

A.R.nr. 14/1115/A

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN VAN 26 FEBRUARI 2015

INZAKE :

H. S.,
wonende te 2640-Mortsel, (...)

EISENDE PARTIJ, vertegenwoordigd door Dhr. C. Q., gevolmachtigd afgevaardigde van een representatieve werknemersorganisatie, 2000-Antwerpen, (...).

tegen:

NV B.,
KBO nr.(...), met maatschappelijke zetel te 2030-Antwerpen, (...)

VERWERENDE PARTIJ, vertegenwoordigd door Mr. S. B. en loco Mr. T. D., advocaten, 2018-Antwerpen, (...).

VERLEENT DE RECHTBANK HET VOLGENDE VONNIS:

Gezien de stukken van het geding, gevoegd bij het dossier van de rechtspleging en nader omschreven op de inventaris ervan.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik van de talen in gerechtszaken, gewijzigd door de Wet van 10 oktober 1967, houdende het Gerechtelijk Wetboek.

Het debat werd voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking overeenkomstig art.734 Ger.W., doch partijen zijn niet tot verzoening gekomen.

Gehoord partijen in hun middelen en gezegden ter openbare terechtzitting van 27 november 2014.

Gelet op het schriftelijk advies neergelegd ter griffie op 8 januari 2015 van mevrouw K. V. K., substituut-arbeidsauditeur.

Gelet op de schriftelijke repliek van eisende partij, ter griffie neergelegd op 29 januari 2015.

Recht doende op de stukken die zich in het dossier bevinden.

1. Voorwerp van de vordering

De vordering, zoals gesteld door eisende partij (hierna de heer H.) bij dagvaarding en nadien uitgebreid bij aanvullende en hernemende conclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen op 25 september 2014 strekt ertoe verwerende partij (hierna de NV) te horen veroordelen tot

- 1.049,86 euro netto ten onrechte ingehouden op de verbrekingsvergoeding;
- 18.878,66 euro bruto schadevergoeding willekeurig ontslag;
- 9.439,33 euro bruto schadevergoeding schending Antidiscriminatiewet;
- 679,61 euro bruto schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon 1ste en 2de kwartaal 2013;

bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten en de kosten van het geding.

Daarnaast vraagt de heer H. om de NV te veroordelen

- tot afgifte van de volgende sociale documenten: een loonfiche, een fiscale steekkaart 281.10 en een individuele rekening met betrekking tot de gevorderde bedragen;
- tot afgifte van de prestatieverslagen 2008 tot en met 2012;

dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging per sociaal document en per prestatieverslag vanaf één maand na de betekening van het te vellen vonnis met een maximum van 2.000 euro.

Bij syntheseconclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen op 24 oktober 2014 stelt de NV een tegeneis in tot terugbetaling van 1.049,86 euro wegens onverschuldigde betaling, minstens dient schuldvergelijking toegepast te worden.

2. De feiten

De heer H. was tewerkgesteld als arbeider (autobuschauffeur) bij de NV gedurende de periode van 10 oktober 2005 tot en met 6 september 2013 (stuk 1 dossier NV).

Door een arbeidsongeval was de heer H. afwezig van 6 juni 2013 tot en met 4 september 2013.

De heer H. hervatte het werk op donderdag 5 september 2013.

De dag nadien, op 6 september 2013, heeft de NV de arbeidsovereenkomst van de heer H. met onmiddellijke ingang beëindigd, met betaling van een opzeggingsvergoeding.

Het ontslag werd aan de heer H. mondeling meegedeeld op 6 september 2013 en nog dezelfde dag bevestigd per aangetekend schrijven (stuk 4 dossier NV).

De heer H. verstuurde dezelfde avond nog een medisch attest naar de NV waarin hij arbeidsongeschikt werd verklaard voor de periode van 6 september 2013 tot en met 31 oktober 2013.

Nadat de heer H. had gevraagd om de ontslagreden kenbaar te maken bij aangetekend schrijven van 8 september 2013 (stuk 7 dossier H.) kreeg de heer H. het volgende antwoord van de NV per brief van 11 oktober 2013 (stuk 6 dossier NV):

"Als antwoord op uw in rand vermeld schrijven — gedateerd op 08 september 2013, maar ontvangen op 9 oktober 2013 — kan ik u volgende aanvullingen en elementen van antwoord aanreiken.

Na uw afwezigheid van 6 juni 2013 tot en met 4 september 2013 heeft u op donderdag 5 september 2013 het werk hervat.

Op vrijdag 6 september heeft u zich aangemeld voor het uitvoeren van dienst 31. Ik heb u 's morgens om 5u45 meegedeeld onze samenwerking stop te zetten en de arbeidsovereenkomst te verbreken. U heeft geen prestaties meer moeten leveren en een kopie van de ontslagbrief werd u overhandigd. 's Avonds om 20.14u heeft u via mail een doktersattest aan onze toezichters overgemaakt. Op dat moment was onze samenwerking reeds verbroken.

(...)

