

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL VAN 17 NOVEMBER 2015

ARBEIDSRECHT - Pestwet
tegensprekelijk arrest
definitief
kennisgeving art. 32octiesdecies Wet 4/08/1996

V.H.
appellant,
vertegenwoordigd door mr. V. Karla, advocaat te 3078 MEERBEEK, (...)

tegen

A. NV. met maatschappelijke zetel te 1804 VILVOORDE (...),
geïntimeerde, vertegenwoordigd door mr. D. B. loco mr. V. H. Herman, advocaat te
2000 ANTWERPEN, (...)

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 6 november 2014 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 2e kamer (A.R. 13/4640/A),

- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 1 december 2014,
- de neergelegde conclusies,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 15 oktober 2015 door eerste advocaat-generaal D. S., waarop repliek voor de heer V. en voor A. NV op 27 oktober 2015,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 22 september 2015, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie zijn schriftelijk ter griffie heeft neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 21 juni 1990 ondertekenden de heer Hugo V. en de n.v. A. een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, waardoor de heer V. met ingang van 22 juni 1990 bij A. in dienst kwam als filiaalmedewerker. In het contract verkooppersoneel werd zijn functie omschreven als afrekenen aan de kassa en algehele verzorging van de winkel.

Hij muteerde achtereenvolgens van A. Erpe-Mere, naar A. Heusden Zolder en naar A. Zemst; hij sprong in als vervanger wanneer er in één van de winkels iemand ziek was.

2. Begin 2006 kreeg de heer V. een hartziekte en er volgde een revalidatie van vijf maanden.

3. Met toestemming van de adviserende geneesheer van zijn ziekenfonds hernam hij vanaf 18 juni 2006 deeltijds het werk voor maximum 20 uren/week op twee niet opeenvolgende dagen zonder dat hij zware fysieke arbeid kon verrichten; hij werd daardoor tewerkgesteld aan de kassa op woensdag en zaterdag.

Midden 2010 werden deze dagen gewijzigd naar dinsdag en donderdag. De heer V. houdt voor dat de medewerkers polyvalent worden ingezet, maar dat er op dinsdag en donderdag beduidend minder kassawerk is, zodat de zware arbeid op de collega's viel en hij dikwijls aan de kassa niets te doen had.

4. A. diende voor de deeltijdse tewerkstelling formulieren voor het ziekenfonds in te vullen, zodat deze de ziekte-uitkering kon berekenen. Dit gebeurde dikwijls laattijdig.

5. Op 16 oktober 2012 meldde de districtsleider van A., de heer M., aan de heer V. dat er klachten waren van collega's over de toegepaste werkverdeling en over zijn werk.

6. Op 23 oktober 2012 volgde er een gesprek met de heer M. en verkoopleider C. over de situatie van de heer V.; partijen kleuren deze gesprekken verschillend in, maar alleszins werd aan de heer V. de wrevel van zijn collega's overgemaakt, omdat hij niet op zaterdag werkte, wanneer er druk kassawerk was.

7. Op 30 oktober 2012 schrijft de huisarts de heer V. ziek en verwijst hem naar zijn zeggen door naar een psychiater wegens nood aan psychologische hulp.

8. Op 9 november 2012 attesteert de behandelende arts dat de heer V. niet in staat is om langdurige zware fysieke arbeid te verrichten en dus niet definitief ongeschikt is om het overeengekomen werk bij A. uit te voeren.

9. Na een onderzoek bij de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer besliste deze op 21 november 2012 dat de heer V. ongeschikt is om langdurige zware fysieke arbeid te verrichten, maar dat kassawerk eventueel wel mogelijk is.

A. geeft te kennen dat ze sindsdien de piste van medische overmacht verlaten heeft.

10. Op 4 december 2012 werd de heer V. uitgenodigd om een dading te bespreken, maar aan zijn vraag om op voorhand van de voorgestelde voorwaarden kennis te mogen nemen, werd niet voldaan, zodat ook hierop niet verder door hem werd ingegaan.

