heer E.V.(...). In afwachting van diens bevindingen, stelde LG de heer E.V.(...) vrij van prestaties. Op vrijdagochtend 10 februari 2017 werd de heer E.V.(...) verzocht de werkvloer te verlaten. Hij moest zich op maandag 13 februari 2017 op de personeelsdienst aanbieden. Op 13 en 14 februari 2017 nam de heer E.V.(...) educatief verlof. Volgens hem deed hij dit omdat de HR manager hérn tijdens de bespreking van maandag 12 februari 2017 te kennen gaf dat hij alle werk moest verrichten, zoniet moest hij maar verlof nemen.

Op 14 februari 2017 leverde dokter L.(...) een formulier voor de re-integratiebeoordeling af. Hierop duidde hij volgende beslissingen aan: .

Arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt 2019/AH/65 18 november 2019 - p

„ A. De mogelijkheid bestaat dat de bovengenoemde persoon op termijn het overeengekomen werk kan hervatten (desgevallend mits aanpassing van de werkpost). Ondertussen is aangepast werk of ander werk mogelijk (desgevallend mits aanpassing van de werkpost). De aanbevelingen en voorstellen van de preventieadviseurarbeidsgeneesheer in verband met aanpassingen van de werkpost of aangepast of ander werk zijn geformuleerd onder punt F van dit formulier. "

„ F. Aanbevelingen en voorstellen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in verband met aanpassingen van de werkpost of aangepast of ander werk: Drie meter afstand bewaren tot elektrische toestellen die een groot electromagnetisch veld kunnen genereren (zoals lasautomaten)⁴ Niet werken met een pneumatische boorhamer, niet werken als operator aan een triltafel of ponsmachine. Betrokkene mag wel in de nabijheid van een triltafel of ponsmachine werken.'.

De volgende dag, 15 februari 2017, bezorgde de arbeidsgeneesheer een tweede formulier. Hierop doorstreepte hij de beslissing onder de letter 'A' en weerhiëld hij beslissing 'C'. Deze beslissing luidt:

" C De bovengenoemde persoon is definitief ongeschikt om het overeengekomen werk bij de werkgever te hervatten, maar is we/ in staat om aangepast werk of ander werk bij de werkgever uit te voeren (desgevallend met aanpassing van de werkpost), Ondertussen is aangepast werk of ander werk mogelijk (desgevallend met aanpassing van de werkpost). De aanbevelingen en voorstellen van de preventieadviseurarbeidsgeneesheer in verband met aanpassingen van de werkpost of aangepast of ander werk zijn geformuleerd onder punt F van dit formulier."

Onder punt F laat de arbeidsgeneesheer vervolgens optekenen:

„F. Na bijkomend overleg en gezien het formulier voor gezondheidsbeoordeling van 31/01/2017 en rekening houdend met de medische problematiek van betrokkene, moeten de hierna geformuleerde adviezen als onbeperkt in de tijd beschouwd worden, Adviezen: Drie meter afstand bewaren tot elektrische toestellen die een groot elektromagnetisch veld kunnen genereren (zoals lasautomaten), Niet werken met een pneumatische boorhamer, niet werken als operator aan een triltafel of ponsmachine. Betrokkene mag wel in de nabijheid van een triltafel of ponsmachine werken. "

Het arbeidshof merkt hierbij op dat het volgens de formulieren van 31 januari 2017 en 14 februari' 2017 dezelfde arts was die de heer E.V.(...) onderzocht, namelijk dokter L. Het formulier van 31 januari 2017 is niet door hem ondertekend.

Met een mail van 15 februari 2017 stelde (...) de heer E.V.(...) vrij van prestaties tot 23 februari 2017. Dat was de datum waarop de termijn voor beroep tegen de beslissing van de arbeidsgeneesheer conform het Koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers, verstreek.

Eveneens op 15 februari 2017 stuurde (...) de heer E.V.(...) volgende aangetekende brief:

„ Betreft : Aangepast werk in het kader van de re-integratie procedure zoals ingesteld door art. 39 tot 41 van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers.

Ondergetekende A.R. verklaart in zijn hoedanigheid van werkgever aan werknemer E.V.(...) dat er geen mogelijkheid bestaat om zijn functie-inhoud aan te passen volgens de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer en dat het onmogelijk is om hem een ander werk binnen de firma aan te bieden die verenigbaar is met de gezondheidstoestand van betrokkene. "

De heer E.V.(...) tekende geen beroep aan tegen de beslissing(en) van de arbeidsgeneesheer.

(...) nodigde de heer E.V.(...) uit voor een bespreking op 23 februari 2017. Tijdens deze bespreking legde zij hem een "Overeenkomst ontslag wegens medische overmacht - geen mogelijkheid van aangepast of ander werk en de beroepsmogelijkheden van de werknemer zijn uitgeput" ter ondertekening voor. De heer E.V.(...) ondertekende deze overeenkomst niet,

Hierop stuurde (...) de heer E.V.(...) dezelfde dag volgende -aangetekende brief:

„ Geachte Heer,

Verwijzend naar het re-integratieverzoek en het medisch onderzoek op 09/02/2017, verklaarde de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer u op 15/02/2017 definitief ongeschikt voor het uitvoeren van onderhoudstaken in onze productie afdelingen, zijnde het metaalatelier en de betonfabrieken.

Rekening houdend met de beroepstermijn van 7 werkdagen waarbij u de mogelijkheid had beroep in te stellen bij de regionale directie van de inspectie Toezicht Welzijn op het Werk. U maakte echter geen gebruik van het recht op verhaal ingesteld door artikel 64 van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht van de werknemers,

Bij deze stellen wij dan ook vast dat de arbeidsovereenkomst omwille van medische overmacht wordt beëindigd op datum van vandaag. Deze beëindigingsvorm geeft geen recht op een opzegtermijn noch opzegvergoeding, aangezien het hier geen ontslag uitgaande van de werkgever betreft. "

Op 24 februari 2017 bezorgde (...) volgend motiveringsverslag tot het niet-opmaken van een re-integratieplan:

„ Verwijzend naar het re-integratieverzoek en het medisch onderzoek op 09/02/2017 en de verklaring van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer tot definitieve ongeschiktheid voor het uitvoeren van onderhoudstaken in onze productie afdelingen, zijnde het metaalatelier en de betonfabrieken.

