

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL
ARREST
OPENBARE TERECHTZITTING
VAN 6 APRIL 2007

In de zaak :

N.V. F met zetel te 1830 MACHELEN, Brucargo, (...) en met ondernemingsnummer (...)

Appellante, geïntimeerde op incidenteel hoger beroep, vertegenwoordigd door Mrs. C. ENGELS en M. SIMON, advocaten te Brussel.

Tegen :

1.V. M. ,

Geïntimeerde, appellante op incidenteel hoger beroep, verschijnend in persoon en bijgestaan door Mevr. H. VDB, syndicaal afgevaardigde en volmachtdrager te Brussel.

2.HET ALGEMEEN CHRISTELIJK VAKVERBOND, representatieve werknemersorganisatie, vertegenwoordigd door haar voorzitter de heer Luc C., met burelen te 1030 BRUSSEL, (...).

Geïntimeerde, appellante op incidenteel hoger beroep, vertegenwoordigd door Mr. R. BOLLEN, advocaat te Leuven.

Gelet op de onderscheiden tussenarresten van 26 juli 2006, 20 oktober 2006 en 17 januari 2007 waarbij telkens de heropening der debatten werd bevolen om de daarin vermelde redenen.

Gelet op de conclusies van de partijen zoals ze ter griffie werden neergelegd en geïnventarieerd.

Gelet op de onderscheiden schriftelijke adviezen van het Openbaar Ministerie neergelegd ter griffie respectievelijk op 15.09.2006, 01.12.2006 en 20.02.2007.

Gelet op de schriftelijke replieken van de partijen hierop zoals ze ter griffie werden neergelegd en geïnventarieerd.

Gehoord de aanwezige partijen op de openbare terechtzitting van 16.02.2007 in hun middelen en beweringen waarna de debatten gesloten werden en de zaak, na neerlegging ter griffie van het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie en de respectieve schriftelijke replieken van partijen hierop, in beraad genomen werd. Betreffende de door geïntimeerden ingeroepen discriminatie

Discriminatie bestaat ofwel wanneer mensen die in dezelfde toestand verkeren verschillend behandeld worden, ofwel wanneer mensen die in verschillende toestanden verkeren op dezelfde wijze behandeld worden.

In artikel 2, § 1 van de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, gedeeltelijk vernietigd bij arrest van het Arbitragehof nr. 157/2004 van 6 oktober 2004 (B.S. 18 oktober 2004) is bepaald dat er sprake is van directe discriminatie "indien een verschil in behandeling [...] niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd [...]".

Art. 19 § 1 van deze wet bepaalt verder dat op verzoek van het slachtoffer van de discriminatie of zijn representatieve werknemersorganisatie de voorzitter van de arbeidsrechtbank het bestaan vaststelt van een daad waardoor de bepalingen van deze wet worden overtreden en de staking ervan beveelt.

De vordering van geïntimeerden ingeleid bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van de Arbeidsrechtbank op 16.12.2005 in toepassing van de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie beoogt in hoofdzaak het bestaan te horen vaststellen jegens hen van discriminatoire praktijken uitgaande van de N.V. B.G.S., de rechtsvoorganger van appellante de N.V. F., waaronder de inhouding van de badge, de verhindering van de mandaten van personeelsafgevaardigde, de verhindering van de toegang tot de werkomgeving, de verhindering van de uitoefening van de bedongen arbeid en de staking ervan te horen bevelen onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 euro per dag.

Met faxbericht van woensdag 13.07.2005 verzonden te 17.10 uur (stuk nr. 14 van geïntimeerden) meldt appellante aan BIAC-badgedienst met als onderwerp "desactivatie BIAC-badge dringend" dat "In aansluiting op ons telefoongesprek van zo-even volgt hier de naam van de persoon uit dienst: V. M. ".

Met e-mail van dezelfde dag verzonden te 18.37 uur vanwege de Human Resources Director van appellante, gericht aan eerste geïntimeerde (stuk nr. 3 van appellante), wordt haar in de volgende bewoordingen medegedeeld dat: "Spijtig genoeg moeten wij vaststellen dat de waarschuwing van 27 juni 2005 niet het gewenste effect heeft gehad. Het BIAC-luchthavenidentificatiebadgereglement stelt dat BIAC-badges worden ingetrokken bij overtreding van dit reglement. Op 12 juli 2005 overtrad u opnieuw het reglement. Ten gevolge hiervan werd uw BIAC-badge ingetrokken zodat de verdere uitvoering van uw arbeidsovereenkomst definitief onmogelijk is. Het einde van uw arbeidsovereenkomst op basis van overmacht wordt vastgesteld heden, 13 juli 2005."