11. Op 20 december 2012 schreef A. hem een aangetekende brief met volgende inhoud:

Wij verwijzen naar u brieven van 3 en 4 december 2012 en we betreuren de inhoud ervan. Wij betwisten dan ook met klem de beweringen die u hierin uit.

Over de jaren heen heeft u te kampen gehad met ernstige medische problemen en hebben wij inderdaad moeten vaststellen dat het uitoefenen van uw functie van filiaalmedewerker een te zware fysieke belasting vormt. In het zoeken naar een mogelijke oplossing voor zowel het betrokken filiaal als voor uzelf hebben wij dan ook een gesprek met u aangeknoopt. Het feit dat u medisch ongeschikt bent om uw functie van filiaalmedewerker uit te oefenen is geen verwijt of pesterij, dit is gewoon een objectieve vaststelling die trouwens ook bevestigd is geworden door zowel uw behandelend geneesheer, als de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Na het gesprek met de heren M. en C. op 23 oktober 2012 heeft u zich immers naar uw behandelend geneesheer begeven die op 9 november 2012 heeft geattesteerd dat u definitief ongeschikt bent om langdurig zware fysieke arbeid te verrichten, iets wat echter wel noodzakelijk is in de functie van filiaalmedewerker. Vervolgens heeft u zich vrijwillig laten onderzoeken door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer, die op 21 november 2012 eveneens heeft geattesteerd dat u definitief ongeschikt bent en dat eventueel nog enkel kassawerk mogelijk is. De functie van filiaalmedewerker houdt echter veel meer in dan enkel kassawerk.

Uw arbeidsovereenkomst is op dit ogenblik gewoon geschorst wegens ziekte. Wij begrijpen dan ook absoluut niet uw vraag tot het bekomen van een schadevergoeding wegens vermeend netto loonverlies, fysieke, psychische en morele schade aangezien daartoe geen enkele grond bestaat.

Ook de door u ingediende klacht wegens pesten, mist volgens ons elke feitelijke grondslag, maar deze zal uiteraard worden behandeld volgens de daartoe voorziene procedure. "

12. Vervolgens stelde de raadsman van de heer V. A. op 7 januari 2013, 21 januari 2013 en 31 januari 2013 in gebreke om de heer V. verder aan het werk te houden voor het uitvoeren van kassawerk in de winkel te Steenokkerzeel op twee niet opeenvolgende dagen en om duidelijk de intenties voor het verder verloop te communiceren.

13. Hierna reageerde de raadsman van A. met brief van 11 februari 2013 als volgt: ...Hoewel dit vanzelfsprekend is, bevestig ik u met dit schrijven namens A. N. V. dat de

heer V., van wie de uitvoering van de arbeidsovereenkomst momenteel geschorst is wegens ziekte, na afloop van deze arbeidsongeschiktheid en na een positief werkhervattingsonderzoek door de arbeidsgeneesheer, het werk uiteraard opnieuw kan aanvatten in het filiaal van Steenokkerzeel. Dit is niet meer dan logisch en dit wordt voor alle duidelijkheid enkel schriftelijk bevestigd omdat u daar om vraagt in uw brieven.

Hierna wordt uitgelegd waarom het schrijven van A. aan de heer V. van 20 december 2012 mogelijk voor verwarring heeft gezorgd en wordt de bedoeling van deze brief toegelicht, waarna de brief vervolgt:

...Ook op 28 januari 2013 heeft de heer V. (Hoofd Administratie en Personeel van A. NV Zemst) de heer V. nog telefonisch meegedeeld dat hij, als de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer hem terug arbeidsgeschikt acht, gewoon kan terugkeren. Hierna wordt de mogelijkheid van terugkeer naar zaterdagwerk geopperd.

In de brief 14 maart 2013 schrijft de raadsman klaar en duidelijk - en dit op uw uitdrukkelijke vraag - ...dat de heer V. na afloop van zijn arbeidsongeschiktheid en na een positief werkhervattingsonderzoek het werk opnieuw kan aanvatten in het filiaal van Steenokkerzeel en dit volgens de geldende arbeidsvoorwaarden.

