

A.R. 2070100  
Rep. Nr. 424

## **ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN**

### **ARREST VAN 12 MEI 2009**

In de zaak:

H. Lisette,  
wonende te 3520 Zonhoven, (...)

appellante,  
verschijnend bij mr. VERMEULEN L., advocaat te Herselt;

tegen :

I.G.L.,met zetel te 3600 Genk, (...),

geïntimeerde,  
verschijnend bij mr. CAERS K., advocaat te Beringen;

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

Gelet op de uiteenzetting van de middelen van partijen tijdens de openbare terechtzitting van 10 maart 2009.

Gelet op de processen-verbaal van de openbare terechtzitting van 17 april 2007, 10 maart 2009 en 24 maart 2009.

## **I. RECHTSPLEGINGSSTUKKEN**

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

- het bestreden vonnis van de arbeidsrechtbank te Hasselt gewezen op tegenspraak tussen partijen op 16 oktober 2006 en aan appellante betekend bij akte d.d. 5 maart 2007;
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, op 27 maart 2007;
- de beschikking d.d. 24 juni 2008 overeenkomstig artikel 747 §2 Ger. W.;
- de conclusies van geïntimeerde neergelegd ter griffie op 5 september 2008;
- de conclusies van appellante ontvangen ter griffie op 6 november 2008;
- de syntheseconclusies van geïntimeerde neergelegd ter griffie op 5 januari 2009;
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie d.d. 24 maart 2009;
- de repliek van appellante op dit advies ontvangen ter griffie op 7 april 2009;
- de repliek van geïntimeerde op dit advies per fax ontvangen ter griffie op 7 april 2009 en per post ontvangen ter griffie op 8 april 2009;

## **II. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP**

Met een verzoekschrift, op 27 maart 2007, ontvangen ter griffie van dit hof; tekende appellante hoger beroep aan tegen een vonnis (A.R. 2041350) van 16 oktober 2006 van de arbeidsrechtbank te Hasselt.

Het hoger beroep werd tijdig ingesteld en is regelmatig naar de vorm.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

### III. FEITEN EN VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

1.

Via een schriftelijke arbeidsovereenkomst van 10 september 1990 trad appellante Lisette H in dienst bij geïntimeerde, IGL.

De functie van appellante werd aangeduid als die van "*schoonmaakster*".

Het ging om een vervangingsovereenkomst (stuk 1 geïntimeerde).

Op 1 oktober 1990 werd er tussen partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst (eveneens een vervangingsovereenkomst) afgesloten, in het kader waarvan appellante als "*schoonmaakster*" halftijds (19/38 h/week) tewerkgesteld was bij IGL (stuk 2 geïntimeerde).

Op dezelfde datum werd er tussen partijen een andere arbeidsovereenkomst afgesloten, in het kader waarvan appellante eveneens, en zulks dan ter vervanging van een andere werkneemster, eveneens als "*schoonmaakster*" halftijds (19/38 h/week), tewerkgesteld was bij IGL (stuk 3 geïntimeerde).

Op 31 december 1992 ondertekenden partijen een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst, aangeduid als "*overeenkomst van dienstregeling*", waarbij overeengekomen werd dat appellante vanaf 1 januari 1993 en zulks voor onbepaalde duur halftijds als "*schoonmaakster*" bij IGL tewerkgesteld werd.

In deze arbeidsovereenkomst werd vermeld dat de "*bepalingen van het bediendecontract*" van toepassing waren (stuk 4 geïntimeerde).

In een vergelijkbare arbeidsovereenkomst van 23 augustus 1993 werd klaarblijkelijk hetzelfde, maar dan met uitwerking vanaf 23 augustus 1993, overeengekomen (stuk 5 geïntimeerde).

2.

Op 24 december 2001 werd appellante het slachtoffer van een arbeidsongeval.

3.

Het 'verzekeringsdossier' werd opgevolgd door wetsverzekeraar OMOB (stuk 7 geïntimeerde).

Op 21 oktober 2002 meldde OMOB aan IGL dat de afwezigheid t/m 31 oktober 2002 aanzien kon worden als het gevolg van bedoeld arbeidsongeval, maar dat het nadien mogelijk moest zijn "*halftijds haar werkzaamheden te hervatten*" (stuk 9 geïntimeerde).

Op een 'kaart medisch onderzoek' vermeldde de (bij IGL optredende) arbeidsgeneesheer op 5 november 2002 (onder opmerkingen): "*(Advies) halftijdse tewerkstelling*" (stuk 10 geïntimeerde).

In beroepsbesluiten heeft appellante vermeld dat zij op 1 november 2002 deeltijds begon te werken, maar dat zij op 1 december 2002 opnieuw 100 % arbeidsongeschikt werd verklaard.

Op een 'kaart medisch onderzoek' vermeldde de arbeidsgeneesheer op 14 januari 2003 (onder opmerkingen):

*"Beslissing in beraad 21/1/03 opnieuw raadpleging"* (stuk 11 geïntimeerde).

Op een navolgende 'kaart medisch onderzoek' vermeldde de arbeidsgeneesheer op 28 januari 2003 (onder opmerkingen):

*"spontaan consult: wordt verder opgevolgd"*(stuk 12 geïntimeerde).

Op 4 september 2003 meldde wetverzekeraar OMOB aan IGL dat volgens hun adviserende geneesheer appellante haar beroepsbezigheden op 16 september 2003 aan 100 % kon hervatten en dat hij aldus genoopt was op die datum de vergoeding voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid stop te zetten (stuk 30 geïntimeerde).

Op 16 september 2003 deelde de adviserende geneesheer van de mutualiteit (De Voorzorg) aan appellante mee dat hij beslist had om appellante toestemming te verlenen om tijdens haar arbeidsongeschiktheid de volgende activiteit uit te oefenen : *"Wasserij : strijken, volgens uurrooster 1<sup>ste</sup> week van 08.00 tot 12.00 uur, 5 dagen per week ; 2de week : van 13.00 tot 17.00 uur, behalve donderdag VM, vanaf 16.09.2003 tot 31.10.2003 in Ter Heide te Zonhoven"* (stuk 31 geïntimeerde).

Op een 'formulier voor de gezondheidsbeoordeling' dat door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer op 16 september 2003 werd opgesteld, werd de aanbeveling gegeven dat appellante *"overgeplaatst wordt : voor een periode van 2 maanden naar een werkpost of activiteit"* die aan de navolgende aanbevelingen beantwoordde : *"Maximum 4u/d tewerkstelling -/- G. Overleg - Dit tengevolge van arbeidsongeval dd 24 december 2001. Graag herevaluatie op het einde van deze periode"* (stuk 13 geïntimeerde).

Appellante werd op grond van een medisch attest van 7 oktober 2003 t/m 31 november 2003 opnieuw 100 % arbeidsongeschikt verklaard ten gevolge van bedoeld arbeidsongeval, en deze ongeschiktheid werd vervolgens vanaf 1 december verlengd tot 31 januari 2004 (stuk 14a-b geïntimeerde).

Appellante consulteerde op 27 januari 2004 de preventieadviseur - arbeidsgeneesheer die op een 'formulier voor de gezondheidsbeoordeling' vermeldde dat *appellante "met ziekenverlof"* was.

Op het door geïntimeerde daarvan bijgebrachte exemplaar staat bijkomend vermeld: *"(beslissing in beraad,)"* (stuk 15 geïntimeerde).

Het exemplaar dat daarvan door appellante werd voorgelegd, draagt deze vermelding niet (stuk 9 appellante).

Geïntimeerde plaatste appellante in tijdelijke werkloosheid vanaf 1 februari 2004.

Op het in verband hiermee aan appellante afgeleverde werkloosheidsformulier C 3.2 werd bij de aanduiding *"aard van de voorziene werkloosheid"* door geïntimeerde de rubriek *"overmacht"* aangekruist, met de toevoeging : *"wegens medische redenen"* (stuk 17 geïntimeerde).

Op een formulier voor de gezondheidsbeoordeling' dat door de Preventieadviseur- arbeidsgeneesheer op 2 februari 2004 werd opgesteld en klaarblijkelijk alsdan aan appellante overhandigd werd, werd de aanbeveling gegeven dat appellante definitief overgeplaatst wordt *"naar een werkpost of activiteit die beantwoordt aan hierna in F vermelde aanbevelingen -/- F. Aanbevelingen en*

*voorstellen van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer in verband met de tewerkstellingsvoorwaarden -/- geen staand werk"* (stuk 16 geïntimeerde).

Op 3 februari 2004 bezorgde appellante aan geïntimeerde een medisch attest van haar behandelende arts waarin vermeld werd dat appellante *"definitief geen staand werk kan verrichten omwille van de arthrodese aan haar rechterenkel"* (stuk 18 geïntimeerde).

Het hiervoren vermelde 'formulier voor de gezondheidsbeoordeling' dat door de preventieadviseur- geneesheer op 2 februari 2004 werd opgesteld en op die datum aan appellante overhandigd werd (en waarin de aanbeveling gegeven dat appellante definitief overgeplaatst zou worden een werkpost of activiteit met *"geen staand werk"*) werd door de arbeidsgeneesheer op 9 februari 2004 naar geïntimeerde verstuurd, alwaar het blijkt de erop aangebrachte datumstempel op 10 februari 2004 ontvangen werd (stuk 19 geïntimeerde).