Uit de inhoud zowel van deze e-mail als van het hierin vermelde verwittigingsbericht kan worden afgeleid dat de BIAC-badge van eerste geïntimeerde ingetrokken werd wegens het niet naleven van de "gebruiksregels van de badges" meer bepaald door "om redenen niet eigen aan de dienst aanwezig [te zijn] buiten de werkuren op de werkvloer waarbij u hebt dienen gebruik te maken van uw badge".

Appellante verwijst hieromtrent naar het BIAC-Iuchthavenidentificatiereglement (stuk 11 van haar dossier) waar onder nr. 1 van de "Bijzondere bepalingen voor de aflevering van permanente en tijdelijke badges - Maatschappijen en Hoofdaanemers" gesteld wordt dat: "de badge is strikt persoonlijk en mag enkel voor dienstredenen worden gebruikt."

Dat dit reglement uiteraard alles te maken heeft met de noodzakelijke veiligheid op de luchthaven en de toegang tot de beveiligde zones.

Echter kan bezwaarlijk worden voorgehouden dat de hierin gebruikte term "dienstredenen" zich tot de uren van effectieve arbeid zou beperken en niet zou gelden voor de wettelijk beschermde syndicale activiteiten van een personeelsafgevaardigde buiten de diensturen.

Zo mag inderdaad, krachtens de artikelen 21, § 5, van de wet van 20 september 1948 en 64 van de wet van 4 augustus 1996, het mandaat van de personeelsafgevaardigde voor de betrokkene noch nadelen noch bijzondere voordelen tot gevolg hebben en moeten de leden van de syndicale afvaardiging krachtens artikel 21 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 5 gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 24 mei 1971 over de nodige tijd en faciliteiten beschikken om de in deze overeenkomst omschreven opdrachten en activiteit collectief of individueel uit te oefenen zoals de voorwaarden hiertoe door appellante zelf bepaald worden in artikel 6.8 van de collectieve arbeidsovereenkomst d.d. 23 september 2002 betreffende de vakbondsafvaardiging en in de artikelen 2 en 6 van het bedrijfsakkoord d.d. 23 mei 2005 met name:

- elke vakbondsafgevaardigde krijgt een krediet van minimum 20 en maximum 30 uren per maand voor de uitoefening van zijn syndicaal mandaat, boven de tijd nodig voor het uitoefenen van de mandaten in de ondernemingsraad en het comité;

- de onderneming moet minstens één dag voorafgaand aan het gebruik van de uren voor de verschillende mandaten op de hoogte worden gebracht, buiten de gewettigde en onvoorziene gevallen; het gebruik ervan vermag de goede werking van de onderneming niet verstoren.

Wanneer een werknemersafgevaardigde zich bijgevolg de visu van bepaalde toestanden of feiten wil vergewissen moet hij dit ofwel tijdens de werkuren doen indien dit verenigbaar is met zijn werk ofwel buiten die uren maar telkens met naleving van de geijkte procedures en veiligheidsmaatregelen.

Dit was trouwens het geval bij appellante zoals blijkt uit de niet gedagtekende gezamenlijke verklaring van 15 werknemers, "militanten" afgevaardigden van het ABVV, het FGTB en de CSC, waarin deze stellen "dat wij regelmatig buiten onze gewone werkuren naar het bedrijf kwamen om ons syndicaal werk te doen".

Echter verkiezen deze personen bovendien het volgende :

- "dat wij hiervoor geen speciale toelating moesten vragen

- dat hiervoor nergens een procedure werd vastgelegd en dat de dienstnota van 27 juni 2005 voor het eerst gewag maakt van het vragen van toestemming en deze nota nergens werd besproken in de overlegorganen
- dat niemand hierover een verwittiging ontving".

Geïntimeerden voegen hieraan toe dat de heer T. , afgevaardigde CSC, die eerste geïntimeerde vergezeld was toen zij op de bewuste dag van 12 juli 2005 omstreeks 12 uur 30 haar "inspectieronde" maakte niet werd gesanctioneerd en geen verwittiging kreeg en dat de gezegde veiligheidsvoorschriften toendertijd niet in voege waren met verwijzing naar de HR-nota van 29.09.2006.

Wat vooreerst de heer T. betreft, houdt appellante in conclusie na heropening der debatten voor dat niet kan worden uitgemaakt om welk uur hij zijn rondgang deed met eerste geïntimeerde maar wel kan worden vastgesteld dat hij ingepunt heeft om 14 uur 03 daar waar zijn shift begon om 14.30 uur en hij een mondelinge verwittiging zou gekregen hebben omdat hij de snelpoort passeerde die daartoe niet mocht gebruikt worden.

Betreffende de schriftelijk gedane verwittigingen verwijst appellante naar deze gericht aan de heer E.M. die echter dateert van 03.04.06 of van na kwestieuze feiten, wat evenzo geldt voor de brief van 07.11.2005 gericht aan de heer K. waarin alleen de regels met betrekking tot de opname van syndicale uren worden herhaald.