Gezien betrokkene tewerkgesteld is binnen de afdeling onderhoud en dus onderhoudstaken dient te verrichten hetzij in het metaalatelier, hetzij in de betonfabrieken

Betreffende het metaalatelier :

In ons metaalatelier bevinden zich ca 40 lasautomaten, die gemiddeld ingesteld staan of werken aan 280 Ampère.

In de afdeling voorbereiding bevindt zich een plasma bron aan de snijtafel en een laserbron bij de pons-laser installatie.

Het uitvoeren van onderhoudswerken in deze afdeling zijn dan ook niet combineerbaar met het bewaren van een afstand van 3 meter tot elektrische toestellen die een groot elektromagnetisch veld genereren.

Betreffende de betonfabrieken ..

Voor het algemeen onderhoud aan de betoninstallaties wordt er dagelijks gebruik gemaakt van een klopboorhamer, met name voor het verwijderen van uitgehard beton aan en rond de installaties, zijnde (niet limitatieve lijst):

- .. Betonmixerinstallaties in B. en M.
- Betonkubels om beton tot aan de betonverdelers te brengen
- Mobiele betonverdelers
- In en rond de betonhal behoren verwijderen van uitgeharde betonresten aan installaties tot de algemeen onderhoudstaken.

Voor het onderhoud aan het rollend materieel zoals heftrucks en zijladers, wordt regelmatig gebruik gemaakt van pneumatische slagmoer.

Bijna alle tafels; cementdoseringsstoevoer, silo's en afstrijkbalken zijn uitgerust met trilmotoren (in B. allemaal en in M. 2 posities). Deze motoren dienen periodiek gereviseerd of vervangen te worden. Na deze interventie test de onderhoudstechniker de motoren en staat dan rechtstreeks in contact met deze trilmotoren..

Het uitvoeren van onderhoudswerken in deze afdelingen impliceert dus werken met een klopboorhamer alsook blootstelling aan trilmotoren. .

Een andere functie buiten de deze afdelingen hebben wij niet ter beschikking,

De raadslieden van de heer E.V.(...) reageerden met brief van 9 juni 2017 op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zij schreven (...) onder andere het volgende:

„ Cliënt was sedert 2002 werkzaam binnen de onderneming en dit als onderhoudsmonteur/onderhoudsmechaniker en dit binnen een interne onderhoudsploeg.

In de loop van de maand mei 2006 heeft cliënt een ingreep ondergaan waarbij een pacemaker werd ingepland. Hierdoor was hij enigszins beperkt in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. Deze beperking kan worden beschouwd als een handicap in de zin van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

Cliënt heeft na een korte revalidatie (5 weken arbeidsongeschiktheid) de arbeidsovereenkomst kunnen hervatten en dat nadat aangepast werk werd overeengekomen : meer bepaald diende cliënt bij zijn werkzaamheden (i) op te passen bij werken met zware machines die veel vibraties veroorzaken, (ii) elektrische apparaten met hoge elektromagnetische velden of voltages dienen gemeden te worden (iii) eventuele lasapparatuur diende aan bepaalde eisen te voldoen.

Ondanks deze beperkingen en in samenspraak met de ploegbaas, heeft cliënt zijn functie steeds tot tevredenheid van eenieder uitgeoefend, zowel op de site te M. als te B., alwaar hij het vertrek van 2 collega-techniekers diende op te vangen na een jarenlange tewerkstelling te M.

Desalniettemin werd bij de start van 2017 klaarblijkelijk het plan opgevat om zich zo goedkoop mogelijk van cliënt te ontdoen.

Meer bepaald als volgt:

(...[hierna schetsen de raadslieden van de heer E.V.(...) de feiten zoals die zich volgens hen tussen december 2016 en februari 2017 voordeden]).

Bij aangetekend schrijven dd. 24.02.2017 (en dus na het ontslag) maakt u een motiveringsverslag over tot het niet opmaken van een re-integratieplan

Cliënt kan zich met deze gang van zaken geenszins akkoord verklaren en betwist de rechtmatigheid en de regelmatigheid van het gegeven ontslag om medische overmacht.

U beperkt er zich toe te stellen dat cliënt geen aangepast werk kan aangeboden worden aangezien dit eenvoudigweg niet mogelijk zou zijn.

Deze uitleg volstaat niet : het komt aan u als werkgever toe om aan de hand van objectief vaststelbare gegevens aan te tonen dat er binnen de onderneming geen enkele betrekking voorhanden is die redelijkerwijze door cliënt zou kunnen worden uitgevoerd en dat rekening houdende met zijn beperking.

Hierin zal u niet slagen.

De werksituatie van cliënt was reeds volledig aangepast aan deze beperkingen en dit reeds sedert zijn terugkeer na de plaatsing van de pacemaker in 2006 én tot het ogenblik van zijn ontslag. Cliënt heeft zijn werkzaamheden steeds kunnen uitvoeren en zou dat momenteel nog steeds kunnen ...

De praktisch reeds uitgevoerde / gedoogde aanpassingen sedert 2006 (!) kunnen thans bezwaarlijk als onoverkomelijk worden beschouwd ...

Rekening houdende met het bovenstaande is cliënt van oordeel dat hij ten onrechte werd ontslagen wegens medische overmacht en gerechtigd is op een opzeggingsvergoeding dewelke overeenstemt met de normaal te respecteren opzeggingstermijn van 84 dagen en 13 weken (totaal 25 weken). Tevens maakt cliënt voorbehoud voor de ontslagcompensatievergoeding ten bedrage van 20 weken, dewelke hij eveneens kon verwachten van de RVA ingevolge zijn ontslag.

