

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

4 SEPTEMBER 2007

(...)
Wonende te (...)

appellante,
vertegenwoordigd door mr. I. V., advocaat te 2000 Antwerpen,

tegen

De Gemeente, vertegenwoordigd door haar College van Burgemeester en Schepenen,
met kantoren gevestigd te (...)

geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. S. C., advocaat te 2440 Geel.

Het arbeidshof, na de zaak in beraad te hebben genomen, spreekt in openbare terechtzitting en in de Nederlandse taal het volgend arrest uit.

Gelet op de uiteenzetting van de middelen van partijen ter openbare zitting van 5 juni 2007.

Gelet op de processen-verbaal van de openbare terechtzitting van 5 september 2006 en 5 juni 2007.

I. STUKKEN VAN DE RECHTSPLEGING

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

- het eensluidend verklaard afschrift van het op 20 februari 2006 op tegenspraak gewezen vonnis van de arbeidsrechtbank te Turnhout, aan mevrouw S. op 10 mei 2006 betekend bij deurwaardersexploot,

- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 9 juni 2006,
- de conclusie voor de Gemeente , ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 12 september 2006,
- de beschikking d.d. 10 november 2006 overeenkomstig artikel 747 § 2 van het Gerechtelijk Wetboek,
- de beroepsconclusie voor mevrouw S. ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 30 januari 2007,
- de syntheseconclusie voor de Gemeente, ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 19 maart 2007,
- het schriftelijk advies van de heer F. S., substituut-generaal, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 19 juni 2007,
- de repliekconclusie voor de gemeente, ontvangen ter griffie van dit arbeidshof op 27 juni 2007,
- de fax voor mevrouw S.dd.28 juni 2007.

II. FEITEN EN VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

Mevrouw S. is op 2 november 1983 in dienst getreden van de groendienst van de gemeente met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur als arbeidster.

Vanaf 4 januari 1999 werd mevrouw S. arbeidsongeschikt.

Volgens mevrouw S. diende de oorzaak van haar arbeidsongeschiktheid te worden gezocht in een pestcampagne die tegen haar werd opgezet medio de tweede helft van 1998 en was een arbeidsongeval van 13 mei 1998 van een Marokkaanse collega van mevrouw S. de directe aanzet van de "pestfeiten".

Hoewel mevrouw S. onmiddellijk hulp bood aan haar collega van allochtone afkomst, werd in de geschreven pers bericht dat de groendienst van de gemeente het slachtoffer een tijdlang aan zijn lot had overgelaten.

Volgens de gemeente suggereerde mevrouw S. naar aanleiding van genoemd arbeidsongeval om een aantal mistoestanden binnen de groendienst aan te klagen en naar buiten te brengen, wat commotie deed ontstaan bij haar collega's van de groendienst.

Om hieraan te verhelpen werd door de gemeente op 3 juni 1998 de volgende nota uitgehangen:

Er wordt gesuggereerd door personeelsleden zelf dat in de buitendiensten zich het laatste jaar zaken voordoen die niet meer getolereerd kunnen worden. Tot op heden echter blijft alles bij geruchten en verdachtmakingen. Om nu eens en voor altijd na te gaan wat er aan de hand is verzoeken wij de personen die hiervan op de hoogte zijn zich bekend te maken en getuigenissen te komen afleggen. Het is duidelijk dat ten opzichte van deze personen geen sancties of wat dan ook zullen worden getroffen ivm het aanbrengen van deze getuigenissen (...)" ; nota waarop geen enkele reactie van de werknemers kwam.

Het staat als zodanig niet ter betwisting dat mevrouw S. haar versie omtrent de feiten in de Gazet van Antwerpen van 13 juni 1998 liet optekenen, zich daarbij de vraag stellend of racisme niet aan de basis lag van het niet accuraat ageren van haar collega's op genoemd arbeidsongeval. Zij verwees tevens naar "andere problemen op de groendienst".