Wat de nieuwe Human Resources-nota van 29.09.2006 betreft beklemtoont appellante dat deze inderdaad slechts een kleine wijziging aanbrengt aan de dienstnota van 27.06.2005, zoals uit de inleiding blijkt met name: "Om praktische redenen wensen wij een kleine aanpassing te brengen aan de nota opname syndicale uren. Tot op heden diende u niet steeds te punten wanneer u de luchthaven verlaat tijdens de opname van syndicate uren. De administratieve opvolging is echter zeer moeilijk vandaar dat wij u vragen steeds te punten bij het verlaten of betreden van de luchthaventerreinen. Voor het overige wijzigt de procedure niet."

In kwestieuze dienstnota van de personeelsdirecteur van appellante van 27 juni 2005 met betrekking tot de "aanwezigheid op de luchthaventerreinen en aanhorigheden" die gericht is tot alle werknemers en dus ook tot de werknemersafgevaardigden worden duidelijk twee voorschriften verwoord waarvan de naleving geëist wordt met name :

1."Naar aantekening van een aantal recente inbreuken wil ik iedereen er aan herinneren dat het gebruik van de BIAC- en F. badge enkel kan gebeuren om dienstredenen".

2."Indien zich een onvoorziene situatie voordoet waarbij uw aanwezigheid buiten de normale arbeidsuren vereist is, dient u hiervoor uitdrukkelijk toestemming te vragen aan de Directie of uw operationeel manager. Deze kan de aanwezigheid om dienstredenen bevestigen om in regel te zijn met de veiligheidsregels van Flightcare gedekt te blijven door de arbeidsongevallenverzekering"

Het Openbaar Ministerie stelt in zijn schriftelijk advies neergelegd ter griffie op 01.12.2005 dat, gezien er blijkbaar tegenspraak bestaat tussen partijen wat o.m. de effectieve toepassing betreft op alle personeelsafgevaardigden zonder onderscheid van de regels die in voege zouden geweest zijn bij appellante zoals zij grotendeels omschreven worden in de dienstnota van 27 juni 2005, geïntimeerden in de gelegenheid zouden moeten gesteld worden aan de hand van een getuigenverhoor de hierin vermelde feiten en beweringen aan te tonen, welke suggestie herhaald wordt in het daarop volgend schriftelijk advies na heropening der debatten, neergelegd ter griffie op 20.02.2007.

Appellante wijst in haar repliek, ontvangen ter griffie op 08.03.07, het door het O.M. gesuggereerde getuigenverhoor of gezien de stukken voldoende aantonen welke regels in voege waren inzake de toegang tot de beveiligde zones van de luchthaven met verwijzing naar de nota van 27.06.2005, die trouwens gekend waren door eerste geïntimeerde wiens badge bovendien niet door haar maar door BIAC werd ingetrokken, en de wijze waarop deze regels in het verleden werden toegepast, zoals door haar in laatste conclusie uiteengezet, niet relevant zijn in functie van een vordering tot staking van zogenaamde discriminatoire praktijken.

Echter stelt zich de vraag hier niet zo zeer welke regels juist in voege waren noch op welke wijze ze in concreto werden toegepast maar wel of eerste geïntimeerde door appellante op gelijke wijze behandeld werd als de andere werknemers-afgevaardigden wat de naleving van kwestieuze regels betreft, welke vraag zich eveneens stelt voor tweede geïntimeerde t.o.v. de andere vakbonden, of dat tenslotte de door geïntimeerden gelaakte handelingen discriminatoir zijn en dienen gestaakt te worden op grond van de Discriminatiewet van 25.02.2003.

Dat het O.M. in zijn schriftelijk advies van 01.12.2006 stelt dat gezien hetgeen voorafgaat zijn ambt het schriftelijk advies van 15.09.2006 tot afwijzing van de vordering van geïntimeerden niet kan handhaven en in zijn schriftelijk advies van 20.02.2007 meent de conclusie van zijn vorig advies te kunnen handhaven wat het gesuggereerde getuigenverhoor betreft.

Dat het Hof echter op deze suggestie niet ingaat.

Dat immers uit hetgeen voorafgaat blijkt dat alleen eerste geïntimeerde een desbetreffende verwittiging kreeg terwijl deze gericht tot de heren E. M. en K. dateren van na de feiten, de heer T. alleen een mondelinge verwittiging zou gekregen hebben, en appellante geen andere schriftelijke verwittigingen voorlegt.

Dat hierdoor bijgevolg de voormelde verklaringen van de 15 andere vakbondsafgevaardigden alleen maar bevestigd worden, aan wiens objectiviteit bovendien bezwaarlijk kan worden getwijfeld gezien 2/3 ervan niet tot dezelfde vakbond als eerste geïntimeerde behoort en de overige 5 tot de CSC.