Wat betreft de motivering van uw ontslag, merken wij verder het volgende op. Zoals u mondeling ook toegelicht op 6 september is er geen wederzijds vertrouwen in een verdere samenwerking. In ons gesprek van 22 maart 2013 heb ik u reeds duidelijk gemaakt dat ik twijfelde of u zich in onze organisatie en in uw job kon aarden.

Naar uitvoering van uw opdrachten als chauffeur werd u in 2010 via een eerste schriftelijke verwittiging verwezen naar het hoge aantal klantenreacties. In het voorjaar van 2013, zijnde net voor uw arbeidsongeval dd. 6 juni 2013 en uw ononderbroken arbeidsongeschiktheid tot 5 september 2013, werden op uw naam opnieuw diverse klachten ontvangen. Deze klachten handelen oa. over GSM-gebruik achter het stuur, het achterlaten van het voertuig en klantvriendelijke bediening. Deze klachten werden u ter antwoord bezorgd via uw chauffeurskastje en een tweede maal via onze toezichters.

Daarnaast stel ik uw blijvende argwaan naar onze onderneming vast dewelke het vertrouwen verder ondermijnt. Als recentste voorbeeld verwijst ik naar uw vraag om de voor u bestemde post in de zomer van 2013 apart te houden en u te bezorgen. Onze medewerkers hebben dit plichtsbewust gedaan en wensten u deze post persoonlijk te overhandigen. U heeft echter geweigerd de post te aanvaarden.

Integendeel, uw berichten hadden uitsluitend nog betrekking op de naam van de medewerker die de brief zou hebben geopend (nadat u meermaals geweigerd had om deze op te halen) en diens mogelijke intenties. U ging er duidelijk van uit dat de collega's dit met kwade bedoelingen hadden gedaan, terwijl zij u enkel wilden assisteren om in het bezit te komen van de bewuste brief (aard, afzender, concrete situatie waarop deze betrekking had) en het feit dat u deze verwachtte. De inspanningen van de collega's konden echter spijtig genoeg niet op uw waardering rekenen, maar enkel op wantrouwen.

Aanvullend verwijs ik ook naar uw afwezigheidspatroon in 2011, 2012 en de aanzet tot herhaling in 2013. Hierbij zijn afwezigheden die hun oorzaak vinden in het werk en die klaarblijkelijk een grote fysische en psychische impact hebben. Deze systematische afwezigheden lopen op tot ca. 75% van uw prestaties op jaarbasis en hebben dan ook een duidelijke, directe en nefaste invloed op onze bedrijfsorganisatie."

Vermits de NV niet onmiddellijk overging tot betaling van een verbrekingsvergoeding en er onduidelijkheid bestond omtrent zijn gepresteerde uren en ontslagmotieven stelde de heer H. de NV met verschillende brieven in gebreke.

Een deel van de verbrekingsvergoeding werd door de NV betaald.

Ondanks de verdere briefwisseling tussen partijen bleven zij op hun standpunt, zodat de heer H. overging tot dagvaarding van de NV op 21 februari 2014.

3. Beoordeling

HOOFDEIS

3.1 Inhouding op de verbrekingsvergoeding

De heer H. vordert een bedrag van 1.049,86 euro netto dat ingehouden werd op de verbrekingsvergoeding. De NV werd hiervoor door de heer H. in gebreke gesteld bij aangetekende brieven van 30 oktober 2013 en 23 december 2013 (stukken 11 en 13 dossier H.).

Volgens de NV werd de inhouding terecht uitgevoerd en was zij hiertoe verplicht door het ziekenfonds en de arbeidsongevallenverzekeraar omdat de heer H. een dubbele betaling had genoten tijdens zijn arbeidsongeschiktheid gedurende de periode juni — september 2013. De NV beroept zich hiervoor op de artikelen 136 § 2 van de Gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering van 14 juli 1994, in samenlezing met artikel 22 en 35 van de Arbeidsongevallenwet waarbij het ziekenfonds gerechtigd is om onterecht betaalde sommen terug te vorderen bij de arbeidsongevallenverzekeraar, die deze sommen op zijn beurt bij de werkgever en de werknemer dient terug te vorderen.

De Rechtbank oordeelt als volgt:

Artikel 23 van de Loonbeschermingswet bepaalt op limitatieve wijze welke inhoudingen mogen gebeuren op het loon van de werknemer:

"Op het loon van de werknemer mogen alleen in mindering worden gebracht:

1° de inhoudingen krachtens de belastingswetgeving, de wetgeving op de sociale zekerheid en krachtens particuliere of collectieve overeenkomsten betreffende bijkomende voordelen inzake sociale zekerheid;

2° de krachtens het werkplaatsreglement opgelegde geldboeten;

3° de vergoedingen en schadeloosstellingen, verschuldigd ter uitvoering van artikel 18 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, en van artikel 24 van de wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen en van artikel 5 van de wet van 10 februari 2003 betreffende de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen;

4° de voorschotten in geld verstrekt door de werkgever;

5° de gestelde borg voor het nakomen der verplichtingen van de werknemer."

Gelet op het gegeven dat deze bepaling van dwingend recht is, kunnen partijen hiervan niet afwijken (zie ook Cass. 10 maart 1980, TSR 1980, 356).