Omdat mevrouw S. zonder toelating de pers informeerde over dienaangelegenheden, werd op 18 juni 1998 door het schepencollege desbetreffend een nota opgemaakt, die mevrouw S. weigerde voor kennisname te ondertekenen.

Volgens mevrouw S. werd haar vanaf dat ogenblik het werken praktisch onmogelijk gemaakt, werd zij afgezonderd van de rest van het personeel en aan kruisverhoren onderworpen.

Na het kerkincident met een collega van de groendienst bij de begrafenisdienst van een collega van mevrouw S. eind juni 1998 werd mevrouw S. vanaf 4 januari 1999 arbeidsongeschikt.

Het staat als zodanig evenmin ter betwisting dat tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid van mevrouw S. partijen via bemiddeling van de vereniging SASAM, de provinciegouverneur en diens bemiddelaar geregeld overleg hebben gepleegd om aan het gerezen conflict een einde te kunnen stellen.

Volgens mevrouw S. was de belangrijkste hinderpaal om het werk te hervatten op de groendienst gelegen in de halsstarrige weigering van de gemeente om het gerezen misverstand omtrent een niet bestaande brief van mevrouw S. met een 10-tal aanklachten tegen haar collega's - waardoor het personeel niet meer met haar wilde samenwerken - recht te zetten.

Op het voorstel van de gemeente om de tewerkstelling terug op te nemen op een andere dienst van de gemeente, wilde mevrouw S. niet ingaan.

Op 10 september 2002 diende mevrouw S. een klacht wegens pesterijen in bij de Medische Inspectie van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid. De ontvangstbevestiging van deze klacht door de Medische Inspectie dateert van 13 december 2002.

Met aangetekende brief van 15 januari 2003 meldde de gemeente dat zij van plan was om in de toekomst toepassing te maken van het bepaalde van artikel 58 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat voorziet dat een werkgever een einde kan stellen aan de arbeidsovereenkomst als de uitvoering van de overeenkomst sinds meer dan zes maanden is geschorst wegens ongeval of ziekte, mits hij de werkmans een vergoeding betaalt die overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het nog te lopen gedeelte van die termijn.

In dezelfde brief werd er verder op gewezen dat langdurige afwezigheden wegens ziekte of ongeval niet enkel organisatorische problemen voor de desbetreffende diensten opleveren maar dat zij ook een grote onzekerheid voor de vervanger betekenen.

Met aangetekende brief van 21 mei 2003 beëindigde de gemeente de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst met betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan 84 dagen loon om reden dat mevrouw S. reeds sinds 4 januari 1999 afwezig was wegens ziekte.

Het staat niet ter discussie dat de gemeente slechts kennis heeft gekregen van de door mevrouw S. bij de Medische Inspectie ingediende klacht na het gegeven ontslag.

Met brief van 10 juni 2003 verzocht mevrouw S. om reïntegratie waarop de gemeente niet wenste in te gaan zoals blijkt uit de inhoud van haar brief van 20 juni 2003.

Met brief van 26 juni 2003 vorderde de vakorganisatie van mevrouw S. een vergoeding gelijk aan zes maanden loon, of de werkelijk geleden schade voor zover bewezen, wegens ontslag in strijd met de "Antipestwet", wegens willekeurig ontslag, hetzij discriminatoir ontslag in de zin van de "Wet Mahoux".

Op 22 december 2003 dagvaardde mevrouw S. de gemeente voor de arbeidsrechtbank te Turnhout in betaling van 10.361,64 EUR schadevergoeding op basis van de anti-pestwet (forfaitaire vergoeding ontslagbescherming), minstens een schadevergoeding wegens willekeurig ontslag, minstens een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht (cfr. motiverend gedeelte van het exploit van dagvaarding), minstens een schadevergoeding wegens discriminatie op basis van de gezondheidstoestand, te vermeerderen met de wettelijke interest, de verwijl - minstens de vergoedende interest vanaf de data van opeisbaarheid en de gerechtelijke interest.