Dat appellante dit trouwens niet betwist maar in laatste replieken stelt dat deze 15 vakbondsaf-gevaardigden "geluk" hebben gehad terwijl eerste geïntimeerde reeds een verwittiging had gekregen toen zij opnieuw de regels overtrad en het tenslotte niet zij maar BIAC was die de badge van eerste geïntimeerde introk.

Dat hieruit echter juist de ongelijke behandeling blijkt tussen geïntimeerden en de overige vakbondsafgevaardigden m.b.t. de uitoefening van syndicale activiteiten buiten de diensturen.

Bovendien acteren voormelde bedrijfs-CAO en bedrijfsakkoord de verbintenis voor zowel de werkgever als de vakbondsafgevaardigden om in alle omstandigheden blijk te geven "van hun zin voor rechtvaardigheid, billijkheid en verzoening", welke nodig zijn voor de goede sociale relaties binnen de onderneming, waarbij artikel 8 van deze teksten de wederzijdse verbintenis tot sociale vrede en zin voor verzoening nader verklaart als volgt:

"8.1. Wanneer in de onderneming een geschil ontstaat of dreigt te ontstaan, wendt de vakbondsaf-vaardiging alle mogelijke middelen aan om dat geschil door overleg en onderhandeling op te lossen. Indien men hierin niet slaagt op het vlak van de onderneming, wordt er onmiddellijk beroep gedaan op de secretarissen van de representatieve vakorganisaties die deze CAO ondertekenen.

8.2. De partijen nemen formeel de verplichting op om geen enkele actie te starten zonder dat het geschil eerst door de meest diligente partij voor het verzoeningsbureau van het paritaire comité is gebracht en daar werd besproken."

- Dat artikel 8.2. duidelijk geldt voor beide partijen, wat evenzo het geval is voor artikel 8.1., ook al wordt er formeel enkel een verbintenis aangegaan door de vakbondsafvaardiging, gezien anders het wederzijds karakter van de bij dit akkoord aangegane verbintenis zou aangetast worden.

Zeer terecht leidt de Voorzitter van de Arbeids-rechtbank in zijn beschikking van 6 februari 2006 hieruit af dat wanneer in de onderneming een geschil ontstaat of dreigt te ontstaan, in het bijzonder betreffende een vakbondsafgevaardigde of personeelsvertegenwoordiger in de raad of het comité, bijgevolg ook de werkgever alle mogelijke middelen moet aanwenden om dat geschil door overleg en onderhandeling op te lossen en indien men hierin niet slaagt op het vlak van de onderneming er onmiddellijk een beroep moet gedaan worden op de secretarissen van de representatieve vakorganisaties die deze CAO ondertekend hebben.

Dat het hier immers een echt verzoenings - of bemiddelingsbeding betreft dat perfect geldig is (zie naar analogie: artikel 1725 van het Gerechtelijk Wetboek,

zoals ingelast door de wet van 21 februari 2005; Fr. Cass., 14 februari 2003, Soc. Kron., 2004, 20)

Appellante diende bijgevolg zelfs in geval van herhaalde overtreding van de veiligheids-voorschriften van toepassing voor de beveiligde zones van de luchthaven, in geval van het ontstaan van een dreigend geschil, zowel naar de letter als naar de

geest van voormelde verbintenissen, eerst alle middelen aan te wenden ten einde dit door overleg en onderhandeling op te lossen, eventueel door een beroep te doen op de betrokken ACV-secretaris.

Appellante geeft dit trouwens toe ter gelegenheid van het hierdoor ontstane conflict zoals door de sociale bemiddelaar de heer B. L. geacteerd werd met name dat :

"Dergelijke problemen zullen in de toekomst, zoals trouwens bepaald in de desbetreffende reglementering voorafgaandelijk ter kennis gebracht worden van de betrokken werknemers-organisatie en dienen via overleg tot een oplossing te leiden. Bij gebrek aan akkoord zal de meest gereede partij een beroep doen op de verzoeningsinstantie van het paritaire comité."

Gezien dit hier echter niet is gebeurd werd daarbij, in tegenstrijd met de artikelen 21 § 5 van de wet van 21.09.1948 en 64 van de wet van 04.08.1996, duidelijk geen rekening gehouden met het mandaat van vakbondsafgevaardigde en personeelsvertegenwoordiger van eerste geïntimeerde, waardoor zij, ook als daardoor gelijkgesteld met de niet beschermde werknemers, wel degelijk werd gediscrimineerd.

Betreffende de vaststelling door appellante van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht:

De vordering van geïntimeerden beoogt in deze context de staking te horen bevelen van de daad bestaande uit "de verhindering van de uitvoering van de bedongen arbeid en de uitoefening van het syndicaal mandaat".