Tenslotte maakt cliënt aanspraak op een schadevergoeding overeenstemmend met het loon van 6 maanden, aangezien hij, zonder enige twijfel het slachtoffer is geworden van discriminatie ingevolge zijn gezondheidstoestand.

Door middel van huidig schrijven verzoeken wij u dan ook de gevorderde bedragen en overeenstemmende sociale documenten over te maken.

Op 22 juni 2017 beantwoordde NV (...) deze brief als volgt:

Betrokken werknemer was tewerkgesteld in het onderhoud en oefende zijn functie net als andere collega's uit zowel op de site in M. als in B.

Aanleiding van een 1^{ste} gesprek was het feit dat betrokkene plots beweerde een aantal onderhoudstaken niet te mogen uitvoeren omwille van gezondheidsredenen. Dit gesprek vond plaats eind december op de site in M., dit in bijzijn van zijn leidinggevende en HR. Tijdens dit gesprek deelde Dhr. E.V.(...) mee dat hij sedert 2006 een pacemaker droeg en dat hij hierdoor bepaalde werken om medische redenen niet zou mogen uitvoeren.

Het was de 1^{ste} keer dat deze informatie aan de werkgever werd meegedeeld Bij nazicht van het personeelsdossier van de heer E.V.(...) bleek dat hierover nooit

enige document door laatstgenoemde werd bijgebracht, dit in tegenstelling tot wat hij beweerde. De heer E.V.(...) werd dan ook gevraagd om een kopie van de documenten waarnaar hij verwees te bezorgen. Het feit dat hij helemaal geen documenten kon voorleggen, bewijst dat hij nooit over enige doktersattesten heeft beschikt waaruit de behoefte aan aangepast werk zou blijken.

Gezien de gezondheid van onze medewerkers prioritair is, wensten wij uiteraard onmiddellijk te beschikken over een medisch verslag waaruit de gezondheidsrisico's voor de heer E.V.(...) zouden blijken. Wij hebben hem verzocht ons hiervan een verslag te bezorgen.

Vanaf dit moment werd ook de interne preventie adviseur betrokken in dit proces en was hij steeds bij elk volgend gesprek aanwezig.

Het 1^{ste} attest dat de heer E.V.(...) aan ons overhandigde (bijlage 1) van 09-01-2017 vermeldde enkel dat hij een pacemaker heeft en dit sedert 05-05-2006. Het bevatte geen beperkingen met betrekking tot het mogen uitvoeren van bepaalde werkzaamheden.

Gezien wij de mogelijke risico's van het dragen van een pacemaker niet zelf kunnen beoordelen, vroegen wij naar een bijkomend attest met concretisering van de risico's en nodige aanpassingen. Ook dit tweede attest (bijlage 2) maakte geen melding van een verbod van bepaalde activiteiten. Het attest vermeldde enkel dat het wenselijk is voorzichtig te zijn voor bepaalde activiteiten

Gezien wij geen enkel risico wilden nemen en wij de gezondheid van de heer E.V.(...) niet in gevaar wensten te brengen, hebben wij een onderzoek gevraagd bij onze preventieadviseur-arbeidsgeneesheer.

Op 31-01-2017 werd betrokkene onderzocht door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer Dr. L.(...) van het CLB. Dit verslag was verontrustend (bijlage 3). Het verslag beschreef dat de heer E.V.(...) niet langer kon tewerkgesteld worden in een omgeving van elektrische toestellen die een groot elektromagnetisch veld genereren en niet blootstellen aan whole body vibrations.

Samen met de interne preventieadviseur en de heer E.V.(...) werd het verslag besproken. Aan de heer E.V.(...) werd de procedure van een re-integratietraject toegelicht. Reeds vanaf dit moment werd hij geïnformeerd dat het vinden van aangepast werk zeer moeilijk zou zijn gezien de grote risico's waaraan de heer E.V.(...) in zijn huidige functie werd blootgesteld,

De heer V. heeft vervolgens zelf verzocht om de opstart van een re-integratietraject. De heer E.V.(...) werd diezelfde dag nog onderzocht door onze preventieadviseur-geneesheer Dr. L.(...).

Op basis van het eerste verslag van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer konden wij als werkgever het risico niet nemen de heer E.V.(...) nog langer zijn functie te

laten uitoefenen. Vanaf 10 februari 2017 kreeg hij dan ook vrijstelling van prestaties. Maandag en dinsdag 13-14 februari 2017 had hij educatief verlof en woensdag 15 februari 2017 was zijn vaste dag tijdskrediet.

De bewering dat de heer E.V.(...) op maandag 13 februari 2017 verplicht werd alle werk te verrichten is dan ook misplaatst en verdraait volledig de werkelijkheid.

Op 14 februari kwam Dr. L.(...) met een voorlopige beoordeling (bijlage 5) en werden zijn bevindingen samen met de werkgever (zijnde ikzelf, de operations manager, de HR manager en de interne preventie adviseur) besproken. Op basis van al de relevante informatie heeft de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer dr. L.(...) vervolgens beslist dat de heer E.V.(...) definitief ongeschikt is om het overeengekomen werd bij de werkgever verder uit te voeren (bijlage 6)

([Hierna citeert (...) punt 'F' van het formulier van 15 februari 2017])

Het is klaar en duidelijk dat deze omschrijving van aanpassing aan de werkpost iedere functie in de onderhoudsploeg van (...) onmiddellijk en definitief uitsluit. Zelfs enige andere functie in de onderneming die door de heer E.V.(...) zou kunnen worden uitgevoerd, is uitgesloten op basis van deze beperkingen die door de preventieadviseur - arbeidsgeneesheer werden opgelegd.