Op 13 december 2004 legde mevrouw S. klacht neer bij de lokale politie, zone Geel, tegen de gemeente en 17 verschillende personen wegens pestgedrag.

Het strafdossier werd door het parket te Turnhout op 29 augustus 2005 zonder gevolg gerangschikt wegens onvoldoende bewijzen.

Bij vonnis van 20 februari 2006 verklaarden de eerste rechters de vordering van mevrouw S. ontvankelijk doch ongegrond.

Tegen dit vonnis stelde mevrouw S. op 9 juni 2006 hoger beroep in.

III. EISEN IN HOGER BEROEP

Met beroepsconclusie van 30 januari 2007 vordert mevrouw S. het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, het bestreden vonnis te vernietigen en opnieuw rechtsprekend, de oorspronkelijke vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en de gemeente te veroordelen tot betaling van 10.361,64 EUR of de werkelijke schade voor zover bewezen, ten titel van schadevergoeding wegens ontslag in strijd met de "Antipestwet", hetzij willekeurig ontslag, hetzij misbruik van ontslagrecht, hetzij discriminatoir ontslag, te vermeerderen met de wettelijke interest, de verwijl -

minstens de vergoedende interest en de gerechtelijke interest vanaf de data van opeisbaarheid.

Ten slotte vordert mevrouw S. de gemeente te veroordelen tot de kosten van beide instanties.

Met syntheseconclusie van 19 maart 2007 vordert de gemeente het hoger beroep van mevrouw S. af te wijzen als ongegrond, het bestreden vonnis te bevestigen en mevrouw S. te veroordelen tot de kosten van beide instanties.

IV. ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld zodat het ontvankelijk is.

V. TEN GRONDE

1. Wering van nieuwe stukken en repliekconclusie op het advies van het openbaar ministerie

Overeenkomstig het bepaalde van artikel 767 van het Ger. W. kunnen partijen, na sluiting van het debat, een conclusie neerleggen uitsluitend met betrekking tot het advies van het openbaar ministerie. De conclusie wordt alleen in aanmerking genomen in zoverre ze antwoordt op het advies van het openbaar ministerie.

Waar het openbaar ministerie in zijn schriftelijk advies met betrekking tot de vordering tot schadevergoeding wegens willekeurig ontslag besluit dat de gemeente niet aantoonbaar in welke mate de langdurige afwezigheid van mevrouw S. wegens ziekte storend heeft gewerkt op de organisatie van het werk, dient dit arbeidshof vast te stellen dat bepaalde aanvoeringen in de repliekconclusie van de gemeente, met voeging van nieuwe stavingstukken (cfr. aanvullende inventaris der stukken), de aanvoeringen in het advies van het openbaar ministerie te buiten treden.

In zover de ontwikkelde argumentatie in de repliekconclusie van de gemeente, onder verwijzing naar de nieuwe neergelegde stukken, geen repliek uitmaakt op het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, maar neerkomt op een hervatting van het debat dat tussen partijen werd gevoerd en gesloten op 5 juni 2007, houdt dit arbeidshof met deze argumentatie en met de in dit kader neergelegde nieuwe stukken geen rekening (cfr. Cass. 20 september 2004, www.cass.be, op datum; Cass. 10 oktober 2005, www.cass.be, op datum).

2. Forfaitaire vergoeding ontslagbescherming na klacht wegens pesten

Bij wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, zoals ten deze van toepassing, werd een hoofdstuk V bis toegevoegd aan de Welzijnswet van 4 augustus 1996, hierna de Welzijnswet genoemd.

Deze wet bevat enerzijds een preventief en informatief luik en anderzijds een repressief luik.

De werknemer/ambtenaar die meent dat hij het slachtoffer is van pestgedrag in de zin van de Welzijnswet heeft verschillende actiemogelijkheden.

Hij kan gebruik maken van een interne procedure door zich te richten tot de vertrouwenspersoon of tot de preventieadviseur, hij kan zich richten tot de met het toezicht belaste ambtenaren en hij kan een vordering instellen voor het bevoegde rechtscollege (de externe procedure).