Hierna wordt de heer V. uitgenodigd voor een gesprek over zijn werkhervatting.

14. Bij tegensprekelijk verzoekschrift van 29 maart 2013, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank te Brussel, vorderde de heer V. t.a.v. A.:

- De arbeidsovereenkomst ten nadele van A. te ontbinden
- Een schadevergoeding van € 24.960,75 ingevolge de gerechtelijke ontbinding, vermeerderd met gerechtelijke intresten
- Een bijkomende schadevergoeding van € 3.255 wegens schending van de cao nr.64.941/co/202, vermeerderd met gerechtelijke intresten
- Een schadevergoeding van € 6.511,50 wegens schending van de antidiscriminatiewet en/of welzijnswet (pesten), vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intresten vanaf 20 december 2012

In ondergeschikte orde:

- Een morele schadevergoeding van € 6.511,50 wegens schending van de goede trouw vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intresten vanaf 20 december 2012
- Te zeggen dat op de gevorderde schadevergoedingen geen inhouding sociale bijdragen dienden te gebeuren
- A. te veroordelen tot de gerechtskosten

15. Bij vonnis van 6 november 2014 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel werden deze vorderingen na andersluidend advies van het Openbaar Ministerie afgewezen als ontvankelijk, doch ongegrond.

16. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 1 december 2014, tekende de heer V. hoger beroep aan en hernam hij zijn oorspronkelijke vorderingen.

II. BEOORDELING

17. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist.

De gerechtelijke ontbinding

18. Op grond van artikel 32 van de arbeidsovereenkomstenwet kan een arbeidsovereenkomst worden beëindigd volgens de algemene wijzen waarop de verbintenissen teniet gaan.

In overeenstemming met artikel 1184 BW kan elk van de partijen bij een wederkerige overeenkomst de ontbinding in rechte vorderen van deze overeenkomst, ingeval de andere partij haar verbintenissen niet nakomt. Hieruit volgt dat ook een arbeidsovereenkomst gerechtelijk kan worden ontbonden (Cass. 26 oktober 1981, Arr. Cass. 1981 -82, 291; Cass. 23 november 1981, RW 1981 -82, 1045 met noot).

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst door gerechtelijke ontbinding vereist in elk geval dat één van beide partijen haar verbintenissen in vrij belangrijke mate niet nakomt, iets waarover de feitenrechter op een in cassatie onaantastbaar wijze oordeelt. (Arbh. Brussel 31 januari 1989, RW1989-90, 21; M. D., « La résolution judiciaire du contrat de travail », Ors. 2008, 3; C. W., « La résolution judiciaire du contrat de travail : quelques précisions », J7T1989,137-19, zie nr. 2)

Opdat een arbeidsovereenkomst gerechtelijk zou kunnen worden ontbonden, dient de fout een zekere ernst te vertonen, die schade berokkent aan de belangen van de medecontractant. (Arbh. Bergen 10 augustus 1989, JTT1990, 343)

19. De heer V. vordert de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst omwille van:

- De schending van de art. 57, 39 en 72 van het KB 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht van de werknemers (BS 16 juni 2003 - hierna aangeduid als KB Gezondheidstoezicht)
- De hiermee samenhangende schending van art. 9 van de cao nr. 64941/co/202 van 5 november 2002 betreffende de tewerkstelling
- De brief van A. van 20 december 2012 (zie randnummer 11)
- Het systematisch laattijdig invullen van de maandelijks "verklaring van inkomen uit een aan de gezondheidstoestand aangepaste activiteit" (zie randnummer 4)
- De wijziging van het uurrooster (zie randnummer 3)
- De gesprekken met de heren C. en M. (zie randnummer 6)
- Het ten onrechte beschuldigen van te traag werken

20. Samen met het Openbaar Ministerie is het arbeidshof van mening dat deze feiten noch afzonderlijk, noch als geheel, kunnen gekwalificeerd worden als zodanig ernstige foutieve tekortkomingen dat zij voldoende zwaarwichtig zijn om de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te spreken.