De heer E.V.(...) werd diezelfde dag nog geïnformeerd over het feit dat de werkgever niet in de mogelijkheid was om zijn functie-inhoud aan te passen volgens de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer en dat het onmogelijk was om hem een ander werk binnen de firma aan te bieden dat verenigbaar is met de gezondheidstoestand van betrokkene. Dit werd tevens per aangetekend schrijven aan hem overgemaakt (bijlage 7)

De heer E.V.(...) had de mogelijkheid om binnen de 7 werkdagen beroep in te stellen tegen deze re-integratiebeoordeling. Dit werd hem uitdrukkelijk toegelicht door de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer en staat bovendien duidelijk vermeld op de keerzijde van het aan hem bezorgde formulier voor de re-integratiebeoordeling. Gedurende deze beroepstermijn werd de heer E.V.(...) opnieuw vrijgesteld van prestaties.

. Op 23 februari 2017 werd de heer E.V.(...) uitgenodigd en werd de situatie gezamenlijk besproken. De heer E.V.(...) wenste geen beroep in te stellen tegen de beslissing van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Aangezien het overduidelijk was dat het objectief gezien onmogelijk is voor (...) om de heer E.V.(...) een andere functie aan te bieden die aan de strenge beperkingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer zouden voldoen, zag NV (...) zich dan ook genoodzaakt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht vast te stellen. (bijlage 8).

Op 24 februari werd de schriftelijke weergave van het motiveringsverslag aangetekend verstuurd aan zowel de heer E.V.(...) als Dr. L(...) (bijlagen 9-10-11).

Dit motiveringsverslag bevestigde de reeds meegedeelde vaststellingen die op 14 februari werden besproken met de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, de interne preventie adviseur, operations manager metaalatelier, HR en mijzelf.

Gezien het zeer grote risico dat de gezondheidstoestand van de heer E.V.(...) meebrengt en gezien de zeer zware beperkingen die door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer werden opgelegd aangaande nog mogelijke uit te voeren taken door de heer E.V.(...) , was er in principe zelfs geen grondig onderzoek naar mogelijke werkpostaanpassingen nodig. Het is 'immers prima facie duidelijk dat zowel voor het metaalatelier als de betonafdeling de risico's te groot zijn. Niettemin werden de nodige risicoanalyse hiervoor uitgevoerd en werden deze uitgebreid beschreven in het motiveringsverslag dat aan de heer E.V.(...) werd overgemaakt.

Het uitvoeren van enige werkzaamheden in ons metaalatelier is onmogelijk combineerbaar met het bewaren van een afstand van 3 meter van elektrische toestellen die een groot magnetisch veld genereren. Lasautomaten worden zelfs uitdrukkelijk vermeld in het rapport. Wat de betonfabrieken wordt in het verslag duidelijk omschreven wat de taken van het onderhoud inhouden en dit impliceert rechtstreeks werken met een klopperhamer. Dit zijn objectieve gegevens die zeer vlug kunnen worden vastgesteld

NV (...)betreurt ten zeerste niet in de mogelijkheid te zijn om de heer E.V.(...) aangepast werk te kunnen bieden. Het is evenwel objectief vast te stellen en duidelijk aangegeven in het motiveringsverslag dat het werkelijk onmogelijk is om binnen (...) een functie te creëren die aan de veiligheidsvereisten voldoet die voor de heer E.V.(...) nodig zijn om op een veilige manier (zijn) arbeid te verrichten.

De heer E.V.(...) zou beweren dat hij sedert 2006 wel een aangepaste functie heeft uitgeoefend. Mogelijks heeft zijn toenmalige leidinggevende de heer E.V.(...) van bepaalde werkzaamheden vrijgesteld. Indien dit het geval zou zijn wat door (...) wordt betwijfeld heeft deze leidinggevende dit volledig op eigen initiatief gedaan zonder enig overleg met HR of de interne of externe preventiediensten. Wellicht zijn andere collega's hiervan het slachtoffer geworden waardoor dit geenszins de goedkeuring kan wegdragen van de werkgever, dit onder voorbehoud dat dit effectief het geval is geweest. .

Het is evenwel uitgesloten dat de heer E.V.(...) de afgelopen jaren op een veilige manier zijn arbeid heeft uitgeoefend. Hij heeft immers zijn taken in het onderhoud . steeds uitgevoerd in de onmiddellijke nabijheid van lasposten voor het metaalatelier, in de betonafdelingen gewerkt met een klopperhamer, enz.

We kunnen enkel vaststellen dat de heer E.V.(...) sedert 2006 heel veel geluk heeft gehad dat hem niets bijkomend is overkomen. Het is voor ons nog steeds onbegrijpelijk dat hij nooit enig medisch verslag heeft overgemaakt aangaande zijn gezondheidstoestand en dat hij niet zelf om een onderzoek bij de arbeidsgeneesheer heeft verzocht, De heer E.V.(...) heeft zo een heel groot risico genomen en zijn gezondheid en die van collega's op het spel gezet. Door deze handelingswijze heeft

de heer E.V.(...) het ook de werkgever onmogelijk gemaakt de veiligheid van de werknemers te kunnen garanderen. Gelukkig zijn er geen ernstige incidenten voorgevallen.

NV (...) maakt dan ook alle voorbehoud voor mogelijke schade en incidenten die nog aan het licht zouden komen en die ontstaan zijn door het bewust achterhouden van deze belangrijke informatie aangaande zijn gezondheidstoestand door de heer E.V.(...), Door het achterhouden van deze informatie heeft de heer E.V.(...) immers niet alleen zijn eigen gezondheid in gevaar gebracht maar ook deze van zijn collega's.

U zal dan ook begrijpen dat wij niet kunnen ingaan op uw verzoek tot betaling van een opzeggingsvergoeding aangezien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de heer E.V.(...) werd vastgesteld op grond van medische overmacht, Bij deze beëindigingswijze zijn immers geen der partijen gehouden tot het respecteren van een opzeggingstermijn noch tot betaling van een opzeggingsvergoeding.