Volgens geïntimeerden vormt het ontberen van de toegangsbadge weliswaar een overmachtsituatie in hoofde van de werknemer, doch valt haar de intrekking van de badge geenszins te verwijten, terwijl overmacht op zichzelf een arbeidsovereenkomst niet kan schorsen, noch beëindigen waarvoor immers vereist is dat de schuldenaar de gevolgen van de overmacht inroept tegen de medecontractant.

Geïntimeerden stellen dat eerste geïntimeerde aan appellante nochtans nooit te kennen gegeven heeft zich aan haar contractuele verplichtingen te willen onttrekken op grond van overmacht, doch dat ze geheel buiten haar wil om - zoals ten overvloede is mogen blijken uit het feitenrelaas - van 13 juli 2005 tot heden door appellante verhinderd werd zich op de werkplek te begeven om

aldaar haar arbeid en haar syndicaal mandaat uit te oefenen terwijl de door haar genomen maatregelen alleen de vrijwaring van haar rechten betreffen.

Geïntimeerden houden verder voor dat nooit een expliciet ontslag als dusdanig gegeven werd.

Het begrip overmacht :

Artikel 32, 5° van de arbeidsovereenkomstenwet van 0107.1973 (AOW) bepaalt dat behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen te niet gaan, deze voortspuitende uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde nemen door overmacht.

Artikel 26 van deze wet bepaalt dan dat de door overmacht ontstane gebeurtenissen de beëindiging van de overeenkomst niet tot gevolg hebben wanneer zij slechts tijdelijk de uitvoering van de overeenkomst schorsen.

"Overmacht" kan worden omschreven als een gebeurtenis die een onoverkomelijke hindernis vormt voor de uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst en waarbij deze uitvoeringsonmogelijkheid niet mag te wijten zijn aan de schuld van de debiteur (Cass. 9 oktober 1986, R.W., 1987-8, 778, noot; Cass. 1 juni 1988, Arr. Cass. 1987-1988, nr. 605, 1278; W. Rauws, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, RSR nr. 30, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1987, p. 602 en 616.)

Overmacht is bijgevolg een vreemde oorzaak die de uitvoering van de verbintenis absoluut onmogelijk maakt en waar de schuldenaar van de verbintenis niets mee te maken heeft (cfr. Dekkers, *Handboek Burgerlijk Recht*, t. II, p. 70-71).

De schuldenaar moet dan ook het bewijs van de overmacht leveren; hij moet dus de onmogelijkheid van de uitvoering aantonen, evenals het feit dat hij geen enkele fout heeft begaan bij de totstandkoming van het feit dat de onmogelijkheid opleverde. (W. Rauws, o.c., p. 637)

Het begrip ontslag :

"Ontslag" wordt door het Hof van Cassatie gedefinieerd als de handeling waarbij een partij aan de andere partij ter kennis brengt dat zij besloten heeft de arbeidsovereenkomst te beëindigen (Cass., 11 mei 1981, R.W., 1981-82, 2837; Cass., 18 december 1989, T.S.R., 1990, 22; Cass., 14 mei 1975, J.T.T., 1976, 206; Cass., 23 maart 1981, 240, noot M. Taquet en C. Wantiez).

Deze eenzijdige rechtshandeling is daarbij aan geen vormvereisten onderworpen (Cass., 11 mei 1981, R.W., 1981-82, 2837; Cass. 12 oktober 1998, R.W. 1998-99, 1351, noot), waardoor het ontslag in het algemeen zich onderscheidt van de opzegging en het ontslag wegens dringende reden, die beide aan bijzondere formele voorwaarden, bepaald in de voormelde Arbeidsovereenkomstenwet, onderworpen zijn.

Het ontslag is daarbij een ondeelbare, onherroepelijke en definitieve rechtshandeling waarop de partij tegen wie het gericht is, zich kan beroepen en waarop de partij die ontslaat niet eenzijdig kan terugkomen.

In het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht heeft elke partij steeds de mogelijkheid de beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan de andere partij op te dringen, zonder

dat deze laatste het recht heeft de verdere uitvoering van de overeenkomst te vorderen (Cass., 16 oktober 1969, R.C.J.B., 1970, 527, noot Jamouille, M.; Cass., 20 juni 1988, T.S.R. 1988 (verkort), 325).

Wanneer een partij bij een arbeidsovereenkomst beslist de overeenkomst te beëindigen, kan de rechter inderdaad de partijen niet verplichten de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren (Arbh. Brussel, 27 november 1986, J.T.T., 1988, 47, noot; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt), 18 april 1989, Limb. Rechtsl., 1989, 105; Arbrb. Luik, 25 januari 1991, Soc. Kron., 1991, 320, noot Jacqmain, J.).