De in het artikel 23 van de Loonbeschermingswet bepaalde inhoudingen zijn dus limitatief opgesomd zodat de NV ten onrechte een inhouding deed op de verbrekingsvergoeding.

De heer H. heeft bijgevolg recht op een bedrag van 1.049,86 euro netto die onterecht werd ingehouden op de verbrekingsvergoeding.

3.2 Willekeurig ontslag

Onder willekeurig ontslag wordt verstaan "het ontslag van een werkmán die is aangeworven voor een 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" (art. 63, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet).

Art. 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet verleent een finaliteit aan het ontslagrecht dat moet gesteund zijn op een reden die verband houdt met de persoon van de werknemer, het gedrag van de werknemer of het belang van de onderneming. Het ontslag wordt daardoor een doelgebonden bevoegdheid. De werkgever moet aantonen dat het ontslag 'normaal' werd gebruikt (cfr. D. C., Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag, Larcier, Gent, 2002, 59).

Het komt de rechtbank niet toe de opportuniteit van het ontslag van de werkgever te beoordelen (K. S., De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht, Brugge, Die Keure, 2004, p. 98). De rechtbank heeft slechts een marginaal toetsingsrecht ten aanzien van de beleidsbeslissingen van de werkgever en kan slechts nagaan of de genomen maatregelen al dan niet kennelijk kunnen worden verantwoord door de aangevoerde redenen (Arbh. Antwerpen, afdeling Antwerpen 27 juni 2005, onuitgegeven, AR 2040692).

De regeling van willekeurig ontslag houdt het verbod in van kennelijk onredelijk ontslag. Een ontslag om een motief dat in verband staat met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer, is toch willekeurig wanneer dat motief kennelijk onredelijk is. De rechter moet dus nagaan of het gedrag of de geschiktheid van de werkmans een legitieme ontslagreden vormt (cfr. Cass. 22 november 2010, AR S.09.0092.N, www.juridat.be; Cass. 29 september 2010, S.09.0088.F, www.juridat.be).

Bij betwisting dient de werkgever het bewijs te leveren van de ingeroepen redenen, meer bepaald van het feit dat deze verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de arbeider of berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming (art. 63, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet).

Met vermelding van hoger vermelde principes ligt de bewijslast bij de werkgever.

De NV stelt dat de heer H. werd ontslagen als gevolg van de noodwendigheden van de onderneming (overmatige afwezigheden) in combinatie met het gedrag van de heer H. (klachten van reizigers en argwaan ten opzichte van de onderneming en zijn collega's).

De heer H. werd tewerkgesteld voor de NV die collectief werknemers- vervoer, school- en leerlingenvervoer alsook openbaar vervoer verzorgt. Voor het uitvoeren van deze laatste opdracht fungeert de NV als onderaannemer voor D. L.. De heer H. was een lijnchauffeur (rijdende voor D. L. maar met de NV als feitelijke werkgeefster).

De Rechtbank onderzoekt of er sprake is van een willekeurig ontslag.

1. Klachten van reizigers

Volgens de NV ontving zij herhaaldelijk klachten omtrent het functioneren van de heer H..

De NV verwijst naar de schriftelijke verwittiging van 15 november 2010 waarin de NV stelt in een periode van 2,5 maanden 6 klachten ontvangen te hebben (niet stoppen aan haltes, gsm'en achter het stuur)(stuk 15 dossier NV). Net zoals de heer H. is de Rechtbank van oordeel dat met deze ingebrekestelling geen rekening gehouden mag worden omdat niet is aangetoond dat de heer H. deze ontving. De NV voert overigens geen verweer op het argument van de heer H. dat deze verwittigingsbrief naar het oud adres werd gestuurd.

Naast deze verwittiging worden door de NV een aantal andere klachten voorgelegd (stuk 12 dossier NV):

- bus onbemand achterlaten om pillen te halen in de apotheker (15 maart 2013) ;
- niet stoppen aan een halte (15 maart 2013);
- met gsm sms'en sturen achter het stuur (2 april 2013).

De heer H. ontkent deze klachten ontvangen te hebben en wijst er op dat deze informatie niet als 100% sluitend beschouwd kan worden en vaak subjectief gekleurd

is door de reizigers. De heer H. oppert dat deze klachten niet terug te vinden waren in zijn persoonlijk dossier en er geen melding van gemaakt werd aan hem.

De Rechtbank kan zich deels aansluiten bij de argumentatie van de heer H. dat klachten vaak de veruitwendiging zijn van een subjectief aanvoelen van de reiziger. Dit neemt niet weg dat de NV via D. L. op een korte tijdspanne 3 klachten mocht ontvangen waarvan de inhoud door de heer H. niet op overtuigende wijze wordt weerlegd of ontkracht. In deze klachten wordt overigens duidelijk aangegeven over welke lijn en voertuig het ging en wanneer het voorval zich voordeed zodat het voor de NV mogelijk was om de betrokken chauffeur te identificeren. Ten overvloede merkt de Rechtbank op dat uit het stuk 20 van de heer H. afgeleid kan worden dat er nog minstens twee andere klachten waren, het ontvangst van deze klachten wordt niet betwist door de heer H. doch deze stelt dat deze niet stroken met zijn rijstijl.