4.

Klaarblijkelijk op 10 februari 2004 besliste geïntimeerde dan om de arbeidsovereenkomst met appellante als beëindigd te beschouwen, per 9 februari 2004.

Geïntimeerde leverde navolgend attest of (stuk 3 appellante) :

*'ATTEST*

*Ondergetekende, Henri V., secretaris IGL cvba, verklaart dat het vanaf 10.02.2004 niet mogelijk is om mevrouw Lisette H., '26.05.59 en wonende te 3520 Zonhoven, arbeid te laten verrichten die met haar toestand verenigbaar is.*

*Genk, 10 februari 2004*

*(getekend)*

*Henri V.*

*Secretaris"*

Op het werkloosheidsbewijs C4 dat op dezelfde datum door geïntimeerde werd opgesteld, werd melding gemaakt van een tewerkstelling van appellante bij geïntimeerde van 1 oktober 1990 tot en met 9 februari 2004.

Er werd vermeld dat geen verbrekingsvergoeding werd betaald en dat de tewerkstelling beëindigd was op "09/02/2004 te 24.00 u".

Als *"juiste oorzaak van de werkloosheid"* werd vermeld: *"op advies van de arbeidsgeneesheer"* (stuk 4 appellante).

5.

De raadsman van appellante zond op 3 maart 2004 een aangetekende brief aan geïntimeerde waarin melding werd gemaakt van de nietigheid van het onderzoek van de arbeidsgeneesheer en/of van de daarbij toepasselijk procedure die niet zou zijn nageleefd. Er werd verwezen naar een onregelmatige ontslagbeslissing, getroffen in strijd met het K.B. van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht en met de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie. Er werd een opzeggingsvergoeding gevorderd overeenstemmend met 14 maanden loon, evenals een beschermingsvergoeding van 6 maanden loon (stuk 5 appellante).

Geïntimeerde antwoordde dat zij de zaak zou voorleggen aan haar bestuurscomité (brief van 12 maart 2003; stuk 6 appellante).

In een daaropvolgende brief van 19 maart 2004 stelde geïntimeerde t.o.v. de raadsman van appellante het navolgende (stuk 7 appellante):

*"Het Bestuurscomité heeft in zijn vergadering van 16 maart 2004 het dossier van mevrouw Lisette H. en in het bijzonder uw bovenvermelde brief besproken.*

*Het bestuurscomité bevestigt de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van mevrouw H. op 9 februari 2004 wegens overmacht omwille van definitieve ongeschiktheid. Deze beslissing werd genomen overeenkomstig de unaniem door de Raad van Bestuur op 10 november 2000 bekrachtigde beleidslijn: de arbeidsovereenkomst van een personeelslid, dat door de arbeidsgeneesheer niet langer geschikt wordt verklaard voor het overeengekomen werk, wordt zonder opzegtermijn en/of opzegvergoeding wegens overmacht omwille van definitieve ongeschiktheid onmiddellijk beëindigd.*

*Tot slot wens ik uw aandacht erop te vestigen dat de arbeidsovereenkomst van mevrouw H. niet zomaar werd beëindigd en ik verwijs onder andere naar de periode van gedeeltelijke werkhervatting, de periode van tijdelijke werkloosheid wegens overmacht omwille van medische redenen en het advies d.d. 3 februari 2004 van haar behandelend geneesheer- specialist.*

*Met vriendelijke groeten*

*Henri V.*

*Secretaris*

*(getekend) -/-".*

6.

Er kan nog worden vermeld dat de Administratieve Gezondheidsdienst op 14 mei 2004 haar beslissing kenbaar maakte aan geïntimeerde dat er sprake was van een blijvende arbeidsongeschiktheid van 25 %, met 16 september 2003 als consolidatiedatum (stuk 22 geïntimeerde).

Appellante ondertekende het haar door geïntimeerde geformuleerde voorstel tot toekenning van een schadevergoeding inzake arbeidsongevallen (een jaarlijkse rente) in overeenstemming met dit blijvend ongeschiktheidpercentage, waarna deze bij beslissing van geïntimeerde van 31 augustus 2004 toegekend werd (stukken 25 en 26 geïntimeerde).

7.

Ondertussen was appellante op 21 april 2004 overgegaan tot dagvaarding van geïntimeerde bij de arbeidsrechtbank te Hasselt, erop gericht geïntimeerde te horen veroordelen tot betaling van :

- 26.806,50 EUR ten titel van opzeggingsvergoeding :
- 13.402,25 EUR ten titel van beschermingsvergoeding (wet van 25 februari 2003) ;
- de verwijlintersten en gerechtelijke intersten op deze bedragen.

Tevens werd de uitvoerbaarheid bij voorraad van het uit te spreken vonnis gevorderd.

Bij vonnis van 16 oktober 2006 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk, en beval, alvorens verder te oordelen over de gegrondheid van de vordering, een heropening der debatten.

In het overwegende gedeelte van dit vonnis werd door de arbeidsrechtbank m.b.t. de vordering inzake de opzeggingsvergoeding reeds een bepaald standpunt ingenomen inzake de bewijslevering door geïntimeerde van de definitieve arbeidsongeschiktheid van appellante om stand werk uit te voeren.

De door de rechtbank bevolen heropening der debatten was er in essentie op gericht om partijen, in het licht van de door appellante gevorderde beschermingsvergoeding uit hoofde van de wet van 25 februari 2003, standpunt te laten innemen over de vraag of de cassatieleer gebaseerd op artikel 32,5° van de Arbeidsovereenkomstenwet te rijmen valt met de bepalingen van de Antidiscriminatiewet.

De arbeidsrechtbank stelde in dit verband :

*"Het is onduidelijk of in het kader van de arbeidsverhoudingen een verschil in behandeling uitsluitend kan worden gerechtvaardigd indien het berust op een kenmerk dat een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, dan wel of ook andere omstandigheden kunnen aanvaard worden als een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het verschil in behandeling.*

*Daarenboven is het tevens onduidelijk of eiseres valt onder de, functie 'persoon met een handicap' en hoe de 'redelijke aanpassingsplicht van de werkgever' zich in onderhavige zaak vertaalt.*

*De rechtbank wenst terzake te verwijzen naar her arrest van het Hof van Justitie d.d. 11 juli 2006, inzake SCW tegen EC SA, nummer C-13/05 en merkt op dat het Europese kader van belang is vermits de Europese richtlijnen, wat de arbeidsverhoudingen betreft, wellicht het belangrijkste instrument vormen voor de interpretatie van de Belgische wet, in ieder geval met betrekking tot de discriminatiegronden die door de Europese richtlijnen worden beheerst. (Ch. Bayart, Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet, Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn, p15 en 16 nr.27)*

*Het is dan ook gepast om, alvorens ten gronde verder te oordelen, de debatten te heropenen teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen over hetgeen hierboven uiteen werd gezet. "*

8.

Geïntimeerde liet dit vonnis betekenen aan geïntimeerde op 5 maart 2007 (stuk 35 geïntimeerde), waarna appellante bij dit hof op 27 maart 2007 (datum neerlegging verzoekschrift) hoger beroep heeft ingesteld tegen bedoeld vonnis.

#### **IV. EISEN IN HOGER BEROEP.**

1.

Appellante vordert om:

- het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het bestreden vonnis te vernietigen en opnieuw recht doende, de oorspronkelijke vordering van appellante ontvankelijk en gegrond te verklaren;

- geïntimeerde te veroordelen tot:
  - betaling van een bedrag van 31.274,25 euro aan opzeggingsvergoeding en 13.402,25 euro aan beschermingsvergoeding, beide bedragen te verhogen met de verwijlrenten vanaf 10 februari 2004 en met de gerechtelijke intresten.
  - de kosten van het geding.

2.

Geïntimeerde vordert om:

- in hoofdde:
  - het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;
  - het vonnis a quo te bevestigen en bijkomend te horen zeggen dat geïntimeerde het discriminatiebeginsel niet geschonden heeft;
  - appellante te horen veroordelen tot de kosten van het hoger beroep;
- in ondergeschikte orde, alvorens ten gronde recht te doen, gemachtigd te worden te bewijzen met alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen dat:
  - appellante bij geïntimeerde aangeworven was in de hoedanigheid van schoonmaakster en dat zij deze functie in hoofdzaak heeft uitgeoefend vanaf de aanwerving op 10 september 1990.
  - indien zij in de wasserij heeft gewerkt dit zeer uitzonderlijk was en dit kaderde in de poging om appellante tijdelijk herin te schakelen na haar arbeidsongeschiktheid.
  - indien het arbeidshof van oordeel is dat appellante bewijst dat zij "in de wasserij" tewerkgesteld was, de werkzaamheden "in de wasserij" geen zittende werkzaamheden zijn, doch hoofdzakelijk staande werkzaamheden.
- tevens in ondergeschikte orde, indien het arbeidshof van oordeel is dat aan appellante toch enige vergoeding, hetzij opzeggingsvergoeding en/of beschermingsvergoeding, dient te worden betaald door geïntimeerde, geïntimeerde voorbehoud te willen verlenen om standpunt in te nemen omtrent de omvang van de gevorderde vergoeding, in welk geval de uitspraak over de kosten dan ook dient aangehouden te worden.