Artikel 32 nonies van de Welzijnswet bepaalt desbetreffend:

"De werknemer die meent het slachtoffer te zijn van feiten van geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk kan zich ofwel richten tot de preventieadviseur of de vertrouwenspersonen die hem bijstaan ofwel tot de met het toezicht belaste ambtenaren bedoeld in artikel 80 en, in voorkomend geval, bij die personen een met redenen omklede klacht indienen volgens de voorwaarden en de nadere regels vastgesteld met toepassing van artikel 32quater, § 2." (eigen onderlijning).

De nadere regels m.b.t. de zogeheten interne procedure zijn terug te vinden in de artikelen 10 tot 14 van het K.B. van 11 juli 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, hierna het K.B. van 11 juli 2002 genoemd.

Artikel 15 van het K.B. van 11 juli 2002 voegt daaraan toe: " Overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 32nonies en 32decies van de wet doen de bepalingen van de artikelen 10 tot 14 geen afbreuk aan het recht van het slachtoffer om zich rechtstreeks te richten tot de met het toezicht belaste ambtenaar of om een gerechtelijke procedure in te stellen. "

De Welzijnswet bevat ten slotte in artikel 32 tredecies, §1 een bijzondere bescherming tegen ontslag, die als volgt werd geformuleerd:

"De werkgever die een werknemer tewerkstelt die, hetzij op het vlak van de onderneming of van de instelling die hem tewerkstelt, overeenkomstig de vigerende procedures, hetzij bij de met het toezicht belaste ambtenaren, een met redenen omklede klacht heeft ingediend of voor wie deze ambtenaren zijn opgetreden, of die een rechtsvordering instelt op grond van dit hoofdstuk, mag de arbeidsverhouding niet beëindigen, noch de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigen, behalve om redenen die vreemd zijn aan die klacht of aan die rechtsvordering. "

Bij miskennis van dit ontslagverbod kan de werknemer een verzoek richten tot zijn werkgever om hem opnieuw in de onderneming op te nemen.

Wanneer de werkgever weigert hieraan gevolg te geven en de rechter van oordeel is dat het ontslag werd gegeven met miskennis van het bepaalde in artikel 32,

tredecies, §1 van de Welzijnswet, moet de werkgever aan de werknemer een vergoeding betalen die, naar keuze van de werknemer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag dat overeenstemt met het brutoloon voor zes maanden, hetzij aan de werkelijk door de werknemer geleden schade.

Om aanspraak te kunnen maken op de in artikel 32 tredecies van de Welzijnswet bedoelde forfaitaire vergoeding moet mevrouw Smet ten deze het bewijs leveren dat zij behoort tot de in artikel 32 tredecies, §1 van diezelfde wet bedoelde werknemers, wat het bewijs veronderstelt dat zij voorafgaand aan haar ontslag "een met redenen omklede klacht" heeft ingediend bij de preventieadviseur of de vertrouwenspersoon of bij de met toezicht belaste ambtenaren zoals bedoeld in voornoemd artikel 32 nonies van de Welzijnswet, ofwel dat de met toezicht belaste ambtenaren voor haar zijn opgetreden, ofwel dat zij een rechtsvordering heeft ingesteld.

Dat er in deze zaak geen sprake is geweest van een voorafgaand optreden van bedoelde ambtenaren en dat ook geen rechtsvordering werd ingesteld staat als zodanig niet ter discussie, de betwisting tussen partijen blijft in dit kader beperkt tot de vraag of mevrouw S. voorafgaand aan haar ontslag al dan niet "een met redenen omklede klacht" heeft ingediend.

De door mevrouw S. ontwikkelde argumentatie dat zij geen klacht kon neerleggen bij de preventieadviseur omdat zij door de gemeente van het bestaan ervan niet op de hoogte was gebracht, is volstrekt irrelevant nu de werknemer die meent het slachtoffer te zijn van pesterijen zich steeds rechtstreeks kan wenden tot de met het toezicht belaste ambtenaren (de Medische Inspectie), zijnde de externe procedure, wat zij overigens ook gedaan heeft.