Zulks kan ook niet wanneer de werknemer het behoud van zijn dienstbetrekking eist op basis van artikel 1382 van het B.W. (extra-contractuele fout) (Arbrb. Antwerpen, 23 oktober 1997, Soc. Kron. 1999, 244).

Dit beginsel wordt beschouwd als zijnde van openbare orde omdat het op de vrijheid van handel en nijverheid, en uiteindelijk op de individuele vrijheid steunt (zie P. Van Ommeslaghe, in R.C.J.B., 1988, nr. 148, p. 39).

Dit beginsel wordt bijzonder streng opgevat inzake arbeidsovereenkomsten. De vrijheid om éézijdig de arbeidsovereenkomst te beëindigen bestaat immers ook voor de overeenkomsten van bepaalde duur en kan ook uitgeoefend worden wanneer een wetsbepaling het ontslagrecht begrenst of verbiedt (zie J. Clesse, *Congé et contrat de travail*, 1992, nr. 5, p. 20-21).

Volgens de overgrote meerderheid van rechtsleer en rechtspraak houdt dit verband met artikel 1142 betreffende het verbod om te dwingen iets te doen en met artikel 1170 B.W. met name het verbod van levenslange arbeid.

Dit alles heeft te maken met de absolute ontslagmacht die de rechter de jurisdictie ontzegt om een ontslag te schorsen of te vernietigen gezien het definitief en onherroepelijk karakter ervan (cfr. Cass. 16.10.1969, Arr. Cass. 1969-70, 167; 26.09.1973, Arr. Cass. 1974, 96; 23.03.1981, Arr. Cass. 1980-81, 817; 20.06.1988, Arr. Cass. 1987-88, 1368), zodat een onrechtmatig ontslag alleen aanleiding kan geven tot schadevergoeding, wat evenzo geldt voor andere beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst.

Dit geldt uiteraard ook en des te meer voor de rechter zetelend in kortgeding.

Immers geldt, krachtens de inhoud van artikel 1039 Ger. Wb., de beschikking in kortgeding als een voorlopige beslissing die echter geen nadeel mag toebrengen aan de grond van de zaak.

De voorlopige maatregelen die in het kortgeding genomen worden, kunnen dan ook geen beslechting van het bodemgeschil inhouden.

Door een uitspraak in kortgeding zal de rechter zodoende geen veroordeling uitspreken, noch een geschil beslechten, maar de volgens hem meeste geschikte voorlopige maatregelen treffen van bewarende aard of onderzoeksmaatregelen in een

toestand die dringend een oplossing vergt (cfr. Het sociaalrechterlijk kortgeding R.W. 24.12.1982, 1096).

Het voorlopig karakter van de maatregel in kortgeding impliceert bijgevolg alleenlijk dat de beschikking geen nadeel mag toebrengen aan de grond van de zaak, wat inhoudt dat het gezag van de voorlopige beslissing de uiteindelijke beslissing niet bindt en in die zin voorlopig is (cfr. D. L., Kortgeding, Reeks Recht en praktijk nr. 10, 1985 p. 61-62, nr.98).

De kortgedingrechter zal alsdan conservatoire maatregelen kunnen treffen tot het creëren van een wachttoestand in afwachting van een beslechting van de grond van de zaak (cfr. B. De Temmerman, Kortgeding in sociaalrechterlijke zaken in Sociaal Procesrecht, ed. prof. G. Van Limbergen, Maklu 1995, p. 163).

De omstandigheden bepalen het spoedeisend karakter van de maatregel. Een ernstige bedreiging van een recht brengt spoed mee en verantwoordt een vorde-ring. Bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering, dient de kortgedingrechter het belang en de rechten van beide partijen in overweging te nemen (G. Rommel, Bevoegdheid, urgentie en voorlopigheid in het sociaal kortgeding - tendenzen en perspectie-ven, J.T.T. 1982, 69).

De rechter in kortgeding mag bijgevolg wel degelijk de zaak en de rechten van de partijen onderzoeken zonder uiteraard deze rechten op een definitieve en onherroepelijke wijze aan te tasten. Het moet immers steeds een voorlopige maatregel blijven uitgaande van de ogenschijnlijke rechten van partijen (Cass. 31.01.1997, Arr. Cass. 1997, 140).

Zodoende wijst de voorwaarde van de "uitspraak bij voorraad" niet op een beperking van de rechtsprekende bevoegdheid van de rechter in kortgeding. Zij houdt alleen in dat de rechter ten gronde in geen enkel opzicht gehouden is door de beslissing van de kortgedingrechter (cfr. J. Laenen, Artikelsgewijze Commentaar Gerechtelijk Wetboek, Kluwer, losbl. Art. 584-8).