## V. BEOORDELING

*V.a. Procedureel*

Bij de schriftelijke repliek die door geïntimeerde op 8 april 2009 (datum ontvangst ter griffie) op het schriftelijke (in voorlezing gegeven) advies van het openbaar ministerie werd geformuleerd, heeft geïntimeerde in bijlage een nieuw stuk gevoegd.

De raadsman van appellante heeft hiertegen geprotesteerd middels een brief van 14 april 2009 (datum ontvangst ter griffie), stellend dat het partijen niet toegelaten is "*bij de repliek t.a.v. het openbaar ministerie nog nieuwe stukken neer te leggen*", en met het verzoek "*met dit stuk, geen rekening te willen houden*".

Het hof is van oordeel dat op dit verzoek van appellante moet worden ingegaan.



Bedoeld stuk werd door geïntimeerde neergelegd nadat de debatten gesloten waren (cf. artikel 766 Ger.W.).

Rekening houdend met de bepalingen van artikel 771 Ger.W. wordt dit stuk, neergelegd na het sluiten der debatten, buiten het beraad gehouden.

#### *V. b. Opzeggingsvergoeding*

1.

Appellante vordert vanwege geïntimeerde de betaling van een opzeggingsvergoeding, er in essentie van uitgaand dat geïntimeerde op onregelmatige of onrechtmatige wijze een einde heeft gesteld aan de bestaande arbeidsovereenkomst.

Appellante voert onder meer aan dat de wijze waarop door geïntimeerde het einde van de arbeidsovereenkomst werd vastgesteld op grond van een overmacht, gesteund op de medische ongeschiktheidstoestand van appellante, gebeurde met o.a. een miskennis van de daartoe voorgeschreven bepalingen van het K.B. van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers.

Geïntimeerde van haar kant huldigt het standpunt dat appellante definitief arbeidsongeschikt was om de tussen partijen bedongen arbeid te verrichten, en dat zij als werkgever terecht en correct is overgegaan tot de vaststelling van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht.

Geïntimeerde meent dat zij geen opzeggingsvergoeding verschuldigd is aan appellante.

Het hof is van oordeel dat het door appellante ingenomen standpunt moet worden bijgetreden, en dat er inderdaad sprake is van een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst die aan geïntimeerde toeschrijfbaar is.

Deze beoordeling wordt hierna verder toegelicht.

2.

Overeenkomstig artikel 32, 5° van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 kan een arbeidsovereenkomst een einde nemen door overmacht.

Overmacht leidt tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien de uitvoering van de arbeidsovereenkomst er definitief door onmogelijk wordt gemaakt (vgl. Cass. 10 januari 1994, J.T.T. 1994, 209; Arbh. Brussel 15 februari 1999, R.W. 1999-2000, 439).

Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat medische ongeschiktheid een overmachtsituatie in de zin van artikel 32, 5° van de Arbeidsovereenkomstenwet kan uitmaken.

Een blijvende arbeidsongeschiktheid waarbij een werknemer definitief in de onmogelijkheid verkeert de overeengekomen arbeid te hervatten, kan overmacht uitmaken waardoor de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd (vgl. Cass. 5 januari 1981, R.W. 1980-81, 2401).

Volgens de heersende cassatie- rechtspraak mag de overmacht enkel worden beoordeeld in functie van de bedongen of overeengekomen arbeid, en niet in functie van de mogelijkheid die de werkgever heeft om andere aangepaste arbeid aan de getroffen werknemer te bezorgen (cf. Cass. 13 februari 1982, J.T.T. 1982, 272 ; 15 februari 1982, R.W. 1982-83, 2210 ; Cass. 21 april 1986, J.T.T. 1986, 501 ; Cass. 12 januari 1987, J.T.T. 1987, 428; Cass. 1 juni 1987, J.T.T. 1987, 427 ; Cass. 2 oktober 2000, R.W. 2000-01, 1457).

In de bepalingen van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming/ARAB die tot voor kort het medisch toezicht regelden, lag voor de werkgever weliswaar de verplichting vervat om, indien mogelijk, de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst met eventueel andere loonvoorwaarden aan te bieden (cf. artikelen I46bis en ter ARAB).

Het Hof van Cassatie heeft daaromtrent echter geoordeeld dat deze verplichting de werkgever niet verhinderde om alsnog vast te stellen dat er overmacht was ingevolge de blijvende arbeidsongeschiktheid om de (bedongen) arbeid uit te voeren (Cass. 2 oktober 2000, R.W. 2000-01, 1457).

Sedert dit cassatie- arrest is er een evolutie geweest in de reglementering betreffende de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van werknemers ten gevolge van ziekte of ongeval.

Zo is er de wet van 28 januari 2003 'betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd' (B.S. 9 april 2003).

En de desbetreffende bepalingen van het ARAB die het medisch toezicht regelden en waarnaar in het vermelde cassatie- arrest van 2 oktober 2000 verwezen werd, werden vervangen door de bepalingen van het K.B. van 28 mei 2003 'betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers' (B.S. 16 juni 2003).

In deze gewijzigde reglementering wordt onder meer aan de werkgevers een strengere wedertewerkstellingsverplichting van definitief arbeidsongeschikte werknemers opgelegd.

Er kan nog worden opgemerkt dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens definitieve arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte of ongeval thans ook nader gereguleerd wordt door het nieuwe artikel 34 van de Arbeidsovereenkomstenwet, ingevoegd bij wet van 27 april 2007 houdende diverse bepalingen (B.S. 8 mei 2007).

Overeenkomstig deze nieuwe bepaling maakt een definitieve arbeidsongeschiktheid uit zichzelf wegens overmacht geen einde aan de arbeidsovereenkomst.

Dit is slechts het geval nadat daartoe een specifieke procedure wordt nageleefd.

De wetgever schijnt daarmee in te willen gaan tegen de cassatierechtspraak betreffende de theorie van de beëindigende overmacht, die er kennelijk vanuit gaat dat de beëindiging beoordeeld moet worden in functie van de onmogelijkheid tot verder zetting van de bedongen arbeid en niet afhankelijk kan worden gesteld van de naleving van bepaalde bijkomende specifieke voorwaarden (zie hoger, Cass. 2 oktober 2000).

De inwerkingtreding van deze nieuwe regeling van artikel 34 van de Arbeidsovereenkomstenwet moet echter nog bij K.B. worden bepaald, hetgeen tot op heden niet is gebeurd.

Nog niet in werking getreden, is uiteraard deze nieuwe reglementering niet van toepassing in onderhavige zaak

Inzake de bewijsproblematiek kan nog worden opgemerkt dat het de werkgever is die de bewijslast draagt van de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer, als beëindiginggrond voor de arbeidsovereenkomst (vgl. Arbh. Brussel 30 mei 1989, Soc. Kron. 1991, 20 ; Arbh. Brussel 13 januari 1993, J.T.T.1993, 143).

Het bewijs daarvan moet afdoende zijn, en in geval van twijfel kan het bestaan van een medische overmacht niet worden aanvaard.

3.

Geïntimeerde, op wie terzake de bewijslast rust, heeft ter ondersteuning van haar standpunt dat er sprake was van een medische overmachtsituatie waardoor de uitvoering van de arbeidsovereenkomst definitief onmogelijk was geworden, verwezen naar de vaststellingen van de arbeidsgeneesheer.

M.b.t. deze verwijzing van geïntimeerde naar de vaststellingen van de arbeidsgeneesheer, kan het volgende worden gesteld.

Waar de beëindiging van de tewerkstelling van appellante - via de in die zin door geïntimeerde kenbaar gemaakte beslissing inzake het volgens haar bestaan van medische overmacht, en "op advies van de arbeidsgeneesheer" (zie hoger, sub III.4.) - hier op 09 februari 2004 te situeren is, is alleszins inzake de verrichtingen van de (preventieadviseur-)arbeidsgeneesheer de toepassing van het hiervoren (zie hoger, sub V.b.2.) vermelde K.B. van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers (in werking getreden de 10de dag na de publicatie ervan in het B.S. van 16 juni 2003) aan de orde.

Het is in functie van de bepalingen van deze nieuwe reglementering dat de door geïntimeerde aangevoerde verwijzing naar de beslissing/het advies van de arbeidsgeneesheer waar geïntimeerde zich op steunt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht moet worden getoetst, en niet in functie van het ARAB en de nog daarop betrekking hebbende ('oude') rechtspraak.

In het K.B. van 28 mei 2003 zijn specifieke regels voorzien die moeten worden nageleefd in geval van een door de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer uitgeoefend toezicht op de gezondheidstoestand van de door arbeidsongeschiktheid getroffen werknemer, en inzake de beslissingen die door hem daaromtrent getroffen worden.