Ook de bewering dat de heer E.V.(...) slachtoffer zou zijn van discriminatie is geheel onterecht. Zoals u weet is er enkel sprake van een schending van het verbod van discriminatie wanneer de werkgever nalaat te onderzoeken of werkpostaanpassingen mogelijk zijn of vervolgens nalaat redelijke aanpassingen door te voeren. Hierboven wordt uitvoerig aangetoond dat de werkgever wel degelijk met al de betrokkenen heeft samengezeten teneinde naar een oplossing te zoeken om de heer E.V.(...) aan het werk te houden. Gezien het zeer grote risico dat de gezondheidstoestand van de heer E.V.(...) meebrengt en gezien de zeer zware beperkingen die door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer werden opgelegd aangaande nog mogelijk uit te voeren taken door de heer E.V.(...), was er in principe zelfs geen grondig onderzoek naar mogelijke werkposabanpassingen nodig. Het is immers prima facie duidelijk dat zowel voor het metaalatelier als de betonafdeling de risico's te groot zijn. Niettemin werden de nodige risicoanalyse hiervoor uitgevoerd en werden deze uitgebreid beschreven in het motiveringsverslag dat aan de heer E.V.(...) werd overgemaakt.

Wij herhalen dat wij het betreuren dat wij in de onmogelijkheid zijn om de heer E.V.(...) een andere functie aan te bieden en verwijzen hiervoor naar het motiveringsverslag waarin dit objectief wordt vastgesteld.

Wij wensen de heer E.V.(...) nog succes in zijn verdere professionele carrière en uiteraard mag hij steeds verwijzen naar (...) indien hij behoefte zou hebben aan een referentie.”

De raadsliden van de heer E.V.(...) reageerden hierop met brief van 26 december 2017. In deze brief citeerden zij de verklaringen van dokter L.(...) en de heren S.(...) en D.(...) waarnaar het arbeidshof hoger verwees. De raadsliden van de heer E.V.(...) vatten hun standpunt samen als volgt:

Uit het bovenstaande blijkt, zonder meer dat:

- “- U, als werkgever, volledig op de hoogte was van de toestand van cliënt;*
- In samenspraak met de interne en externe preventiedienst, HR en cliënt aangepast werk werd verschaft bij zijn terugkeer in 2006 tot aan zijn ontslag;*
- Er geen enkel objectief element / argument kan worden aangehaald waarom cliënt zijn aangepaste werkzaamheden niet kon (blijven) uitoefenen.”*

De raadsliden van de heer E.V.(...) handhaafden dan ook hun eis geformuleerd in hun brief van 9 juni 2017.

Op 19 januari 2018 kwam er een reactie van de raadsman van NV (...). Zij handhaafde het standpunt en de versie van de feiten van haar cliënte. Voorts bekritiseerde zij de verklaringen die de raadsliden van de heer E.V.(...) bij hun brief van 26 december 2017 hadden gevoegd. Specifiek in verband met de verklaring van dokter L.(...) merkte zij op:

“(…)

Zeker is dat er in deze periode geen aangepast werk aan de heer E.V.(...) werd toegekend op advies van de arbeidsgeneesheer en ingegeven door zijn gezondheidstoestand. In voorkomend geval zou dit immers zijn opgenomen in de medische beoordeling van 29 juni 2007 (stuk 3) of minstens in de gezondheidsbeoordeling van 5 augustus 2008. (stuk 4)

Het is dan ook bewezen dat de arbeidsgeneesheer voor de heer E.V.(...) nooit aangepast werk heeft aanbevolen voor zijn functie van onderhoudsmecanicien, Enkel voor zijn veiligheidsfunctie als chauffeur werd er een tijdelijk uitsluiting geadviseerd die evenwel op 22 augustus 2006 werd opgeheven.

Uit geen enkel document blijkt bovendien dat de heer E.V.(...) ooit een aanvraag zou hebben ingediend voor aanpassingen aan zijn werkpost als onderhoudsmecanicien. Dit zou immers eveneens blijken uit de gezondheidsbeoordelingen.

Cliënte vindt het dan ook bijzonder merkwaardig dat dr. L.(...) verklaart dat hij als arbeidsgeneesheer in juni/juli 2006 aan de leidinggevende van de heer E.V.(...) en aan de toenmalige preventieadviseur aangepast werk voor de heer E.V.(...) zou geadviseerd hebben. Dit is des te merkwaardiger gezien zijn collega, dr. C., op 22 juni 2006 de heer E.V.(...) volledig geschikt heeft verklaard voor diezelfde functie van onderhoudsmecanicien.

Indien dr, L.(...) reeds vanaf juni 2006 op de hoogte was van de inplanting van een pacemaker bij de -heer E.V.(...) en van het gegeven dat de functie van onderhoudsmecanicien ernstige gevaren voor hem inhielden, is het onbegrijpelijk dat dr, L.(...) hiervan nooit enige melding heeft gemaakt op de formulieren 'gezondheidsbeoordeling' ⁱ. Dit zijn immers de officiële documenten waarop de werkgever zich dient te baseren om medewerkers op een veilige manier hun arbeid te laten verrichten. Cliënte maakt dan ook ernstig voorbehoud voor de verklaring van dr. L.(...) aangezien de inhoud hiervan regelrecht wordt tegengesproken door de gezondheidsbeoordelingen van dezelfde arts. Cliënte maakt dan ook een

(...)”

Op 31 januari 2018 dagvaardde de heer E.V.(...) NV (...) voor de Arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren.

2. Beoordeling

2.1. rechtsmacht en bevoegdheid

Noch over de rechtsmacht noch over de bevoegdheid van het arbeidshof bestaat betwisting. Het arbeidshof stelt in dit verband geen middelen vast die het ambtshalve moet opwerpen.