Het begrip "indienen van een met redenen omklede klacht" werd als zodanig noch in de Welzijnswet, noch in het K.B. van 11 juli 2002 gedefinieerd.

Er bestaat evenwel een duidelijke eensgezindheid in de rechtspraak dat niet elke mondeling of schriftelijk geformuleerde klacht over pesten op het werk kan worden gekwalificeerd als "het indienen van een met redenen omklede klacht".

De met redenen omklede klacht is immers het startpunt van de voornoemde beschermingsperiode of zoals de minister verklaarde(deze klacht) " is een voorwaarde om de bescherming die is vastgelegd in artikel 32 tredecies te kunnen genieten (cfr. Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk (erratum), Parl.St. Kamer, 2001 -2002, 50-1583/003, p.19-20).

Het indienen van een formele, "met redenen omklede klacht" is ook van belang op het vlak van het verbod dat aan de werknemer wordt opgelegd om wederrechtelijk gebruik te maken van de bestaande klachtenprocedure (cfr. artikel 6,7° van de Welzijnswet).

De redenen die opgenomen worden in de klacht laten immers toe controle uit te oefenen op de waarachtigheid van de klacht.

Samen met het openbaar ministerie kan ook dit arbeidshof slechts vaststellen dat mevrouw S. met het bewijs levert dat zij voorafgaand aan haar ontslag een met redenen omklede klacht heeft ingediend bij de Medische Inspectiedienst.

De brief van de Medische Inspectie -directie Antwerpen van het toenmalige Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid van 13 december 2002, waarnaar mevrouw S. verwijst, kan naar het oordeel van dit arbeidshof bezwaarlijk worden gelijkgesteld met het "indienen van een met redenen omklede klacht" (stuk 31 dossier mevrouw S.)

Uit genoemde brief van de Medische Inspectie kan immers enkel worden afgeleid dat mevrouw S. aan deze diensten op 10 september 2002 een bericht met betrekking tot pesterijen op het werk heeft verzonden.

Bovendien stelt het openbaar ministerie in zijn schriftelijk advies van 19 juni 2007 desbetreffend terecht:

" (...) dat uit de inhoud van deze brief blijkt dat appellante (mevrouw S.) bij deze inspectiediensten nog geen klacht had ingediend die beantwoordde aan de wettelijke vereisten om een onderzoek door deze inspectiediensten toe te laten. Daarenboven ligt in dit dossier geen bewijs voor dat appellante aan de inspectiediensten de vereiste toestemming noodzakelijk voor de opheffing van de geheimhoudingsplicht, waarom deze dienst trouwens ook uitdrukkelijk had verzocht in diezelfde brief van 13 december 2002, had gegeven. "

Wat dit laatste element betreft dient er immers op gewezen te worden dat wanneer een klacht rechtstreeks bij de Medische Arbeidsinspectie wordt geformuleerd, het slachtoffer toestemming zal moet geven aan de inspecteur om de werkgever te informeren over de klacht en de identiteit van de indiener. Krachtens het bepaalde van artikel 12 van de Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie kan de inspecteur immers de werkgever daaromtrent niet inlichten vanwege de geheimhoudingsplicht.

Uit wat voorafgaat dient aanvaard te worden dat de bevoegde ambtenaar de gemeente onmogelijk op de hoogte heeft kunnen brengen van het feit dat er een klacht - laat staan een met redenen omklede klacht - werd ingediend, wat nochtans een essentiële vereiste is om de bijzondere bescherming tegen ontslag een aanvang te laten nemen.

Dat de gemeente door de tussen partijen gevoerde briefwisseling op de hoogte was dat mevrouw S. zich gepest voelde kan evenmin gekwalificeerd worden als het indienen van een gemotiveerde klacht in de zin van artikel 32 tredecies van de Welzijnswet.