De preventieadviseur- arbeidsgeneesheer heeft hier op een 'formulier voor de gezondheidsbeoordeling' d.d. 2 februari 2004 de aanbeveling geformuleerd dat appellante definitief overgeplaatst zou worden "naar een werkpost of activiteit die beantwoordt aan de hierna in F vermelde aanbevelingen -/- Geen staand werk"(stuk 16 geïntimeerde).

Dit formulier werd dan op 9 februari 2004 verzonden aan geïntimeerde, die dan klaarblijkelijk onmiddellijk na de ontvangst ervan op 10 februari 2004 tot een vaststelling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 9 februari 2004 omwille van medische overmacht is overgegaan.

Bedoeld formulier van 2 februari 2004 is blijkens de eigen erop vermelde aanduidingen ("*FORMULIER VOOR DE GEZONDHEIDSBEOORDELING. Formulier voor de gezondheidsbeoordeling bedoeld in artikel 48 van het Koninklijk Besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers*"), te kaderen onder de bepalingen van afdeling 6 van bedoeld KB., inzake "*DE BESLISSING VAN DE PREVENTIEADHSEUR-ARBEIDSGEIVEESHEER BETREFFENDE DE BEOORDELING VAN DE GEZONDHEID*".

Dit 'formulier voor de gezondheidsbeoordeling' is het formulier waarvan het model is opgenomen als bijlage II, eerste deel van het K.B. van 28 mei 2003, en betreft het document waarmee de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer zijn beslissing na elk preventief medisch onderzoek meedeelt (artikel 48 van het K.B.).

Artikel 51 van het K.B. van 28 mei 2003 omschrijft de mogelijkheden die daaromtrent door de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer kunnen worden vermeld, met name dat de werknemer :

- ofwel in voldoende mate arbeidsongeschikt is ;
- ofwel dat het aangeraden is dat de werknemer definitief of voor een periode die hij bepaalt zou worden overgeplaatst naar een andere werkpost of activiteit waarvan hij de tewerkstellingsvoorwaarden bepaalt in rubriek F ;
- ofwel dat de werknemer met ziekteverlof moet worden gestuurd ;
- ofwel dat de werknemer definitief arbeidsongeschikt is".

Hier heeft de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer concreet op bedoeld formulier van 2 februari 2004 de tweede van de 4 vermelde opties aangekruist en vervolledigd. De overige 3 opties werden door hem geschrapt.

De betrokken werknemer aan wie het formulier voor de gezondheidsbeoordeling ter hand werd gesteld, beschikt in toepassing van artikel 64 van het K.B. van 28 mei 2003 over de mogelijkheid om tegen dergelijke beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer beroep in te stellen.

Dergelijk beroep moet op de voorgeschreven wijze worden ingesteld bij de bevoegde geneesheer- arbeidsinspecteur van de Medische Arbeidsinspectie "*binnen de zeven werkdagen na de verzendingsdatum of overhandiging van het formulier voor de gezondheidsbeoordeling aan de werknemer*" (artikel 65 van het K.B. van 28 mei 2003).

Het beroep schorst de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer (artikel 69 van het K.B. van 28 mei 2003).

En "*zolang er geen definitieve beslissing omtrent de arbeidsgeschiktheid van de werknemer genomen is, is de definitieve arbeidsgeschiktheid niet bewezen*" (artikel 70, § 3 van het K.B. van 28 mei 2003).

Er van uitgaande dat het formulier voor de gezondheidsbeoordeling door de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer op 2 februari 2004 (een maandag) aan appellante overhandigd werd (zoals vermeld werd op dit formulier), beschikte appellante in principe over 7 werkdagen na deze datum, zijnde dus uiterlijk tot en met woensdag 11 februari 2004, om beroep in te stellen tegen de desbetreffende beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer.

Geïntimeerde heeft echter de afloop van deze beroepstermijn niet afgewacht, en heeft onmiddellijk na ontvangst van bedoeld formulier voor de gezondheidsbeoordeling door de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer per 9 februari 2004 (cf het C4-formulier : beëindiging op "09/02/2004 te 24.00 u" stuk 4 appellante) de beëindiging van de arbeidsovereenkomst omwille van medische overmacht kenbaar gemaakt, en heeft daarbij dan expliciet gerefereerd aan de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer (cf. het C4-formulier met de vermelding van *de "juiste oorzaak van de werkloosheid: op advies van de arbeidsgeneesheer"*).

Aldus de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestatigend per 9 februari 2004, heeft geïntimeerde voortijdig de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kenbaar gemaakt aan appellante, vooraleer de voorgeschreven beroepstermijn tegen de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer verstreken was.

De reden waarop geïntimeerde zich meende te kunnen steunen - een situatie van medische overmacht gesteund op de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer - was derhalve niet effectief gerealiseerd op het ogenblik dat geïntimeerde de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vaststelde en kenbaar maakte t.a.v. appellante.

Appellante had in principe nog de mogelijkheid om tot en met 11 februari 2004 de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer aan te vechten en zolang was deze beslissing niet definitief.

Door vóór de afloop van deze beroepstermijn alsnog het einde van de arbeidsovereenkomst te akteren, heeft geïntimeerde appellante echter verhinderd om ten volle dit recht tot het instellen van hoger beroep uit te putten.

Door zo te handelen, is de basis waarop geïntimeerde zich gesteund heeft bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht, gesteund op een veronderstelde medische ongeschiktheid van appellante, ondeugdelijk (vgl. Arbh. Luik 13 januari 2009, J.T.T. 2009, 132).

Dit impliceert dat geïntimeerde zich hier niet met gunstig gevolg op dit gegeven - de bevindingen/attestatie vanwege de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer d.d. 2 februari 2004 - kan beroepen in het kader van de bewijslast en -levering van het door haar aangevoerde gegeven dat er sprake zou zijn van een definitieve arbeidsongeschiktheid van appellante, als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst.

4.

Geïntimeerde heeft voorts verwezen naar het medische attest van de behandelende geneesheer van appellante d.d. 3 februari 2004 (*"verklaring van arbeidsonderbreking"*), waarin door deze geneesheer geattesteerd werd dat hij

appellante onbekwaam bevonden heeft "*definitief geen staand werk*" te verrichten vanaf 3 februari 2004 (stuk 18 geïntimeerde), maar naar het oordeel van het hof betreft het geen afdoend element dat thans door geïntimeerde ter ondersteuning van (de bewijslevering van) haar stelling kan worden gehanteerd.

Op zich doet dit attest van de eigen geneesheer van appellante namelijk niets af aan de hogervermelde procedure die toen nog in voege was ingevolge het optreden van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer, en die nog niet definitief was.

Anders dan door geïntimeerde werd gesteld, kan uit dit attest niet worden afgeleid dat appellante afstand zou hebben gedaan van de mogelijkheid waarover ze in toepassing van artikel 64 van het K.B. van 28 mei 2003 beschikte om tegen de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer d.d. 2 februari 2003 binnen de 7 werkdagen hoger beroep in te stellen.

Hoe dan ook kan uit dit attest van de eigen geneesheer van appellante niet worden afgeleid dat appellante akkoord ging met een 'absolute' definitieve arbeidsongeschiktheid in functie van elk volgens haar bij geïntimeerde mogelijk beschikbaar werk.

In de attestatie van de eigen geneesheer van appellante werd enkel summier een uitspraak gedaan over "*staand werk*", zonder dat eruit kan worden afgeleid dat het daarom dan ook zou gaan voor een onmogelijkheid in functie van mogelijk ander bij geïntimeerde beschikbaar werk, deel uitmakend van het eventueel 'bedongen' werk.

Zoals door appellante terecht werd opgemerkt, heeft het eigen medische attest van 3 februari 2004 allicht niet tot doelstelling gehad om het ontslag van appellante om medische redenen (overmacht) in de hand te werken. Dit attest had wellicht de bedoeling om geïntimeerde aan te sporen de nodige stappen te ondernemen om appellante (verder) werk te (blijven) verschaffen waarbij appellante niet (constant) hoefde recht te staan.

Uit bedoeld attest kan als zodanig niet het bewijs worden geput dat geïntimeerde ongeschikt was om iedere vorm van de tussen partijen 'bedongen' arbeid uit te voeren.

Dit attest van de eigen geneesheer van appellante volstaat bijgevolg, in het kader van hetgeen terzake door geïntimeerde zou moeten worden aangetoond ( een definitieve ongeschiktheidstoestand die als medische overmacht en als grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst kon worden aangemerkt), evenmin.

5.

Dezelfde opmerkingen gelden voor het zogenaamde "*ziektebeeld van appellante*", waaraan gerefereerd werd door geïntimeerde.

Geïntimeerde meent uit de ontwikkelingen die zich sedert het arbeidsongeval van geïntimeerde hebben voorgedaan en die uiteindelijk geleid hebben tot een geconsolideerde arbeidsongeschiktheidsgraad van appellante van 25 % (vastgesteld via een beslissing van de AGD d.d. 14 mei 2004, dus daterend van na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst), erin bestaande dat appellante herhaalde malen doch vruchteloos (steeds met een herval in arbeidsongeschiktheid) gepoogd heeft om haar

werkzaamheden te hervatten, eveneens een bewijs te kunnen afleiden van een definitieve ongeschiktheidstoestand van appellante in functie van de bedongen arbeid.