2.2. toelaatbaarheid van de eis

NV (...) betwist de toelaatbaarheid van de eis van de heer E.V.(...) niet. Het arbeidshof stelt geen middelen van ontoelaatbaarheid vast die het ambtshalve moet opwerpen. De eis van de heer E.V.(...) is toelaatbaar.

2.3. Opzeggingsvergoeding

Wat dit onderdeel van de oorspronkelijke eis betreft, is het hoger beroep van (...) ongegrond. Haar vaststelling dat er sprake was van overmacht, is onterecht. Hierdoor beëindigde (...) de arbeidsovereenkomst met de heer E.V.(...) op onregelmatige wijze, Met toepassing van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomst is zij de heer E.V.(...) een vergoeding verschuldigd die overeenstemt met het loon voor de opzeggingstermijn die (...) in acht moest nemen.

"Behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen teniet gaan" nemen de verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst conform artikel 32 van de Arbeidsovereenkomstenwet een einde door overmacht. Opdat overmacht de' beëindiging van de arbeidsovereenkomst veroorzaakt, is vereist dat de uitvoering van de overeenkomst definitief onmogelijk is geworden. Het volstaat niet dat de uitvoering moeilijker of duurder is geworden.

(D. CUYPERS, "Overmacht in het arbeidsrecht", in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds), Overmacht, Antwerpen — Cambridge, 2015, p. 96 en de daar in voetnoot 3 en 4 geciteerde rechtspraak)

De arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte of ongeval, waardoor het voor de werknemer definitief onmogelijk wordt om het overeengekomen werk te verrichten, kan een einde maken aan de arbeidsovereenkomst wegens overmacht. Overeenkomstig artikel

34 van de Arbeidsovereenkomst kan deze vorm van overmacht slechts worden ingeroepen nadat het re-integratietraject van de werknemer die het overeengekomen werk definitief niet kan uitoefenen, vastgesteld krachtens de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, is beëindigd. De werkgever (of de werknemer) die naar aanleiding van de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer om het overeengekomen werk uit te voeren, het einde van de arbeidsovereenkomst door overmacht wil vaststellen, kan dat enkel als het re-integratietraject volledig is doorlopen.

De huidige versie van artikel 34 van de Arbeidsovereenkomstenwet is ingevoerd door de Wet van 20 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake arbeidsrecht in het kader van arbeidsongeschiktheid (BS 30 december 2016). Sedert de inwerkingtreding van deze bepaling, op 9 januari 2017, volstaat het voor de werkgever dus niet meer om de definitieve ongeschiktheid van de werknemer voor de overeengekomen arbeid in te roepen. De naleving van de re-integratieprocedure die het Koninklijk besluit van 28 oktober 2016 invoerde in het Koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers (nu opgenomen in de Codex Welzijn Werk), is hiervoor een voorafgaande voorwaarde. Pas nadat deze procedure volledig is doorlopen kan één van de partijen zich op overmacht beroepen om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vast te stellen. (A. MORTIER, "La cessation du contrat de travail par l'état de santé du travailleur (Première partie) », JTT 2017, p.40, nr. 22)

Overeenkomstig artikel 34 van de Arbeidsovereenkomstenwet kan alleen de arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte of ongeval, waardoor het voor de werknemer definitief onmogelijk wordt om het overeengekomen werk te verrichten, wegens overmacht een einde maken aan de arbeidsovereenkomst. De partij die de overmacht inroept, moet bewijzen dat de arbeidsongeschiktheid de uitvoering van de overeengekomen arbeid definitief onmogelijk maakt. Bewijst zij dit niet, dan beëindigt zij de arbeidsovereenkomst onregelmatig ongeacht of zij de re-integratieprocedure naleefde en of deze procedure is beëindigd.

Het arbeidshof stelt vast dat (...) dit bewijs niet levert. Zij toont niet aan dat de heer E.V.(...) definitief ongeschikt was om de overeengekomen arbeid uit te voeren.

Artikel 2 van de arbeidsovereenkomst van de heer E.V.(...) bepaalt dat hij "als arbeider de volgende taken (zal) uitvoeren: onderhoudsmecaniciën". Voor het overige specificiert de arbeidsovereenkomst niet wat deze functie inhoudt. (...) legt geen meer gedetailleerde functieomschrijving voor.

Volgens (...) zijn de opdrachten van een onderhoudsmecaniciën:

- onderhoud aan rollend materieel (heftrucks — laders — wagenpark);
- onderhoud van lasposten en installaties metaalatelier;
- onderhoud betontafels — robots — betonmenginstallaties.

De onderhoudsmecaniciëns van (...) verrichten dus een (groot) aantal verschillende taken, Bij ontstentenis van een meer nauwkeurige aanduiding in de arbeidsovereenkomst, kon (...) de heer E.V.(...) op grond van haar werkgeversgezag en instructierecht specifieke taken geven, zonder afbreuk te doen aan de essentie van de overeengekomen arbeid, namelijk dat hij de functie van onderhoudsmecaniciëns uitoefende.

Op basis van de stukken die partijen voorleggen, acht het arbeidshof het bewezen dat er bij de concrete invulling van de taak van de heer E.V.(...) na zijn arbeidsongeschiktheid in 2006 rekening is gehouden met zijn gezondheidstoestand. Na een rondgang in de onderneming met de heer E.V.(...), beoordeelden de toenmalige preventieadviseur en de arbeidsgeneesheer welke gevaren er waren voor zijn gezondheid. Zij spraken af dat de ploegbaas van de heer E.V.(...) hiermee rekening zou houden bij de planning. Dit is klaarblijkelijk ook gebeurd. De heer E.V.(...) oefende na de plaatsing van de pacemaker meer dan tien jaar zijn functie verder uit. Blijkbaar had dit geen negatieve gevolgen of hield dit geen gevaar in voor zijn gezondheid en zijn veiligheid en die van zijn collega's. Op geen enkel ogenblik maakte NV (...)opmerkingen over de wijze waarop de heer E.V.(...) zijn werk verrichtte.