Mevrouw S. kan zich evenmin steunen op de door haar bij de politiediensten neergelegde klacht, nu zij dateert van 13 december 2004, hetzij na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Vermits mevrouw S. niet het bewijs bijbrengt van het indienen van een met redenen omklede klacht voorafgaand aan de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst, heeft zij geen recht op de forfaitaire vergoeding van artikel 32 tredecies van de Welzijnswet.

Het hoger beroep is wat dit punt betreft niet gegrond.

3.Schadevergoeding wegens willekeurig ontslag

Krachtens artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet wordt onder willekeurige afdanking verstaan, het ontslag van de werkmán die is aangeworven voor onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmán of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

Deze bepaling bevat twee soorten van redenen die het ontslag niet willekeurig maken: enerzijds het gedrag of de geschiktheid van de werkmán, en, anderzijds, de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming.

Bij betwisting behoort het aan de werkgever het bewijs van het bestaan van de voor het ontslag ingeroepen redenen te leveren, bij ontstentenis waarvan hij gehouden is tot betaling van de in artikel 63, derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde vergoeding.

Dit bewijs kan door alle middelen van recht worden geleverd, getuigen en vermoedens inbegrepen.

De gemeente doet in dit verband gelden dat het ontslag werd gegeven op grond van artikel 58 van de Arbeidsovereenkomstenwet, meer bepaald de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst sinds meer dan zes maanden wegens ziekte van mevrouw S

Volgens de gevestigde rechtspraak van het Hof van Cassatie bestaat er geen willekeurig ontslag wanneer de voor het ontslag ingeroepen reden verband houdt met het (zelfs niet foutief) gedrag van de werknemer (cfr. Cass. 7 mei 2001, J.T.T. 31 oktober 2001 met noot C. W.; M. D. V., " Het gedrag dat het ontslag van een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmán niet-willekeurig maakt", R. W. 1996 - 1997, 737 ev.)

Het komt aan het arbeidshof niet toe de opportuniteit van de ontslagbeslissing te beoordelen, nu dit behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de werkgever.

De arbeidsgerechten mogen zich niet mengen in het bestuur van de ondernemingen; zij mogen enkel nagaan of de feitelijkheden die een werkgever ertoe kunnen brengen zijn werknemers te ontslaan, daadwerkelijk bestaan (cfr. Cass. 18 juni 2001, www.cass.be, op datum).

De geschiktheid van de werkmán is zijn vermogen het overeengekomen werk uit te voeren. Deze ongeschiktheid kan verband houden met zijn gezondheidstoestand.

Op grond van dezelfde argumentatie als die gebruikt in het geval van ontslag dat verband houdt met het gedrag van de werkmán, dient te worden aanvaard dat het

ontslag dat verband houdt met de ongeschiktheid van de werknemer niet willekeurig is.

Bovendien is deze ongeschiktheid geen waardeoordeel maar een feit.

Deze automatische toepassing van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet - deze zonder appreciatiebevoegdheid van de rechter met betrekking tot het al dan niet redelijk karakter van het ontslag dat verband houdt met het gedrag of de geschiktheid van de werkmans - veronderstelt uiteraard dat de werkgever het bewijs levert hem opgelegd bij artikel 63, lid 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Dit arbeidshof dient derhalve te oordelen over de realiteit van de ingeroepen redenen alsmede het noodzakelijk verband tussen die redenen en het ontslag.

Uit de feitelijke uiteenzetting sub II. van dit arrest blijkt afdoende dat het ontslag werd gegeven omwille van de geschiktheid van mevrouw S. (en de weerslag daarvan op de goede werking van de onderneming).

Het staat als zodanig niet ter discussie dat mevrouw S. sinds 4 januari 1999 onafgebroken afwezig was wegens ziekte en dat haar arbeidsovereenkomst reeds meer dan vier jaar geschorst was op het ogenblik van het ontslag.