Weze daarbij gesteld dat de hoogdringendheid en de daardoor te nemen noodzakelijke voorlopige maatregelen stijgen naargelang de rechtstoestand nauw verbonden is met het algemeen belang en de norm die hem beheerst aldus hiërarchisch hoger staat (cfr. G. Rommel o.c.).

Zo bepaalt art. 11 van de Grondwet dat :

" Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden (...)".

En bepaalt art. 23 verder dat ieder het recht heeft een menswaardig leven te leiden. Die rechten omvatten inzonderheid :

" 1° het recht op arbeid en op de vrije keuze van beroepsarbeid in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid dat o.m. gericht is op het waarborgen van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en een billijke beloning, alsmede het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen".

Wat nu de door appellante gedane vaststelling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht betreft dient te worden afgeleid dat uit voormeld fax- bericht van 13.07.2005 verstuurd te 17.10 uur blijkt dat niet BIAC met appellante doch appellante zelf met BIAC contact heeft opgenomen met het oog op een desactivatie van de veiligheidsbadge van eerste geïntimeerde met haar ontslag als aangewende reden, terwijl in het hieropvolgend aan eerste geïntimeerde gerichte e-mail bericht van dezelfde dag verstuurd te 18.37 uur het einde van de arbeidsovereenkomst wordt vastgesteld wegens overmacht gezien de definitieve onmogelijkheid van de verdere uitvoering van de arbeidsovereenkomst wegens kwesieuze desactivatie.

Appellante wijt deze tegenstrijdigheid aan een elektronische communicatiestoornis van chronologische aard, welk argument nochtans alleen reeds door de juridisch contradictorische inhoud zelf van beide berichten weerlegd wordt, wat trouwens overeenstemt met de verklaring van de heer Luc V., afgevaardigd bestuurder van BIAC (heden Brussels Airport), afgelegd tijdens een VTM-journaal van dezelfde dag van 13.07.2005 waarin hij elk initiatief van BIAC tot desactivatie in zeer kordate termen ontkent.

Volgens voormelde omschrijving van het begrip overmacht mag de debiteur hiervan de oorzaak niet uitmaken, in tegenstelling tot appellante die in de omstandigheden zoals voormeld, op een ongeoorloofde wijze aan de oorzaak lag van de intrekking van de veiligheidsbadge.

Overmacht onderstelt immers een "ontoerekenbare onmogelijkheid" om de arbeidsovereenkomst verder uit te voeren.

Appellante maakt zodoende in deze situatie een oneigenlijk gebruik van het begrip overmacht, minstens door een verkeerde interpretatie ervan wat zij met zoveel woorden toegeeft, zoals kan worden afgeleid uit hetgeen door de heer B. L. tijdens de sociale bemiddeling werd geacteerd met name dat:

"De partijen betrokken bij het conflict onderschrijven het oordeel van de sociale bemiddelaar dat het begrip overmacht zijn plaats niet heeft binnen het raam van de problemen die zich kunnen voordoen met beschermde werknemers. Zij gaan ermee akkoord om hiervan in de toekomst geen gebruik meer te maken."

De juridisch verkeerde interpretatie van het begrip overmacht heeft voor gevolg dat appellante zich op deze vermeende overmacht bezwaarlijk kan steunen om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vast te stellen, wat trouwens zou neerkomen op een verkeerde interpretatie van voormeld art. 32, 5° AOW, dat hier zodoende bezwaarlijk toepassing kan vinden.

Immers onderscheidt zich, zoals voormeld, het begrip "overmacht" uitdrukkelijk van dat van "ontslag" in het algemeen gezien de oorzaak van de contractbeëindiging wegens overmacht gelegen is in de ontoerekenbare en onoverkomelijke overmachtsituatie op zich en hoegenaamd niet in de veruitwendigde wil van de werkgever tot ontslag.

Bovendien wordt buiten hetgeen reeds uiteengezet werd onder het ontslagbegrip algemeen aangenomen dat voor het ontslag als eenzijdige rechtshandeling dezelfde geldigheidsvoorwaarden van toepassing zijn als voor een overeenkomst (Rauws, W., "De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht", in Actuele problemen van het arbeidsrecht, II, Rigaux, M. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1987, 405). Deze voorwaarden hebben betrekking op de toestemming van de partij die zich verbindt, haar rechtsbekwaamheid, een bepaald voorwerp en een geoorloofde oorzaak (art. 1108 B.W.).

Het ontslag veronderstelt bijgevolg een volwaardige wilsuïting die niet aangetast mag zijn door wilsgebreken (zie Cass., 28 april 1980, R.W. 1980-81, 2699 (verkort); Cass., 23 maart 1998, J.T.T. 1998, 378; Arbh. Luik, 4 januari 1999, J.L.M.B. 1999, 773).