Dat de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer de heer E.V.(...) bij zijn opeenvolgende controleonderzoeken geschikt bevond voor de functie van onderhoudsmecaniciëns / vrachtwagenbestuurder, is dan ook niet relevant. Deze functie, in het bijzonder die van onderhoudsmecaniciëns, bevat immers een dermate ruime waaier van activiteiten, dat het mogelijk was bij de invulling ervan en bij de toewijzing van concrete opdrachten rekening te houden met de gezondheidstoestand van de heer E.V.(...) zonder afbreuk te doen aan wat moet worden verstaan onder de overeengekomen arbeid. De beoordeling dat de heer E.V.(...) geschikt was voor de overeengekomen functie, impliceert niet dat hij verondersteld werd alle _mogelijke taken die de onderhoudsmecaniciëns volgens (...) uitoefenen, te kunnen verrichten. Volledigheidshalve merkt het arbeidshof hierbij nog op dat (...) ook niet aantoonbaar is dat de taak van de heer E.V.(...) voor zijn operatie in 2006 concreet bestond.

Evenmin van belang -is de, overigens vrij onwaarschijnlijke, bewering dat (...) niet op de hoogte was de medische problematiek van de heer E.V.(...), Ook dit neemt immers .niet weg dat hij zijn functie tien jaar lang probleemloos uitvoerde.

Voor zover het arbeidshof dit kan nagaan, verrichtte de heer E.V.(...) vanaf de werkhervatting na zijn operatie in 2006 als onderhoudsmecaniciëns steeds dezelfde of gelijkaardige taken. Sinds 2006 was er evenmin een wijziging in zijn gezondheidstoestand. Dit toont aan dat de heer E.V.(...) in staat was de overeengekomen arbeid, namelijk de functie van onderhoudsmecaniciëns, uit te voeren. Het is hierbij niet van belang of de huidige directie op de hoogte was van het feit dat de heer E.V.(...) een pacemaker heeft. De heer E.V.(...) had al meer dan tien jaar zo'n toestel. Dat belette hem niet zijn overeengekomen functie naar behoren uit te voeren.

De eerste voorwaarde om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht vast te stellen, namelijk de definitieve onmogelijkheid om de overeengekomen arbeid uit te voeren, is dus niet vervuld.

Het is dan ook slechts ten overvloede dat het arbeidshof vaststelt dat NV (...) zich ook ten onrechte op de beëindiging van het re-integratietraject beroept. .

Overeenkomstig artikel 1.4.73, 5 1, 1⁰ van de Codex Welzijn Werk (vroeger artikel 73/2, 5 3, lid 2 van het Koninklijk besluit gezondheidstoezicht werknemers) start de preventieadviseur-arbeidsarts een re-integratietraject op verzoek van 'de werknemer tijdens de periode van zijn arbeidsongeschiktheid, of de behandelende arts als de werknemer hiermee instemt." De opstart is ook mogelijk op verzoek van de adviserend arts of van de werkgever. Deze twee laatste opties zij hier niet aan de orde.

Een re-integratietraject op verzoek van een werknemer kan dus enkel opgestart worden tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid. Op het ogenblik dat de heer E.V.(...), al dan niet uit eigen beweging, de aanvraag ondertekende om een re-integratieproject te starten, bevond hij zich niet in een periode van arbeidsongeschiktheid. De uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst was niet geschorst wegens zijn arbeidsongeschiktheid.

De procedure van re-integratie beoogt de werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst is geschorst, in de onderneming te re-integreren. Zij strekt er niet toe de werkgever toe te laten overmacht in te roepen voor de beëindiging van een actieve werknemer, dat wil een werknemer waarvan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op het ogenblik van de aanvraag niét is geschorst wegens arbeidsongeschiktheid. NV (...) beroept zich dan ook ten onrechte op de naleving en de beëindiging van het re-integratietraject om de overmacht vast te stellen. .

NV (...) stelde ten onrechte de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht vast. Hierdoor beëindigde NV (...) de arbeidsovereenkomst onregelmatig. De andere middelen en argumenten van de partijen, in feite zowel als in rechte, doen geen afbreuk aan dit besluit.

Door de onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst is NV (...) de heer E.V.(...) een opzeggingsvergoeding verschuldigd. Over de hoogte van deze vergoeding bestaat geen betwisting. De arbeidsrechtbank kende het gevorderde bedrag (€ 15.571,80) terecht toe.

2.4 Schadevergoeding wegens discriminatie

Dit onderdeel van het hoger beroep is ongegrond.

Partijen zijn het erover eens dat de heer E.V.(...) kan worden beschouwd als een persoon met een handicap in de zin van de anti-discriminatieregelgeving (Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie die de Europese richtlijn nummer 2000/78/EG van 27 november 2000 in de Belgische rechtsorde omzette) en conform de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het begrip handicap moet worden begrepen als een beperking, ten gevolge van onder meer een lichamelijke, verstandelijke of psychische stoornis, die de deelname van de betrokken persoon aan het professionele leven belemmert. Opdat de beperking zou vallen onder het begrip handicap, moet zij dus waarschijnlijk van lange duur zijn.

Afbeeldshof Antwerpen, afdeling Hasselt — 2019/AH/65 — 18 november 2019 p. 22
(zie onder andere het door de arbeidsrechtbank geciteerde arrest het arrest HvJ 11 juli 2006, C-13/05, *Chacón Navas*; HvJ 11 april 2013, &335/11 en C337/11, HK Danmark)

Met toepassing van artikel 5 5 2, 3⁰ van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 is deze wet van toepassing op de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking. Hieronder begrijpt de wet onder meer:

- de ontslagbeslissing;
- de bepaling en de toepassing van de voorwaarden en de modaliteiten van het ontslag;
- de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagselectie;
- de toekenning en de bepaling van vergoedingen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie;
- de maatregelen die worden getroffen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie.