Deze redenering kan niet worden bijgetreden, aangezien de inschatting van de al dan niet definitieve ongeschiktheidstoestand van appellante daaruit niet eigenmachtig vermag te worden afgeleid door geïntimeerde.

Geïntimeerde diende zich wat dat betreft te richten naar hetgeen daaromtrent door de (preventieadviseur)-arbeidsgeneesheer zou worden geoordeeld en geadviseerd.

De arbeidsgeneesheer heeft, voorafgaand aan 2 februari 2004, echter nooit een beslissing getroffen of een advies verleend waarbij er sprake zou zijn geweest van een definitieve arbeidsongeschiktheid van appellante.

Geïntimeerde kan niet zomaar 'op eigen houtje' en via een eigen analyse van het zogenaamde "*ziektebeeld*" van appellante andere gevolgtrekkingen, die dan louter steunen op een eigen subjectieve inschatting vanwege geïntimeerde zelf, gaan maken, althans kleeft aan dergelijke persoonlijke visie van geïntimeerde zijnde een procespartij - op zich geen enkele bewijswaarde.

Wat het advies/de beslissing van de preventieadviseur- arbeidsgeneesheer d.d. 2 februari 2004 betreft, verwijst het hof naar hetgeen hij daaromtrent reeds hoger geoordeeld heeft (zie hoger, sub V.b.3.), zonder dat zulks thans nog herhaling behoeft.

Kortom :

ook uit de eigen bedenkingen van geïntimeerde i.v.m. het ziektebeeld van appellante kan door haar geen bewijs worden geput inzake een definitieve arbeidsongeschiktheid van appellante (en/of van de beweerde medische overmachtsituatie) waar geïntimeerde zich op beroept.

6.

Inzake het aspect van de 'bedongen' arbeid kan worden opgemerkt dat geïntimeerde hier een zeer dubbelzinnige houding heeft ingenomen tijdens onderhavige beroepsprocedure.

Tot in laatste syntheseberoeps besluiten is geïntimeerde met absolute stelligheid blijven volhouden dat appellante, die volgens de aanwervingdocumenten als "*schoonmaakster*" werd aangeworven, ook daadwerkelijk deze activiteit steevast zou hebben uitgeoefend.

Waar er mogelijk sprake zou kunnen zijn geweest van andere door appellante uitgeoefende activiteiten, bijvoorbeeld als naaister of als strijkster, stelde geïntimeerde alsdan dat deze dan zeer uitzonderlijk werden uitgeoefend, en zeker met tot het bedongen takenpakket van appellante zouden hebben behoord.

Daaromtrent werd door geïntimeerde zelfs een (getuigen)bewijsaanbod geformuleerd.

Na de sluiting der debatten en nadat het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies had uitgebracht, schijnt geïntimeerde dan merkwaardig genoeg tot andere inzichten in verband met de feitelijke toedracht over het eigenlijke takenpakket van appellante te zijn gekomen.

Thans, in de op 8 april 2009 door geïntimeerde uitgebrachte repliek op het advies van het openbaar ministerie luidt het als volgt (repliek, blz. 3) :

*"-/- Verder gaat het Openbaar Ministerie ervan uit dat de functie van de tussen partijen bedongen arbeid, het strijken in de wasserij is, Het Openbaar Ministerie gaat hier voort op de eigen verklaring van appellante ter zitting., Allereerst dient concludante op te merken dat er voor de eerste redder tussen partijen geen enkele betwisting werd gevoerd omtrent de bedongen arbeid. Gezien uit de stukken bleek dat appellante indertijd werd aangeworven in de functie van schoonmaakster, ging de raadsman van concludante er tijdens de procedure van uit dat dit ook in de verdere tewerkstelling van appellante het geval was. Appellante heeft dienaangaande niet de minste opmerking gemaakt in de procedure voor de eerste rechter. Het is slechts voor het eerste maal in hoger beroep dat appellante stelt dat zij tewerkgesteld werd in de wasserij.*

*Navraag door de raadsman van concludante bij concludante bevestigde dit en concludante past derhalve haar standpunt dienaangaande aan.*

*Dienaangaande merkt concludante op dat de werkzaamheden in de wasserij niet alleen het strijken omvat, toch ook verschillende andere taken zoals het vullen van de wasmachines, het terug leeghalen van de wasmachines, het plooiën van het wasgoed, het persen van het wasgoed, het verdelen van het wasgoed in mobiele linnenkasten,... Bovendien is de bewering van appellante dat het strijken uitsluitend zittend gebeurt, niet correct. De wasserij van concludante kan aanzien worden als een industriële wasserij, zodat het strijken waarover partijen spreken industrieel strijken (andere benaming: mangelen) is.*

*De verschillende manipulaties van het strijken/ te mangelen wasgoed vereisen onder andere het rechtstaand en gebeurt niet uitsluitend zittend. -/-"*

Geïntimeerde erkent m.a.w. expliciet dat het eigenlijke takenpakket dat door appellante gebruikelijk werd uitgeoefend, het werk bij geïntimeerde in de wasserij omvatte.

In het licht van deze erkenning daarvan door geïntimeerde, is het daaromtrent door geïntimeerde eerder geformuleerde andersluidende getuigenbewijsaanbod niet meer dienend, en het hof gaat er niet op in.

Het is dit werk van appellante in de wasserij dat als bedongen arbeid in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling of appellante definitief arbeidsongeschikt was om haar arbeidstaken bij geïntimeerde uit te oefenen, en bij de vraag of geïntimeerde daarvan in het kader van de op haar rustende bewijslast afdoende het bewijs heeft aangebracht.

Zoals door het openbaar ministerie in zijn advies terecht werd gesteld, heeft geïntimeerde hier als zodanig de definitieve arbeidsongeschiktheid van appellante om de werkzaamheden van werknemer in de wasserij of al strijkster al dan niet uit te oefenen onvoldoende bewezen.

Dit komt erop neer dat geïntimeerde niet het bewijs levert van een definitieve arbeidsongeschiktheid van appellante, op grond waarvan de vaststelling van beëindiging van de arbeidsovereenkomst omwille van een medische overmacht zou kunnen worden gesteund.



7.

Het hof komt samenvattend tot de bevinding dat geïntimeerde ten onrechte de medische overmacht als beëindiginggrond van de arbeidsovereenkomst aangevoerd heeft.

Geïntimeerde heeft in beroepsbesluiten zelf vermeld wat de consequenties daarvan zijn (cf de syntheseberoeps besluiten van geïntimeerde, blz. 9) :

*"-/- Enkel al door het feit zich te beroepen op de overmacht, drukt de werkgever op onherroepelijke wijze de wil dat de contractuele betrekkingen te beëindigen (zie Prof. Van Regenmortel, Actuele Problemen van het Arbeidsrecht, nr. 4, nr. 293, 182) -/-".*

De arbeidsovereenkomst werd effectief beëindigd, maar nu het bestaan van een medische overmacht niet is aangetoond, is als zodanig de beëindigingwijze van artikel 32, 50 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing, en/of werd ze ten onrechte aangevoerd door geïntimeerde.

De arbeidsovereenkomst werd m.a.w. eenzijdig door geïntimeerde beëindigd, en zulks dan op onrechtmatige wijze, want doorgevoerd zonder dat er een opzeggingstermijn werd gerespecteerd.

8.

Nu er sprake is van een onrechtmatige en aan geïntimeerde toeschrijfbare beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de arbeidsovereenkomst, is appellante opzichters geïntimeerde gerechtigd op een opzeggingsvergoeding.

In toepassing van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet is de partij die de voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst beëindigt zonder inachtneming van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn, ertoe gehouden om aan de andere partij een opzeggingsvergoeding te betalen, gelijk aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de (theoretisch na te leven) opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn.

9.

Geïntimeerde heeft in haar syntheseberoeps besluiten verzocht (blz. 23), in ondergeschikte orde en in de veronderstelling dat het arbeidshof zou oordelen dat er toch een opzeggingsvergoeding zou betaald dienen te worden, om *"haar voorbehoud te willen verlenen voor het betwisten van de omvang van de gevorderde vergoedingen"*.

Het hof meent dat dergelijk verzoek van geïntimeerde bezwaarlijk ernstig kan worden genoemd.

De gedinginleidende dagvaarding dateert van 21 april 2004.

Thans, meer dan 5 jaar later, heeft geïntimeerde haar standpunt over de (omvang van de) door appellante geëiste opzeggingsvergoeding, die nochtans reeds 'ab initio werd ingesteld, klaarblijkelijk niet weten te actualiseren.

Nochtans heeft geïntimeerde zowel gedurende de procedure in eerste aanleg bij de arbeidsrechtbank als tijdens onderhavige beroepsprocedure bij dit hof alle

mogelijkheden gehad om daaromtrent haar visie, grieven of eventuele zienswijze kenbaar te maken, hetgeen zij tot op heden om voor het hof onbegrijpelijke redenen nagelaten heeft.

Op het desbetreffende verzoek van geïntimeerde, hetgeen het hof redelijkerwijze en vanuit proceseconomische afwegingen niet verantwoordbaar voorkomt, wordt niet ingegaan.

10.