Het gegeven dat deze 3 klachtenreacties van maart en april 2013 niet terug te vinden zijn in het persoonlijk dossier van de heer H. of dat deze via D. L. aan zijn werkgever in de eerste plaats werden gericht, kadert de Rechtbank in de zeer specifieke situatie waarbij de NV onderaannemer is van D. L. en ontnemt aan deze klachten geenszins hun ernst en betekenis.

De Rechtbank acht het bijgevolg bewezen dat er klachten waren omtrent het functioneren als chauffeur van de heer H..

2. Argwaan ten opzichte van zijn collega's en de NV

De NV voert aan dat de heer H. argwaan koestert ten aanzien van zijn collega's en de NV.

De NV stelt dat de heer H. op overdreven wijze reageerde nadat post, die voor hem bestemd was, per ongeluk werd geopend.

Uit het feitenrelaas en uit de gevoerde emailcorrespondentie tussen 4 juli 2013 en 2 augustus 2013 omtrent de geopende briefwisseling kan de Rechtbank niet anders afleiden dan dat de heer H. bijzonder wantrouwig was ten aanzien van de NV en zijn eigen collega's. De werkgever reageerde op het wantrouwen van de heer H. dat hij voor zijn eigen gemoedsrust een andere oplossing diende te zoeken (mailbericht van 15 juli 2013, stuk 3 dossier H.).

Niet alleen liet de heer H. ongevraagd persoonlijke post naar zijn werkgever sturen waarbij de werkgever terecht de oplossing suggereerde van een postbus, bovendien is de houding van de heer H. die tot uiting komt in de gevoerde e-mailcorrespondentie buitensporig rekening houdende met de omstandigheden en geenszins getuigend van een normale en gemiddelde reactie. Door op zulke wijze te reageren, uit de heer H. zijn manifest gebrek aan vertrouwen in zijn collega's en de NV, hetgeen de werksituatie tussen alle betrokken partijen zonder twijfel bemoeilijkte.

De Rechtbank is van oordeel dat de werkgever op voldoende wijze kan aantonen dat het ontslag verband houdt met het gedrag (klachten en argwanende houding) van de heer H.. De door de werkgever ingeroepen ontslagmotieven zijn niet kennelijk onredelijk.

Gelet op het voorgaande dient niet meer onderzocht te worden of het ontslag verband houdt met de noodwendigheden van de onderneming.

De vordering wegens willekeurig ontslag is ongegrond.

3.3 Antidiscriminatiewet

De heer H. stelt dat het ontslag gestoeld is op zijn afwezigheden ten gevolge van zijn gezondheidstoestand en hij aldus gediscrimineerd werd.

Op grond van artikel 18 §2, 2° van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS, 30 mei 2007 (tweede uitg.), add., BS 5 juni 2007 (eerste uitg.), hierna Antidiscriminatiewet) vordert de heer H. een schadevergoeding gelijk aan 3 maanden loon, hetzij 9.439,33 euro.

3.3.1 Principes

Met de Antidiscriminatiewet creëerde de wetgever een algemeen kader om discriminatie op grond van bepaalde beschermde criteria te bestrijden. In totaal zijn er 13 beschermde criteria. Het criterium huidige of toekomstige gezondheidstoestand vormt het voorwerp van onderhavige discussie (artikel 3 Antidiscriminatiewet).

De wet is van toepassing op arbeidsbetrekkingen en dient ook gerespecteerd te worden bij het einde van de arbeidsrelatie :

"3° de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:

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

In de wet wordt een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie (artikel 5 Antidiscriminatiewet):

Directe discriminatie is direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden. Onder direct onderscheid wordt verstaan de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria. Wanneer een direct onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, is het geen discriminatie (artikel 7 Antidiscriminatiewet).

Indirecte discriminatie is indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden. Onder indirect onderscheid wordt verstaan de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen. Een indirect onderscheid kan objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel wanneer de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 9 Antidiscriminatiewet).

In geval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen. Het slachtoffer kan kiezen tussen een forfaitaire vergoeding of een vergoeding van de werkelijk geleden schade.

In het kader van arbeidsbetrekkingen is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan 6 maanden het brutoloon, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn, in welk geval de schadevergoeding beperkt wordt tot 3 maanden het brutoloon.

Van belang is vooral dat de Antidiscriminatiewet in artikel 28 een omkering van de bewijslast voorziet wanneer het slachtoffer feiten aanvoert die discriminatie kunnen doen vermoeden:

"§1 Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§2 Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§3 Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of

2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt."

3.3.2 Toepassing

De partijen zijn het erover eens dat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer in de zin van artikel 31 van de Arbeidsovereenkomstenwet onder het begrip "huidige gezondheidstoestand" valt. Bij de invoering van het criterium "huidige of toekomstige gezondheidstoestand" had de wetgever deze situatie wel niet uitdrukkelijk als verantwoording aangegeven, maar had hij hoofdzakelijk de bescherming tegen genetische testen voor ogen.