Op basis van deze vaststelling is dit arbeidshof van oordeel dat de gemeente er redelijkerwijze mocht van uitgaan dat mevrouw S. kampte met een medisch probleem waardoor zij niet meer kon functioneren en dat zij bijgevolg niet langer geschikt was voor de uitoefening van haar functie bij de gemeente.

Het ontslag gegeven in deze omstandigheid is evident niet willekeurig maar steunt op een afwezigheid van geschiktheid van mevrouw S. voor het werk-

Anders dan het openbaar ministerie, maakt naar het oordeel van dit arbeidshof deze niet tegengesproken aanhoudende langdurige afwezigheid van mevrouw S. wegens ziekte bovendien aannemelijk dat deze afwezigheid de goede werking van de onderneming ernstig verstoortte.

Het volstaat in dit verband te verwijzen naar de verwittigingsbrief die de gemeente een viertal maanden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan mevrouw S. (heeft verstuurd en waarbij zij uitdrukkelijk doet gelden dat de langdurige ziekte organisatorische problemen voor haar diensten met zich meebrengt en tevens een grote onzekerheid voor de vervanger inhoudt).

Uit de door partijen neergelegde stukken blijkt bovendien duidelijk en ondubbelzinnig dat tussen mevrouw S. en haar collega's spanningen, twisten en interne problemen bestonden en dat de gemeente inspanningen heeft geleverd om aan deze problemen een bevredigende oplossing te geven.

Precies deze gespannen sfeer in de werkrelatie laat dit arbeidshof toe te besluiten dat de gemeente opteerde voor de vervanging van mevrouw S. door een vaste arbeider in plaats van een tijdelijke vervanger.

Op basis van de hierboven vermelde overeenstemmende elementen wordt op afdoende wijze aangetoond dat mevrouw S. minstens werd ontslagen omwille van noodwendigheden inzake de werking en de organisatie van de gemeente .

Of de gemeente alle personeelsleden die in aanmerking kwamen voor artikel 58 van de Arbeidsovereenkomstenwet in het kader van een globaal personeelsbeleid effectief heeft ontslagen, is niet relevant en doet overigens geen afbreuk aan voorgaande overwegingen en besluitvorming.

Gelet op wat voorafgaat is het gegeven ontslag niet willekeurig in de zin van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Het hoger beroep is wat dit punt betreft niet gegrond.

4.Schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht

Overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels inzake de bewijsvoering is het mevrouw S. die het bewijs moet leveren van haar bewering dat de gemeente zich bij de uitoefening van haar ontslagrecht schuldig heeft gemaakt aan rechtsmisbruik en dat zij (mevrouw S.) hierdoor een schade heeft geleden die verschilt van de schade die op forfaitaire wijze wordt gedekt door de toegekende opzeggingsvergoeding.

Zoals de eerste rechters is ook dit arbeidshof van oordeel dat mevrouw S. volkomen faalt in deze op haar rustende bewijslast.

Zo bewijst mevrouw S. niet dat de gemeente haar ontslagrecht heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten ging van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam werkgever.

Juist de niet tegengesproken feitelijke vaststelling dat de gemeente de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft doen plaatsvinden nadat de bij artikel 58 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde duur van de arbeidsongeschiktheid van zes maanden ruim werd overschreden, volstaat op zich om te besluiten dat het gegeven ontslag niet kennelijk onredelijk is.

Nu dit arbeidshof sub V. 1 van dit arrest heeft vastgesteld en beslist dat mevrouw S. faalt in de op haar rustende bewijsverplichting aan te tonen dat zij voorafgaand aan de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst een met redenen omklede klacht heeft ingediend, kan er geen sprake zijn van een doorvoering van een ontslag door de gemeente nadat door haar klacht werd neergelegd.

De bewering van mevrouw S. dat het ontslag werd gegeven nadat zij had laten weten het werk te willen hervatten is manifest onjuist en wordt tegengesproken door de neergelegde overtuigingsstukken.

Het is dan ook slechts ten overvloede dat dit arbeidshof wenst op te merken dat mevrouw S. al evenmin het bewijs levert van een bijzondere schade die verschilt van de schade die op forfaitaire wijze wordt vergoed door de toegekende opzeggingsvergoeding.