Het jaarloon van appellante werd door haar - en zonder daarin tegengesproken te zijn door geïntimeerde - begroot op 26.806,50 EUR.

Deze begroting komt het hof correct voor en wordt aanvaard.

Rekening houdend met het feit dat het aldus in aanmerking te nemen jaarloon van appellante het door artikel 82, §§ 2-3 van de Arbeidsovereenkomstenwet voorziene grensbedrag voor het jaar 2004 (jaar van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, grensbedrag van 26.418 EUR) overschreed, en dat appellante inzake opzeggingstermijnen dus als een 'hogere bediende' moet worden beschouwd, dient het hof zich thans uit te spreken over de duur van de in aanmerking te nemen opzeggingstermijn (cf. artikel 82, § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet).

Conform een constante cassatierechtspraak die door dit hof wordt bijgetreden, wordt deze opzeggingstermijn bepaald, rekening houdend met de mogelijkheid voor de bediende om op het tijdstip van de opzegging een aangepaste en evenwaardige betrekking te vinden, gelet op de anciënniteit, de leeftijd, het belang van de functie en het bedrag van het loon van betrokkene, naar gelang de elementen eigen aan de zaak (vgl. Cass. 8 september 1980, Arr.Cass. 1981, 16 ; Cass. 3 februari 1986, J.T.T. 1987, 58 ; Cass. 4 februari 1991, R.W. 1990-91, 1407 ; Cass. 9 mei 1994, R.W. 1994-95, 1163 ; Cass. 2 December 2002, nr. S020060N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

Mits toekenning van de juiste waarde aan elk der parameters, in functie van de elementen eigen aan de zaak, diende volgens het hof, gezien de anciënniteit van geïntimeerde van 13 jaar en 5 maanden, (in dienst op 10 september 1990), haar leeftijd van 44 jaar en 8 maanden (geboren(...)), haar functie, en het in aanmerking te nemen en niet betwiste bruto jaarloon van 26.806,50 EUR, op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (9-10 februari 2004), rekening te worden gehouden met een (theoretische) opzeggingstermijn van 14 maanden.

De met dergelijke opzeggingstermijn overeenstemmende opzeggingsvergoeding bedraagt :

$26.806,50 \times 14/12 = 31.274,25$  EUR bruto.

De door appellante opzichers geïntimeerde geformuleerde vordering inzake de opzeggingsvergoeding is gegrond.

*V.c. Schadevergoeding Antidiscriminatiewet*

1.

Appellante stelt dat geïntimeerde zich, doordat zij appellante omwille van haar gezondheidstoestand ontslagen heeft, schuldig heeft gemaakt aan discriminatie in de zin 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' (B.S. 17 maart 2003) (hierna verder aangeduid als de Antidiscriminatiewet 2003).

Appellante vordert vanwege geïntimeerde de betaling van een forfaitaire schadevergoeding overeenstemmend met 6 maanden loon.

Geïntimeerde van haar kant stelt dat zij op geen enkele wijze blijk heeft gegeven van discriminatie ten aanzien van appellante, en dat het nodige werd gedaan om appellante, rekening houdend met de fysische gevolgen van het arbeidsongeval, terug tewerk te stellen maar dat appellante het werk niet verder aankon.

Geïntimeerde verzoekt om de afwijzing van de door appellante ingestelde vordering. Rekening houdend met alle beoordelingselementen is het hof van oordeel dat de desbetreffende vordering van appellante niet kan worden gehonoreerd.

Het hof licht deze beoordeling hierna verder toe

2.

De eerste rechters hebben in het vonnis a quo overwogen dat het onduidelijk is of appellante hier in het licht van de bepalingen van de antidiscriminatie- reglementering onder de definitie van "*persoon met een handicap*" thuishoorde, en hebben voorts verwezen naar het Arrest van het Europese Hof van Justitie d.d. 11 juli 2006 m.b.t. 'de zaak Chacon Navas'.

De eerste rechters hebben in dit verband terecht opgemerkt dat het Europese kader van belang is vermits de Europese richtlijnen, wat de arbeidsverhoudingen betreft, wellicht het belangrijkste instrument vormen voor de interpretatie van de Belgische wet, in ieder geval m.b.t. de discriminatiegronden die door de Europese richtlijnen worden beheerst (met verwijzing naar B. C., "Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn", Larcier, 2004, blz. 15-16, nr. 27).

Partijen hebben voor de eerste rechters in het kader van de daaromtrent door de arbeidsrechtbank bevolen heropening der debatten niet verder hun zienswijze daarover kunnen verduidelijken, gelet op het ondertussen tegen het vonnis a quo ingestelde hoger beroep.

Tijdens onderhavige beroepsprocedure bij dit arbeidshof huldigt geïntimeerde het standpunt dat er, beschouwd in het licht van de uitspraak die door het Europese Hof van Justitie in de zaak Chacon Navas gedaan werd, bij appellante niet zou gaan om een 'handicap' maar eerder om 'ziekte', hetgeen dan niet als discriminatiegrond in aanmerking zou genomen mogen worden.

Het hof deelt deze visie van appellante niet en is van oordeel dat er in hoofde van appellante, en getoetst aan de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak Chacon Navas, wet degelijk sprake was van een handicap.

Het hof verwijst hier ter ondersteuning van deze beoordeling naar de overwegingen die daaromtrent door het openbaar ministerie in onderhavige zaak in zijn schriftelijk advies worden kenbaar gemaakt, luidend als volgt (stuk 12 van het rechtsplegingdossier bij dit hof, schriftelijk advies openbaar ministerie, blz. 17 t/m 20)

**Principes:**

*Vooreerst dient benadrukt dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de definitief arbeidsongeschikte werknemer wegens overmacht (artikel 32,5' Arbeidsovereenkomsten) ook ressorteert onder het materiële toepassingsgebied van de antidiscriminatiewet.'*

*Het Europese antidiscriminatiewetrecht verwoord in de Richtlijn 2000/78 EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep heeft uitsluitend betrekking op de discriminatiegrond "handicap": Het Belgische federale antidiscriminatiewetrecht daarentegen hanteert, naast "handicap", ook de "huidige of toekomstige gezondheidstoestand" en de "fysieke of genetische eigenschap" als directe discriminatiegrond.*

*In het Vlaams Decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt zijn de discriminatiegronden volledige afgestemd op de Europese, zodat bijgevolg voortaan slechts de "handicap" in aanmerking komt voor de toepassing van dit decreet.*

*Artikel 2 van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 bepaalt onder meer:*  
*" §1. Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, rechtstreeks gebaseerd is op het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap.*

*§2. Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als zodanig een schadelijke weerslag heeft op personen op wie een van de in §1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd.*

*§3. Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de personen met een handicap vormt een discriminatie in de zin van deze wet.*

*Als een redelijke aanpassing wordt beschouwd de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen."*

*§4. Elke vorm van directe of indirecte discriminatie is verboden bij:*

- het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek;*
- de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, tot onbetaalde arbeid of als zelfstandigen met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van de bevorderingskansen, alsook de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en bezoldiging, zowel in de privé als in de overheidssector".*

*(...)*

*Wanneer de feiten van discriminatie bewezen zijn moet de werkgever aan de werknemer een vergoeding betalen die, naar keuze van de werknemer, gelijk is aan hetzij een forfaitair bedrag dat overeenstemt met het bruto loon voor zes maanden, hetzij aan de werkelijk door de werknemer geleden schade.*

*In laatstgenoemd geval moet de werknemer de omvang van de geleden schade bewijzen. (artikel 21, §4 en §5)*

*Hoe wordt het begrip "handicap" nu omschreven?'*

*In de zaak arrest -Chacón Navas word aan het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing over de na volgende vragen:*

*"1. Valt de situatie van een werkneemster die door haar onderneming is ontslagen om de enkele reden dat zij ziek was, onder de door de richtlijn 2000/78 verleende bescherming voor zover artikel 1 daarvan een algemeen kader instelt voor de bestrijding van discriminatie op grond van handicap?*

*2. Subsidiair en voor het geval dat zou worden aangenomen dat situaties niet vallen onder door richtlijn 200/78 verleende bescherming tegen discriminatie op grond van handicap, en indien de eerste vraag ontkennend zou worden beantwoord, kan ziekte dan worden beschouwd als een bijkomend persoonskenmerk, dat krachtens richtlijn 2000/78 geen grond voor discriminatie mag vormen?"*

*het Hof van Justitie verklaarde in het arrest van 11 juli 2006' voor recht:*

*" 1) Een persoon die uitsluitend wegens ziekte door zijn werkgever is ontslagen, valt niet binnen het algemene kader ter bestrijding van discriminatie op grond van handicap, dat is geschapen bij richtlijn 2000/78/EG van de raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.*

*2) Net in de artikelen 2, lid 1 en 3, sub c, van richtlijn 2000/78 vastgestelde verbod van discriminatie op grond van handicap op het gebied van ontslag verzet zich tegen een ontslag wegens een handicap dat, rekening houdend met de verplichting om in redelijke aanpassingen voor gehandicapten te voorzien, niet gerechtvaardigd wordt door het feit dat de betrokken persoon niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te oefenen.*