Uit het gebruik van de term "kunnen doen vermoeden" (artikel 28 §2 en § 3 Antidiscriminatiewet) blijkt dat er geen zekerheid over het gemaakte onderscheid moet bestaan. Wel moeten er objectieve elementen zijn die wijzen op minstens een verschillende behandeling. Pas dan kan de bewijslast naar de NV verschuiven (zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VR1ELINK, Handboek Discriminatierecht, Mechelen, Kluwer, 2005, 546, nr. 1382). De heer H. dient voldoende pertinente en stevige aanwijzingen van discriminatie voor te leggen (zie P. TAELEMAN, "Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie", in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk, Antwerpen, Intersentia, 2004, (203) 251, nr. 55).

De heer H. voert aan dat de NV strenger, en bijgevolg discriminatoir, ten aanzien van hem is opgetreden omwille van zijn afwezigheden wegens zijn gezondheidstoestand dan tegenover andere collega's door hem namelijk bij hervatting van zijn arbeid meteen te ontslagen. De heer H. stelt dat zijn afwezigheidsbeeld geenszins als abnormaal dient bestempeld te worden, aangezien 16% van zijn collega's veelvuldig langdurig wegens ziekte afwezig zijn, doch nog wel steeds in dienst zijn.

De NV van haar kant betwist dat de heer H. werd ontslagen omwille van zijn gezondheidstoestand, maar stelt dat het ontslag het gevolg is van de impact van de veelvuldige afwezigheden van de heer H. op de bedrijfsorganisatie. Daarnaast stelt zij dat ook de vele klantenreacties over het gedrag van de heer H. en het wantrouwen van de heer H. ten aanzien van de NV en de collega's mee aan de basis van het ontslag lagen.

Tot slot stelt de NV dat haar houding ten aanzien van de heer H. niet anders is dan ten aanzien van andere collega's in een vergelijkbare situatie.

Net zoals de Arbeidsauditeur is de Rechtbank van oordeel dat op basis van de feiten en de stukken van het dossier niet kan vastgesteld worden dat de gezondheidstoestand van de heer H. het motief was voor de NV om tot ontslag over te gaan.

In het antwoord van de werkgever op de vraag van de heer H. omtrent de ontslagmotieven verwijst de NV in de eerste plaats naar het hoge aantal klantenreacties (en dus klachten die over de heer H. werden ontvangen) én de argwaan die de heer H. koestert ten opzichte van de onderneming en zijn collega's (het voorval van de post die voor de heer H. apart gehouden diende te worden). Aanvullend verwijst de NV naar het afwezigheidspatroon waarbij deze afwezigheden volgens de NV een duidelijke, directe en nefaste invloed hebben op de bedrijfsorganisatie (stuk 6 dossier NV).

1. De werkgever verwijst naar het gebrek aan wederzijds vertrouwen voor een verdere samenwerking.

Hoger (zie punt 3.2 willekeurig ontslag) werd reeds geoordeeld dat de Rechtbank het bewezen achtte dat er klachten over de heer H. waren omtrent het niet stoppen aan een halte, gsm-gebruik achter het stuur, het onbemand achterlaten van de bus om langs de apotheker te gaan.

Ook uit de gevoerde emailcorrespondentie tussen 4 juli 2013 en 2 augustus 2013 omtrent de geopende briefwisseling kan de Rechtbank niet anders afleiden dat de heer H. bijzonder wantrouwig is ten aanzien van de NV en zijn eigen collega's. De werkgever reageerde op het wantrouwen van de heer H. dat hij voor zijn eigen gemoedsrust een andere oplossing diende te zoeken (mailbericht van 15 juli 2013, stuk 3 dossier H.).

De Rechtbank is bijgevolg van oordeel dat de heer H. niet aantoont dat diens gezondheidstoestand het ontslagmotief was.

2. De nefaste invloed van de veelvuldige afwezigheden op de bedrijfsorganisatie.

De Rechtbank merkt op dat de NV niet verwijst naar de gezondheidstoestand als ontslagmotief doch wel naar de afwezigheden die een directe invloed hebben op de bedrijfsorganisatie (stuk 6 dossier NV):

"Aanvullend verwijs ik ook naar uw afwezigheidspatroon in 2011, 2012 en de aanzet tot herhaling in 2013. Hierbij zijn afwezigheden die hun oorzaak vinden in het werk en die klaarblijkelijk een grote fysische en psychische impact hebben. Deze systematische afwezigheden lopen op tot ca. 75% van uw prestaties op jaarbasis en hebben dan ook een duidelijke, directe en nefaste invloed op onze bedrijfsorganisatie."