Het hoger beroep is ook wat dit punt betreft niet gegrond.

5.Schadevergoeding wegens discriminatie op basis van de gezondheidstoestand

Ondergeschikt doet mevrouw S. gelden dat het gegeven ontslag door de gemeente een inbreuk vormt op 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 en vordert zij een bijzondere vergoeding gelijk aan zes maanden loon.

Op grond van voornoemde wet was er sprake van directe discriminatie indien er een verschil in behandeling was op basis van bijvoorbeeld de gezondheidstoestand die niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd (cfr. artikel 2, §1 van deze wet, met deze bemerking dat deze wetsbepaling gedeeltelijk werd vernietigd bij arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004, 157/2004, www.arbitrage.be).

Op de openbare zitting van 5 juni 2007 werden partijen door dit arbeidshof erop gewezen dat genoemde wet van 25 februari 2003 intussen werd opgeheven bij wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (B.S. 30 mei 2007), hierna de nieuwe Antidiscriminatiewet genoemd.

Partijen verklaarden hieromtrent geen geschreven conclusies te willen nemen. In genoemde nieuwe wet is er eveneens sprake van een verbod tot het maken van een direct onderscheid op grond van de gezondheidstoestand waarvoor geen rechtvaardiging bestaat, met dien verstande dat in de wet nauwkeurig wordt omschreven wat onder rechtvaardiging voor een direct (of indirect) onderscheid kan in aanmerking genomen worden (cfr. Titel II van deze wet)

In deze wet wordt vervolgens bepaald dat een direct onderscheid op grond van de gezondheidstoestand een directe discriminatie vormt, tenzij dit onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Terecht doet het openbaar ministerie in zijn schriftelijk advies in dit verband opmerken dat de wetgever duidelijk heeft willen maken dat een discriminatie op grond van objectieve en redelijke gronden toegelaten is.

Uit wat voorafgaat blijkt dat in de oude als in de nieuwe Antidiscriminatiewet er geen sprake is van discriminatie als het verschil in behandeling op objectieve en redelijke wijze wordt gerechtvaardigd.

Het ontslag omwille van het feit dat de arbeidsovereenkomst wegens ziekte is geschorst gedurende meer dan 6 maanden, zoals voorzien in artikel 58 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dient hoe dan ook beschouwd te worden als een motief tot ontslag dat volgens diezelfde wetgever objectief en redelijkerwijze te verantwoorden is.

Tenslotte doet dit arbeidshof nog opmerken dat de oude en de nieuwe Antidiscriminatiewet de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet noch impliciet noch expliciet hebben opgeheven en het komt niet aan de rechter toe op basis van de bepalingen van de Antidiscriminatiewet de bepalingen van andere wetten buiten beschouwing te laten.

Het hoger beroep is wat dit punt betreft evenmin gegrond.

OP DIE GRONDEN,

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, waarvan de voorschriften werden nageleefd.

Gelet op het enigszins andersluidend advies van de heer F. S., substituut-generaal.

Na beraadslaging, rechtsprekend op tegenspraak.

Verklaart het hoger beroep van mevrouw S ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 20 februari 2006 van de arbeidsrechtbank te Turnhout zij het op enigszins gewijzigde motieven.

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van mevrouw S.

Vereffent deze aan de zijde van mevrouw S op 60,73 EUR uitgavenvergoeding verzoekschrift hoger beroep en 291,52 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Vereffent deze aan de zijde van de gemeente op 110,39 EUR kosten betekening vonnis en 291,52 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen en uitgesproken door de derde kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 4 september 2007, waar aanwezig waren :

Mevrouw H. C. , raadsheer, voorzitter van de kamer
De heer R. D. B., raadsheer in sociale zaken als werkgever
De heer B.B., raadsheer in sociale zaken als werknemer-arbeider
Mevrouw S. V. D. E., adjunct-griffier