*3) Ziekte als zodanig kan niet worden beschouwd als een bijkomende discriminatiegrond naast de andere door richtlijn 2000/78 verbonden gronden." De slotsom van het arrest is zonneklaar: ziekte is zonder meer geen handicap. Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie gebiedt de 'nationale rechter immers het nationaal recht zoveel mogelijk te interpreteren in overeenstemming met de EG-richtlijnen die in dat recht uitvoering moeten krijgen, hebben gekregen en hadden moeten krijgen. ( de zogenoemde "richtlijnconforme interpretatie)'*

### **Toepassing:**

*Door partijen wordt niet betwist dat aan appellante ten gevolge van het arbeidsongeval waarvan zij het slachtoffer was op 24 december 2001 een blijvende arbeidsongeschiktheid van 25 % werd toegekend vanaf 24 december 2004 (consolidatiedatum).*

*Het is overduidelijk dat een blijvende arbeidsongeschiktheid van 25 % niet als een "ziekte" kan worden gedefinieerd, zoals geïntimeerde thans voorhoudt.*

*Geïntimeerde stelt dat zij niet op de hoogte was van het feit dat appellante "gehandicapt" was en dat appellante haar nooit in kennis heeft gesteld van een handicap. Dit is in flagrante tegenspraak met de beslissing genomen in de vergadering van 31 augustus 2004 waar het Bestuurscomité de blijvende invaliditeit van 25 % ter goedkeuring zal voorleggen aan de Raad van Bestuur*

*De arbeidsongeschiktheid van appellante is duidelijk geen ziekte maar een*

handicap zoals omschreven door het arrest Chacón Navas van 11 juli 2006, zodat de Europese Richtlijn 2000/78 EG en de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 van toepassing is.

V DE SAEDELEER en A. VAN REGENMORTEL, "De Gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en heel (gespannen) relatie tot het recht op arbeid en het non discriminatiebeginsel", in Actuele problemen van het Arbeidsrecht 7, Intersentia Antwerpen, 2005,

nr.96 en volgende, .nr.104,61.157.

2 Publicatieblad E. G.L303/16 van 2 december 2000.

3 Artikel 2,, '1 van de IVet van 2.5februari 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 (Staatsblad 17 maart 2003), thans opgeheven en vervangen door de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, Staatsblad 30 mei 2007, tweede editie, met inwerkingtreding op 9 juni 2007.

Decreet Vlaamse Raad. 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, gewijzigd door het Vlaams Decreet van 9 maart 2007, Staatsblad 6 april 2007, inwerkingtreding op 16 april 2007

J. HUM; "Begripsomschrijving van "handicap" en aanverwante termen in het antidiscriminatierecht.", „Soc. Kron.2009, 65-74.

6 R. W. 2007/2008, 965.; J.TT2006,337;

Al DE VOS, " Zieke is geen gehandicapte voor Hof van Justitie.", De Juristenkrant,nr135 van oktober 2006.

It. DE VOS, "De Bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak ? .9, in R. TV. 2006/2007,,332-336; J. HUYS, 1c. blz. 69-71.

A.RAHME, "Arbeidsverhouding en het discriminatieverbod 2003-2006, in Themis, Arbeidsrecht, nr.39, Academiejaar 2006-2007, die Keure, blz. 28 en 29.

Ai DE VOS, " De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhogingen" in De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk, Eds DE VOS en E.BREMS, Intersentia Antwerpen, 2004, blz. 71,nr.3.

Het hof sluit zich volledig bij deze zienswijze van het openbaar ministerie aan: de arbeidsongeschiktheid waardoor appellante getroffen was, was een "handicap" in de zin van de antidiscriminatie- reglementering en valt als zodanig wel degelijk onder het toepassingsgebied ervan.

De andersluidende argumentatie van geïntimeerde faalt en wordt verworpen.

3.

Rest er de vraag of er in hoofde van geïntimeerde sprake was van een discriminatoire handelwijze in de zin van bedoelde reglementering, toen geïntimeerde op basis van de gezondheidstoestand van appellante - haar handicap - overging tot de vaststelling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Volgens de bepalingen van de Antidiscriminatiewet 2003 is er sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling, gesteund op een van de vermelde discriminatiegronden, niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd.

Van indirecte discriminatie is er sprake wanneer een ogenschijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op

degene op wie de vermelde discriminatiegronden van toepassing zijn, tenzij die norm of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd (artikel 2, § 1 wet).

Artikel 2, § 3 van de Antidiscriminatiewet 2003 stelt voorts

*"Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap vormt een discriminatie in de zin van deze wet.*

*Als een redelijke aanpassing wordt beschouwd de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen"*

Hoe dit begrip moet worden ingevuld is niet geheel duidelijk.

Het moet uiteraard worden beoordeeld in functie van de concrete omstandigheden van de zaak.

Geïntimeerde heeft erop gewezen dat het werk in de wasserij, hetgeen dus tot het gebruikelijke takenpakket van appellante behoorde (zie hoger, sub V.b.6.) niet alleen strijkwerk omvatte, doch ook verschillende andere taken zoals het vullen van de wasmachines, het terug leeghalen van de wasmachines, het plooiën van het wasgoed, het verdelen van het wasgoed in mobiele linnenkasten, enzovoort.

Dit alles moet dan worden gekaderd in het gegeven dat de wasserij die door

Geïntimeerde werd uitgebaat als zodanig als een 'industriële' wasserij moet worden bestempeld, zodat het strijkwerk waarvan sprake als zodanig ook het 'industriële strijken' (het zogenaamde 'mangelen') betreft.

In dergelijk kader vereisen de verschillende door de daarbij betrokken werknemers uit te voeren handelingen een veelal rechtstaande activiteit.

In het kader van een dergelijke werkorganisatie en context is het niet evident voor de werkgever om maatregelen te treffen aangepast aan de blijvende arbeidsongeschiktheidstoestand (de handicap) van appellante, die kennelijk enkel nog in staat was om 'zittends(niet-staand) werk te verrichten.

Een totale reorganisatie van de wasserij- activiteiten in functie van de individuele situatie van appellante voor wie het fysiek niet meer mogelijk was om hierin, zoals voordien wel het geval was, via de gebruikelijke staande activiteiten te participeren, en de daaruit voortvloeiende negatieve gevolgen die daaruit zouden kunnen ontstaan voor onder meer de andere in de wasserij tewerkgestelde personeelsleden, komt het hof in redelijkheid niet verantwoord voor.

Het hof merkt op dat appellante wel heeft gesteld dat zij voordien ook reeds zittend werk zou hebben verricht, maar dat van dergelijke bewering als zodanig geen bewijzen voorliggen.

Het is niet omdat appellante zeer occasioneel bepaalde werkzaamheden zittend zou hebben uitgeoefend, dat het daarom binnen de organisatie van geïntimeerde als redelijk aanvaardbaar of haalbaar vermocht te worden ingeschat om appellante op permanente wijze een dergelijk takenpakket toe te vertrouwen.

4.

Specifiek op het vlak van de arbeidsbetrekkingen wordt bovendien in de Antidiscriminatiewet 2003 bepaald dat een verschil in behandeling op een objectieve en redelijke rechtvaardiging berust indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig is aan dat doel (artikel 2, § 5 van de Antidiscriminatiewet 2003).

Initieel aangeworven zijnde als schoonmaakster en vervolgens tewerkgesteld zijnde in de klaarblijkelijk op industriële wijze uitgebate wasserij- strijkerij van geïntimeerde, behelsde de desbetreffende functie van appellante in principe instand werk'.

Dit is een vereiste evenredig aan het legitieme doel, zijnde de deugdelijke uitvoering van bedoeld werk binnen de organisatiestructuur van geïntimeerde.

Het kunnen uitvoeren van staand werk gaat volgens het hof om een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste die bij de aanwerving van appellante voor de uitoefening van bedoelde functie van belang was.

Indien appellante niet in staat gebleken was tot het verrichten van staand werk, werk dat voor de voorziene job- inhoud vereist was, dan zou zij allicht door geïntimeerde initieel niet zijn aangeworven.

Naar het oordeel van het hof kan worden aanvaard dat het met langer voldoen aan deze 'wezenlijke beroepsvereiste (de mogelijkheid tot het verrichten van staand werk) ingevolge het intreden van een 'handicap' in de loop van bedoelde tewerkstelling van aard was om een ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te kunnen motiveren zonder dat er sprake was van een discriminatie van de getroffen werknemer, rekening houdend met het gegeven dat een redelijke en aanvaardbare aanpassing binnen de context en de werkorganisatie van de werkgever kennelijk niet tot de mogelijkheden bleek te behoren (vgl. BAYART C., "Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn", Larcier, 2004, nr. 670 ; DE SAEDELEER V. en VAN REGENMORTELA A., "De gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en haar (gespannen ?) relatie tot het recht op arbeid en het non-discriminatiebeginsel", in RIGAUX, HUMBLET en VAN LIMBERGHEN (eds.), "Actuele problemen van het arbeidsrecht 7", Antwerpen, Intersentia, 2005, biz. 158-162, nr. 105).