De NV geeft een overzicht van deze afwezigheden in 2011, 2012 en 2013 die door de Arbeidsauditeur overzichtelijk worden opgelijst (stuk 13 dossier NV):

2011:

9 en 10 maart = 2 dagen

van 14 tot en met 18 maart = 5 dagen

van 11 mei tot en met 30 september = 5 maanden en 20 dagen

van 9 oktober tot en met 11 december = 2 maanden en 2 dagen

2012:

20, 21 en 22 februari = 3 dagen

van 9 maart tot en met 15 mei = 2 maanden en 6 dagen

6 juni = 1 dag

van 1 juli tot en met 30 november = 5 maanden

2013:

van 20 maart tot en met 31 maart = 11 dagen

25 en 26 april = 2 dagen

van 6 juni tot en met 4 september = 3 maanden

Inzake de noodwendigheden van de onderneming kan het ontslag een geldige reden vinden in het belang van de onderneming. De Rechtbank is zich ervan bewust dat "het

belang van de onderneming" een vrij vage notie is doch gelet op deze herhaaldelijke afwezigheden — gedurende reeds een aantal jaren — staat het voor de Rechtbank vast dat de bedrijfsorganisatie van de NV, met name de planning van de busritten, bemoeilijkt werd. Het is evident dat het voor een onderneming eenvoudiger is om een langdurige afwezigheid op te vangen dan verschillende herhaaldelijke (korte en lange) afwezigheden die onderbroken zijn. In de aanvullende en hernemende syntheseconclusie van de heer H. wordt door de heer H. overigens zelf toegegeven dat deze afwezigheden ongemakken veroorzaken voor de werkgever.

In zijn repliek op het advies van de arbeidsauditeur haalt de heer H. aan dat de afwezigheden in het verleden geen probleem vormden voor de NV en dat er binnen de onderneming een systeem bestond om afwezigheden op te vangen. De NV toont volgens de heer H. geen noodwendigheden aan en voor de beoordeling van deze noodwendigheden dient men zich te stellen op het ogenblik van het ontslag zodat dit begrip niet te rijmen valt met de vaststelling dat de NV terug over de heer H. ten volle kon beschikken omdat hij het werk hervat had.

Deze argumenten kunnen niet bijgetreden worden.

Vooreerst vertrekt de heer H. voor zijn stelling inzake de noodwendigheden ten onrechte vanuit de premisse dat hij louter en alleen werd ontslagen omwille van zijn gezondheidstoestand. Het staat voor de Rechtbank vast dat de heer H. ook ontslagen werd omwille van zijn argwaan tegenover zijn collega's en de NV enerzijds en de verschillende klantenreacties anderzijds. Het besluit dat door de werkhervatting er geen noodwendigheid meer voor de onderneming kon zijn, is zondermeer foutief omdat het ontslag onlosmakelijk verbonden is met de andere door de NV aangehaalde - en door de Rechtbank bijgetreden - motieven die voor de beoordeling van het ontslag als één geheel aanzien moeten worden.

Daarnaast neemt het bestaan van een cascadesysteem voor de vervanging van zieke werknemers binnen de NV - zoals geschetst door de heer H. in conclusies - niet weg dat zulk een systeem enkel tot doel kan hebben om te voorzien in de vervanging van kortstondige afwezigheden. Uit het overzicht van de afwezigheden leidt de Rechtbank af dat de heer H. veelvuldig afwezig was en dit gedurende verscheidene korte en lange tijdspannes die niet ononderbroken zijn. Het spreekt voor zich dat deze afwezigheden onmiskenbaar een invloed hadden op de organisatie van de busritten van de NV (en het cascadesysteem op zich) waarbij niet uit het oog kan worden verloren dat een vervangingssysteem enkel tot doel heeft het hoofd te bieden aan uitzonderlijke situaties.

3. In zijn repliek op het advies geeft de heer H. een aantal theoretische beschouwingen om een toetsing van objectieve en redelijke rechtvaardiging te voeren in het kader van de Antidiscriminatiewet (zgn. Bilka-test) op basis waarvan de heer H. stelt dat de NV nalaat om aan te tonen dat het ontslag pertinent en noodzakelijk was.

De Rechtbank stelt vast dat de heer H. zich beroept op een "directe discriminatie" terwijl de zogenaamde Bilka-test en het 3-stappenmodel in de parlementaire voorbereidingswerken waarnaar hij verwijst beiden een rechtvaardigingstoets zijn voor werkgevers inzake "indirecte discriminatie".

Een verschil in behandeling (directe discriminatie) kan slechts worden vastgesteld door het doorvoeren van een vergelijking met andere personen. Via deze vergelijking wordt nagegaan hoe de behandeling van een persoon, drager van een welbepaald criterium, zich verhoudt ten aanzien van de behandeling van een andere persoon die geen drager is van dit beschermd criterium (C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C.BAYART, S.SOTTIAUX en S.VAN DROOGHENBROECK (eds)., De nieuwe federale antidiscriminatiewetten, Brugge, die Keure, 2008, 188).

Voor de beoordeling van discriminatie hanteert de Rechtbank een toetsingsmodel dat verloopt in twee fases. De eerste fase is de toetsingsingang, de tweede fase de rechtvaardigingstoets (zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, Handboek Discriminatierecht, Mechelen, Kluwer, 2005, 7, nrs. 2 le.v.).

Bij de toetsingsingang wordt door de Rechtbank de benadelingstoets gehanteerd (zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, Handboek Discriminatierecht, Mechelen, Kluwer, 2005, 7, nrs. 17 e.v.). Hierbij wordt nagegaan of de heer H. reden heeft tot klagen en in vergelijking met een andere werknemer of groep van werknemers minder gunstig is behandeld. Deze fase werkt schiftend. Vervolgens wordt nagegaan of het gemaakte onderscheid inhoudelijk kan worden verantwoord (rechtvaardigingstoets) en dit aan de hand van de doeltoets, de pertinentietoets en de proportionaliteitstoets.