Daar waar appellante het heeft over het ontslag van eerste geïntimeerde blijkt zij hiertoe nog geen rechtshandeling in de zin van voormelde rechtspraak en rechtsleer te hebben gesteld.

Evenmin kan appellante, gezien hetgeen voorafgaat, de door haar gedane vaststelling van het einde van de overeenkomst wegens overmacht bezwaarlijk als een gegeven ontslag interpreteren zoals kwestieuze vaststelling evenmin van haar impliciete wil tot ontslag zou kunnen doen blijken bij gebrek niet alleen aan een hiertoe noodzakelijk vereiste expliciete wilsuïting maar voornamelijk ook bij gebrek aan een geoorloofde oorzaak.

Betreffende de stakingsvordering:

Volgens geïntimeerden bestaat de discriminatoire praktijk uit de volgehouden vermindering van zowel de uitoefening van het syndicaal mandaat als van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, die dan ook moet worden gestaakt.

De stakingsrechter kan inderdaad een positieve daad bevelen wanneer deze neerkomt op een verbod de gewraakte praktijk verder te zetten. (cfr. P. Taelman "Het handhavingsrecht van de wet bestrijding discriminatie" in E. Brenes en M. De Vos (eds), De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk, Antwerpen, Intersentia 2004, 42).

De kortgedingrechter zal alsdan conservatoire maatregelen kunnen treffen tot het creëren van een wachttoestand in afwachting van een beslechting van de grond van de zaak.

Door een uitspraak in kortgeding zal de rechter zodoende geen veroordeling uitspreken, noch een geschil beslechten, maar de volgens hem meest geschikte voorlopige maatregelen treffen van bewarende aard in een toestand die dringend een oplossing vergt.

Nu in deze omstandigheden appellante de toepasselijkheid van art. 32, 5 AOW vooralsnog niet bewijst dient de volgehouden verhindering van zowel de uitvoering van de arbeidsovereenkomst als de uitoefening van het syndicaal mandaat van eerste geïntimeerde ten conservatoiren titel te worden gestaakt zoals door geïntimeerden gevorderd worden.

Betreffende de gevorderde dwangsom:

Deze kan in dit geval niet worden opgelegd gezien de bepalingen van art. 1385 bis Ger. Wb..

Betreffende de gevorderde publiciteitsmaatregelen:

Zoals de eerste rechter oordeelt het Arbeidshof eveneens dat er geen aanleiding bestaat om nog bijkomende publiciteit te maken over dit geschil, waarbij het Arbeidshof partijen bovendien uitdrukkelijk wijst op de dwingende bepalingen van art. 16 AOW met name dat de werkgever en werknemer elkander eerbied en achting verschuldigd zijn.

OM DEZE REDENEN,

HET ARBEIDSHOF, zetelend in kort geding,

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

Rechtsprekend op tegenspraak en bij voorraad;

Gelet op de tussenarresten van 26 juni en 20 oktober 2006 en 17 januari 2007, waarvan het eerste arrest het hoger hoofdberoep en het incidenteel beroep ontvankelijk verklaart;

Gelet op de onderscheiden schriftelijke adviezen van J.J. André, Substituut generaal;

Verklaart het hoger hoofdberoep ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep deels gegrond;

Hervormt de bestreden beschikking;

Opnieuw wijzend :

Zegt voor recht dat appellante, de N.V. F, t.o.v. eerste geïntimeerde, mevr. M. V. en tweede geïntimeerde, het A.C.V., een discriminatoire toestand heeft gecreëerd door met name het laten intrekken van de badge, het verhinderen van de uitoefening van het mandaat van eerste geïntimeerde van personeel - vertegenwoordiger en syndicaal afgevaardigde van het A.C.V., het verhinderen van de toegang tot de werkomgeving en de verhindering van de uitvoering van de bedongen arbeid;

Beveelt de N.V. F aan deze discriminatoire toestand een onmiddellijk einde te stellen;

Veroordeelt appellante tot de kosten van beide aanleggen; tot op heden begroot voor geïntimeerde partijen op :

euro 35,69 rechtsplegingvergoeding eerste aanleg;

euro 145,78 rechtsplegingvergoeding hoger beroep;

euro 60,71 aanvullende rechtsplegingvergoeding hoger beroep;

Aldus gewezen en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 1ste Kamer van het Arbeidshof te Brussel op 6 april 2007, waar aanwezig waren:

De Heer M. DE CUYPER : Raadsheer,

De Heren :

G. JACOBS : Raadsheer in sociale zaken als werkgever,

J. VERCAMST : Raadsheer in sociale zaken als werknemer

,
D. DE RAEDT : Griffier,

G. JACOBS, J. VERCAMST,

D. DE RAEDT, M. DE CUYPER,