M.a.w.: de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door geïntimeerde vormt hier, gelet op het verlies bij appellante van de mogelijkheid tot uitoefening van het staand werk, hetgeen als beroepsvereiste bepalend was voor het werk waarvoor ze was aangeworven, geen discriminatoire handelwijze van geïntimeerde.



5.

Het hof wijst er bovendien op dat in artikel 19, § 3 van de Antidiscriminatiewet 2003 wel is bepaald dat de bewijslast - van het gegeven dat er geen discriminatie zou zijn - ten laste valt van degene die van discriminatie wordt beschuldigd, maar dat zulks dan enkel het geval is "wanneer het slachtoffer van de discriminatie -/- voor het bevoegde gerecht feiten, zoals statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie doen vermoeden".

Deze voorwaarde voor de omkering van de bewijslast is hier echter niet vervuld.

Geïntimeerde he namelijk onvoldoende feiten aangevoerd die het bestaan van een discriminatie doen vermoeden.

De verwijzing van appellante naar een brief van geïntimeerde van 19 maart 2004 waarin deze naar een interne beleidslijn van haar Raad van Bestuur van 10 november 2000 verwees, en waarbij vermeld werd dat de arbeidsovereenkomst van een door de arbeidsgeneesheer voor het overeengekomen werk arbeidsongeschikt bevonden personeelslid onmiddellijk (en zonder opzeggingstermijn en/of opzeggingsvergoeding) wegens overmacht omwille van definitieve ongeschiktheid beëindigd wordt (stuk 7 appellante), volstaat te dezen niet. Deze zienswijze van geïntimeerde kaderde in de tussen partijen op dat ogenblik gevoerde discussie (er was toen nog geen sprake van onderhavige procedure bij het arbeidsgerecht) over de ongeschiktheid van appellante als mogelijke beëindigingwijze van de arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht (zie hoger, sub V.b.), en schijnt enkel neer te komen op een interpretatieve implementatie door geïntimeerde van een in deze problematiek een maand eerder (op 2 oktober 2000, zie hoger, sub V.b.2.) door het Hof van Cassatie uitgesproken arrest.

Op dat ogenblik bestond overigens de Antidiscriminatiewet 2003 nog niet.

Anders dan appellante aanvoert, kan uit deze brief en de beleidslijn 1, waarnaar door geïntimeerde in deze briefwisseling verwezen werd, niet het bestaan van een discriminatoire handelwijze of houding van geïntimeerde worden afgeleid.

En evenmin is hier de situatie van artikel 21, §§ 1-2 van de Antidiscriminatiewet 2003, hetgeen in een eventuele omkering van de bewijslast in het nadeel van de ontslagverlenende werkgever voorziet, van toepassing.

Deze in deze wetsbepaling voorziene omkering van de bewijslast is van toepassing :  
- wanneer de werkgever de werknemer ontslaat die een klacht heeft ingediend wegens discriminatie bij de bevoegde sociale inspectie, of wanneer deze de arbeidsovereenkomst beëindigt nadat door de werknemer een rechtsvordering werd ingesteld met toepassing van de bepalingen van deze wet betreffende de promotiekansen, de arbeidsvoorwaarden met inbegrip van de ontslagvoorwaarden of van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden ;  
wanneer de werknemer door de werkgever wordt ontslagen of wanneer de werkgever eenzijdig de arbeidsvoorwaarden wijzigt binnen twaalf maanden volgend op het indienen van de klacht, of nadat een rechtsvordering werd ingesteld (zulks dan tot 3 maanden na bet in klacht van gewijsde gaan van de rechterlijke beslissing).

Geen van beide hypothesen doet zich hier voor.

Het is namelijk pas na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst dat appellante haar desbetreffende vordering, gesteund op een beweerde inbreuk van geïntimeerde op de Antidiscriminatiewet 2003, in rechte heeft geformuleerd.

De hierboven vermelde omkering van de bewijslast geldt slechts wanneer de werkgever wijzigingen (een ontslag of eenzijdige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden) zou doorvoeren nadat de werknemer klacht indiende of nadat hij daaromtrent een vordering bij het gerecht aanhangig heeft gemaakt, hetgeen hier met het geval was: er was eerst het ontslag (of de handeling houdende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zie hoger sub V.b. ), en pas daaropvolgend werd er door de werknemer een rechtsvordering ingesteld.

Nu de wettelijke voorwaarden voor de omkering van de bewijslast ten nadele van de van discriminatie beschuldigde partij niet vervuld blijken to zijn, impliceert zulks dat de bewijslast van de inbreuk op de Antidiscriminatiewet 2003 die appellante aan geïntimeerde verwijt, hier concreet en primordiaal bij appellante berust, zulks in toepassing van de gewone 'gemeenrechtelijke' bewijsregels.

Het simpelweg aanvoeren of poneren door appellante van haar ongeschiktheidstoestand en de hiermee in verband staande beëindiging van de arbeidsovereenkomst door geïntimeerde, en de aanvoering dat geïntimeerde dan zou moeten aantonen dat er geen sprake is van een discriminatie, voldoet in dit opzicht dus niet.

In het kader van de op haar rustende bewijslast zou appellante als zodanig concreet moeten aantonen dat de uitsluitinggronden van artikel 2, §§ 2-3 van de Antidiscriminatiewet 2003, en rekening houdend met de bepalingen van artikel 2, § 5 van de Antidiscriminatiewet 2003, niet van toepassing waren, en dat er zodoende wet degelijk sprake was van een mogelijk aan geïntimeerde verwijtbaar discriminatoir gedrag.

Een en ander komt het hot echter niet bewezen voor (zie hiervoren, sub V.-(2. 3-4).

Kortom :

Het hof acht het bestaan niet bewezen van de door appellante aan geïntimeerde verweten discriminatie, zodat er evenmin aanleiding bestaat voor de eventuele toekenning van de door artikel 21,04-) § 5 van de Antidiscriminatiewet 2003 voorziene schadevergoeding.

De andersluidende argumentatie van appellante faalt en wordt door het hof niet gevolgd.

De desbetreffende vordering van appellante is ongegrond.

In zoverre ze in de hogervermelde overwegingen niet reeds beantwoord werden, zijn de eventueel resterende andersluidende argumenten van partijen niet van aard om afbreuk te doen aan de door het hof toegepaste beoordeling; het hof laat ze voorts als niet dienend buiten beschouwing.

-o0o

## **OP DIE GRONDEN,**

Het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, tweede kamer.

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

Gehoord het Openbaar Ministerie in zijn naar de conclusie toe beschouwd eensluidend schriftelijke advies waarvan door de heer advocaat-generaal R. NELISSEN voorlezing werd gegeven op de openbare terechtzitting van 24 maart 2009.

Na beraadslaging, recht doende op tegenspraak.

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en in de hierna bepaalde mate gegrond, Het bestreden vonnis van de arbeidsrechtbank van Hasselt d.d. 16 oktober 2006 hervormend in de mate dat erdoor anders over werd geoordeeld, en in het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep definitief ten gronde uitspraak verlenend over de door appellante opzichters geïntimeerde ingestelde vorderingen,

Verklaart de door appellante opzichters geïntimeerde ingestelde vordering tot het bekomen van een opzeggingsvergoeding gegrond.

Veroordeelt dienvolgens geïntimeerde tot de betaling aan appellante van 31.274,25 EUR bruto ten titel van opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de wettelijke verwijlintresten vanaf 10 februari 2004 en met de gerechtelijke intresten vanaf de datum van dagvaarding, deze intresten aanrekenbaar zijnde op het netto- bedrag dat overblijft nadat op het vermelde bruto- bedrag de verplicht in te houden sociale en fiscale voorheffingen in mindering werden gebracht.

Verklaart de door appellante opzichters geïntimeerde ingestelde vordering tot het bekomen van een schadevergoeding uit hoofde van aan geïntimeerde verweten inbreuken op de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 ongegrond.

Wijst partijen af van het meer- of anders gevorderde.

Slaat in toepassing van artikel 1017, lid 4 Ger.W. de gerechtskosten om en :

- veroordeelt appellante tot 1/4 van de gerechtskosten ;
- veroordeelt geïntimeerde tot 3/4 van de gerechtskosten.

Vereffent deze kosten voor de procedure bij de arbeidsrechtbank als volgt:

- aan de zijde van appellante op 134,60 EUR dagvaardingskosten en 218,64 EUR rechtsplegingvergoeding,
- aan de zijde van geïntimeerde op 218,64 EUR rechtsplegingvergoeding;

Vereffent deze kosten voor de beroepsprocedure bij dit arbeidshof als volgt: - aan de zijde van appellante op 2.500 EUR rechtsplegingvergoeding,

- aan de zijde van geïntimeerde op 2.500 EUR rechtsplegingvergoeding;

Aldus gewezen door:

de heer P. CEUPPENS, raadsheer, voorzitter van de kamer,

de heer J. VANDEN BOER, raadsheer in sociale zaken, werkgever,

de heer J. VANHOUT, raadsheer in sociale zaken, werknemer- bediende,

bijgestaan door mevrouw N. VANHEES, giffier,

en uitgesproken door voormelde voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, zitting houdend te Hasselt in de openbare terechtzitting van twaalf mei tweeduizend en negen