Door de NV wordt in syntheseconclusie een overzicht gegeven van de arbeidsongeschikte werknemers en hun afwezigheden.

De Rechtbank treedt de arbeidsauditeur bij dat uit het overzicht van de NV omtrent deze collega's blijkt dat deze geen vergelijkbaar afwezigheidspatroon als de heer H. hebben. Zo volgt hieruit dat deze collega's procentueel gezien minder afwezig zijn. Ook is de situatie van de heer H. niet vergelijkbaar met de ononderbroken langdurig afwezig, nu het voor zich spreekt dat de impact op de bedrijfsorganisatie om een dergelijke afwezigheid op te vangen veel minder groot is (er moet dan namelijk maar 1 maal in vervanging worden voorzien) dan wanneer de periodes van afwezigheid worden doorbroken met periodes van tewerkstelling, al dan niet van korte duur. De heer H. kan dus niet bijgetreden worden in zijn repliek dat hiertussen geen verschil zou bestaan en gaat er ten onrechte van uit dat in de praktijk een langdurige afwezigheid een herhaling van verlengingen is. De NV is hierbij het best geplaatst om dit te beoordelen en geeft zelf aan dat de langdurig afwezig binnen de onderneming afwezig zijn in afwachting van hun invaliditeit die, in tegenstelling tot de heer H., niet herhaaldelijk af en toe enkele weken afwezig blijven. Volledig ten overvloede merkt de Rechtbank op dat de heer H. - nadat hij zijn ontslag had vernomen de dag na zijn werkhervatting - een medisch getuigschrift binnenbracht voor de periode van 6 september 2013 tot en met 31 oktober 2013 zodat in het hypothetisch geval dat het ontslag niet had plaatsgehad de heer H. andermaal voor bijna twee maanden afwezig zou zijn.

De heer H. stelt dat hij ongunstiger werd behandeld dan andere collega's die eveneens veelvuldig afwezig zijn, doch geeft geen enkele toelichting bij de collega's die hij opnoemt.

De heer H. toont niet aan dat er sprake is van discriminatie (benadelingstoets) zodat de Rechtbank niet dient over te gaan tot de rechtvaardigingstoets.

Samengevat stelt de Rechtbank dat uit het voorgaande volgt dat de heer H. onvoldoende elementen aanbrengt waaruit blijkt dat hij omwille van zijn gezondheidstoestand ongunstiger werd behandeld. De NV van haar kant toont aan dat haar ontslagbeslissing geen gevolg was van de gezondheidstoestand van de heer H. doch plaatsvond omwille van de impact van de afwezigheden op de bedrijfsorganisatie, de klachten omtrent zijn functioneren als chauffeur en tot slot het wantrouwen van de heer H. ten aanzien van zijn collega's.

De overige door de heer H. aangehaalde argumenten doen aan voorgaande overwegingen en besluitvorming geen afbreuk.

Het ontslag had geen discriminatoir karakter en de vordering van de heer H. tot het bekomen van een schadevergoeding is ongegrond.

3.4 Schadevergoeding gederfd loon 1ste en 2de kwartaal

De heer H. vordert een schadevergoeding gelijk aan het gederfd loon voor het eerste en tweede kwartaal van 2013 omdat de NV hem te weinig uren tewerkstelde. De heer H. werd tewerkgesteld in een 37-urenweek zodat hij bijvoorbeeld in totaal 481 uren (37u x 13 weken) tewerkgesteld had moeten worden. Op basis van de werkelijke prestatiestaten zou de heer H. slechts 436,51u gepresteerd hebben zodat hij recht heeft op een schadevergoeding gelijk aan het gederfd loon van 679,61 euro.

De Rechtbank stelt vast dat de heer H. zich beroept op een flexibele arbeidstijdregeling waarbij de gemiddelde wekelijkse arbeidsduur op 3 maanden gerealiseerd moet worden.

De Rechtbank stelt vast dat niet op gedetailleerde wijze wordt aangegeven hoe de heer H. tot de begroting van de vordering is gekomen.

Zo wordt niet verduidelijkt op welke dagen en/of weken er door hem te weinig uren werden gepresteerd en/of er al dan niet rekening werd gehouden met de ziekteperiodes tijdens deze kwartalen.

De heer H. laat eveneens na om aan te tonen - gelet op de zeer specifieke situatie van de onderaanneming waarbij er vaak Protocolakkoorden met D. L. worden gesloten - op basis van welke flexibele arbeidstijdsregeling hij zich beroept zodat de Rechtbank onmogelijk kan nagaan of de wekelijkse arbeidsduur werd gerespecteerd, dan wel of deze op maand-, kwartaal- of jaarbasis nageleefd moet worden.

Dit onderdeel van de vordering is bijgevolg ongegrond.

3.5 Prestatieverslagen 2008 — 2012

De heer H. vordert de prestatieverslagen voor de periode 2008-2012.

De NV stelt dat zij de heer H. tijdens diens tewerkstelling alle documenten heeft bezorgd (loonfiches en individuele rekeningen).