Artikel 14 van dezelfde wet aanziet de weigering om redelijke aanpassingen te doen ten voordele van een persoon met een handicap als een vorm van discriminatie. Artikel 4, 12⁰ van de Antidiscriminatiewet definieert redelijke aanpassingen als "passende maatregelen, in een concrete situatie en naargelang de behoefte, 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 voor de persoon die deze maatregelen moeten treffen een onevenredige belasting vormen. ';

Volgens overweging 21 bij de kaderrichtlijn moeten er 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.

Artikel 28, 5 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat als een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, de verweerder moet bewijzen dat er geen discriminatie is geweest,

De chronologie van de niet-betwiste feiten doet een discriminatie op grond van de handicap van de heer E.V.(...) vermoeden. Hij kon of wilde om gezondheidsredenen een bepaalde taak niet uitvoeren. Hierop vroeg (...) medische attesten op. Vervolgens startte men een re-integratietraject ondanks het feit dat de heer E.V.(...) niet arbeidsongeschikt was. Op het einde van dit traject leverde de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer twee tegenstrijdige formulieren af. Op basis van het laatste, na "overleg" aangepaste formulier riep (...) overmacht in. Dit wekt het vermoeden dat de handicap van de heer E.V.(...) plots een probleem vormde om hem verder te werk te stellen en dat NV (...) niet bereid was redelijke aanpassingen te doen.

Voor de beoordeling van het discriminerend karakter van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, verwijst het arbeidshof naar wat zij hoger uiteenzette bij de beoordeling van de eis tot betaling van een opzeggingsvergoeding.

Tussen 2006 en einde 2017 voerde de heer E.V.(...) zijn overeengekomen arbeid (onderhoudsmecanicien) probleemloos uit. Einde 2016 weigerde hij om gezondheidsredenen. Zij liet de heer E.V.(...) medische stukken voorleggen. Naar eigen zeggen, vernam zij hierdoor voor het eerst dat de heer E.V.(...) een pacemaker had. Hierna achtte NV (...) het plots niet meer mogelijk de arbeidsovereenkomst uit te laten voeren zoals dat voordien gedurende tien jaar wel had gekund. .

Met andere woorden: veeleer dan na te gaan of er redelijke aanpassingen mogelijk waren, draaide NV (...) de invulling van de taken van de heer E.V.(...) terug, die voorheen, weze het informeel was gegeven aan de overeengekomen arbeid om hem toe te laten deze overeengekomen arbeid verder te verrichten rekening houdend met zijn medische beperkingen, De houding van NV (...) is dan ook in tegenspraak met de antidiscriminatiewetgeving. In plaats van na te gaan hoe zij de taakverdeling kon aanpassen aan de handicap van de heer E.V.(...) of de eerdere aanpassing te behouden, legde NV (...) de heer E.V.(...) plots taken op die hij wegens zijn gezondheidstoestand niet kon uitvoeren. Dit is precies het tegenovergestelde van wat de anti-discriminatiewetgeving beoogt.

Bovendien, zelfs al zou de taakinhoud van de heer E.V.(...) de voorgaande tien jaar foutief zijn ingevuld, dan illustreert het feit dat hij zijn functie af die tijd zonder enig probleem of bewezen risico uitoefende, dat redelijke aanpassingen binnen de bedongen arbeid perfect mogelijk waren.

Ten overvloede merkt het arbeidshof op dat het bundel van (...), hoe lijevig ook, niet bewijst dat zij de mogelijkheid van redelijke aanpassingen effectief heeft onderzocht, Samen met het openbaar ministerie stelt het arbeidshof vast dat NV (...) hier nagenoeg nergens concrete aanduidingen voor geeft. (...) toont ook niet aan in welke mate de eventuele aanpassingen voor haar een. onevenredige belasting zou vormen. Ook in dit verband geldt de vaststelling dat zij tot einde 2016 blijkbaar geen probleem opleverden. besteedt verder nagenoeg geen aandacht aan het feit dat de heer E.V.(...) ook vrachtwagenchauffeur was.

Het arbeidshof besluit dan dat er sprake is van discriminatie wegens de handicap van de heer E.V.(...). (...) bewijst 'niet dat de bedongen arbeid niet langer kon worden uitgevoerd zoals dat tot einde 2016 wel ging en/of dat er geen redelijke aanpassingen mogelijk waren om de tewerkstelling te behouden. De andere middelen en argumenten van de partijen, in feite zowel als in rechte, doen geen afbreuk aan dit besluit. Het arbeidshof wijst de vraag om een deskundige aan te stellen af. (...) bewijst immers niet dat zij zelf voldoende heeft onderzocht of er redelijke aanpassingen mogelijk waren.

Over de hoogte van deze vergoeding bestaat geen betwisting. De arbeidsrechtbank kende het gevorderde bedrag (€ 16.194,62) terecht toe.

2,5. Kosten van het geding

Het arbeidshof stelt (...) in het ongelijk. Het hoger beroep is ongegrond. Het arbeidshof verwijst NV (...) in de kosten,

BESLISSING

Het arbeidshof, .

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 8 januari 2019 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren.

Verwijst (...) met toepassing van artikel 1017, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek in de kosten van het hoger beroep.

Vereffent deze kosten van de NV (...) op € 3.000,00 rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Vereffent deze kosten van de heer E.V.(...) op € 3.000,00 rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen door:

J.VC.(...), raadsheer,

B.L.(...), raadsheer in sociale zaken, werkgever,

R.U.(...), raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,

en uitgesproken door de voorzitter van de derde kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, zitting houdend te Hasselt in buitengewone openbare terechtzitting van 18 november 2019 met bijstand van griffier N.V.(...).