Niettegenstaande de heer H. de bewijslast heeft voor achterstallig loon rust op de NV een loyale medewerkingsplicht.

Bewijselementen zijn vaak in het bezit van de partij die door de regels inzake bewijslast wordt begunstigd, met als gevolg dat de partij die de bewijslast heeft dermate grote bewijsmoeilijkheden of "bewijsnood" kan kennen, zodat deze in een onevenredig nadelige positie terecht komt.

Vermits de loonfiches en individuele rekeningen opgesteld worden op basis van deze prestatieverslagen is de NV ertoe gehouden deze prestatieverslagen over te maken.

Niets laat vermoeden dat de NV zich aan deze verplichting zou onttrekken zodat er geen dwangsom dient te worden opgelegd.

3.6 Sociale documenten

Gelet op de onterechte inhouding is de NV ertoe gehouden om de heer H. de hiermee overeenstemmende sociale en fiscale documenten te bezorgen.

Niets laat vermoeden dat de NV zich aan deze verplichting zou onttrekken zodat er geen dwangsom dient te worden opgelegd.

3.7 Uitvoerbaarheid bij voorraad - zonder borgstelling en met uitsluiting van kantonnement

De uitvoerbaarheid van een vonnis kan slechts met de nodige omzichtigheid worden toegestaan, namelijk enkel voor bedragen die als verschuldigd erkend zijn of als zodanig moeten worden aanzien, en voor veroordelingen waarvan de rechter uit het onderzoek van de zaak de redelijke zekerheid heeft opgedaan dat zijn beslissing niet vatbaar is voor ernstige kritiek (E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag, A.P.R.*, Kluwer 2001, 226-227, nr. 363).

Het doel van de uitvoerbaarheid bij voorraad is het vermijden van dilatoire ingrepen van de schuldenaar om aan de uitvoering van het vonnis te ontsnappen door systematisch beroep in te stellen.

Hic et nunc zijn er geen aanwijzingen om aan te nemen dat de NV zou overgaan tot dilatoire ingrepen in voormelde zin, zodat er geen aanleiding bestaat om het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad niettegenstaande elk rechtsmiddel en zonder zekerheidsstelling met uitsluiting van kantonnement

TEGENEIS

Hoger oordeelde de Rechtbank dat de NV ten onrechte een inhouding deed op de verbrekingsvergoeding van de heer H..

Volgens de NV was zij hiertoe verplicht door het ziekenfonds en de arbeidsongevallenverzekeraar omdat de heer H. een dubbele betaling had genoten tijdens zijn arbeidsongeschiktheid gedurende de periode juni — september 2013. De NV beroept zich hiervoor op de artikelen 136 § 2 van de Gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering van 14 juli 1994, in samenlezing met artikel 22 en 35 van de Arbeidsongevallenwet waarbij het ziekenfonds gerechtigd is om onterecht betaalde sommen terug te vorderen bij de arbeidsongevallenverzekeraar, die deze sommen op zijn beurt bij de werkgever en de werknemer dient terug te vorderen.

Zonder zich uit te spreken over een juridische grondslag dient de Rechtbank vast te stellen dat uit geen enkel stuk blijkt dat de arbeidsongevallenverzekeraar een bedrag heeft teruggevorderd van de NV en/of dat de NV een bedrag aan de arbeidsongevallenverzekeraar heeft betaald. Een betalingsverbintenis kan niet afgeleid worden uit het door de NV voorgelegde stuk 16.

De tegeneis is ongegrond.

OM DEZE REDENEN

DE RECHTBANK,

Recht doende op tegenspraak,
na erover beraadslaagd te hebben,
alle andere en strijdige conclusies verwerpend,

RECHTDOENDE OVER DE HOOFDEIS

Verklaart de vordering ontvankelijk en deels gegrond zoals hierna bepaald.

Veroordeelt de NV om aan de heer H. te betalen:

- DUIZEND NEGENENVEERTIG EURO ZESENTACHTIG CENT, 1.049,86 euro netto uit hoofde van onterechte inhouding verbrekingsvergoeding, te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen, in zoverre verschuldigd, en te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten.

Beveelt afgifte van hoger genoemde sociale en fiscale bescheiden binnen de daartoe wettelijk voorziene termijnen.

Beveelt aflevering van de prestatieverslagen 2008-2012 binnen de maand na betekening van het vonnis.

Zegt dat er geen aanleiding toe bestaat om het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad.

RECHTDOENDE OVER DE TEGENEIS

Verklaart de vordering ontvankelijk doch ongegrond en wijst ze af.

RECHTDOENDE OVER DE KOSTEN

Begroot de kosten tot op heden aan de zijde van de heer H. op 160 euro dagvaardingskosten en aan de zijde van de NV op 1.210 euro rechtsplegingsvergoeding.

Legt 1/10de van de kosten ten laste van de NV en 9/10de van de kosten ten laste van de heer H..

De Griffier

De Voorzitter van de Kamer

R. V.D.

E. V.

Rechter in Sociale Zaken
Werkgever

Rechter in Sociale Zaken
Werknemer-Arbeider

W. L.

P. D. S.