21. Bij de inleiding van de vordering tot ontbinding was de arbeidsovereenkomst van de heer V. geschorst wegens arbeidsongeschiktheid.

Art. 39 en 72 van het KB Gezondheidstoezicht hebben betrekking op de werknemer, die definitief arbeidsongeschikt is verklaard door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Dit is in deze zaak niet het geval geweest, (zie randnummers 8 en 9) Deze artikelen vinden hier dan ook geen toepassing.

Art. 57 heeft betrekking op voorafgaandelijk overleg over de mogelijkheden voor ander werk en de maatregelen voor aanpassing van de werkposten, in welk geval de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer de werknemer op grond van art. 58 op de hoogte brengt van zijn recht om een beroep te doen op dergelijk overleg.

De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer heeft op 21 november 2012 niets anders gedaan dan de mogelijkheid om het tot dan toe uitgevoerde kassawerk te bevestigen. Ook dit artikel was dus niet aan de orde.

22. Evenmin kan een schending weerhouden worden van art. 9 van de cao nr. 64941/co/202 van 5 november 2002 betreffende de tewerkstelling, afgesloten in het paritair comité 202 voor de bedienden uit de kleinhandel in voedingswaren.

Dit artikel voorziet in waarborgen i.v.m. syndicale bijstand in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens overmacht, maar A. heeft deze optie laten varen na het onderzoek van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. (zie randnummer 9) Terecht stelt het Openbaar Ministerie dat A. lichter werk ter beschikking had en dat ook onafgebroken vanaf 18.10.2006 tot 29 oktober 2012 aan de heer V. toevertrouwd heeft, zodat er geen reden was om de hogergenoemde procedures toe te passen.

23. M.b.t. het systematisch laattijdig invullen van de maandelijks "verklaring van inkomen uit een aan de gezondheidstoestand aangepaste activiteit", met als gevolg dat de uitbetaling van de ziekte-uitkeringen vertraging opliep stellen de eerste rechter en het Openbaar Ministerie terecht dat dit niet intentioneel gebeurde en dat het dossier niet aantoonde dat dit tot incidenten tussen werknemer en werkgever heeft geleid.

24. De wijziging van het arbeidsrooster naar dinsdag en donderdag was reeds in voege vanaf midden 2010 en werd, weliswaar tegen zijn zin, maar uiteindelijk zonder protest, door de heer V. uitgevoerd, zodat dit bezwaarlijk kan gelden als een motief voor een gerechtelijke ontbinding. Bovendien had de raadsman van A. in zijn brief van 14 maart 2013 een terugkeer naar zaterdagwerk ter bespreking aangeboden.

25. Uit de brief van de heer V. van 3 december 2012 en het antwoordschrijven van A. van 20 december 2012 kan afgeleid worden dat A. de heer V., die omwille van zijn beperkte fysieke mogelijkheden in een kwetsbare situatie was, heeft willen intimideren door het tot dan toe voor hem aangepaste kassawerk in vraag te stellen.

A. heeft in de gegeven situatie daarbij een onrechtmatige druk uitgeoefend. De bewering van de heer V. dat hem ten onrechte zou verweten zijn te traag te werken, wordt door hem niet hard gemaakt.

Bij de tussenkomst van de raadsman heeft deze dit deels willen herstellen door zijn brieven van 11 februari 2013 en 14 maart 2013.

26. Maar deze onrechtmatige druk, waardoor zijn gezondheid en integriteit in het gedrang werd gebracht, is niet van een zodanige aard dat ze in de gegeven omstandigheden een gerechtelijke ontbinding kan verantwoorden.

27. Immers op het ogenblik van het inleiden van de procedure op 29 maart 2013, waarbij de vraag tot ontbinding werd geformuleerd, was de raadsman van A. reeds matigend tussengekomen. Hij deed daarbij een aanbod voor verdere tewerkstelling bij de terugkomst na de arbeidsongeschiktheid van de heer V., en dit mits een onderzoek bij de geneesheer-arbeidsinspecteur.

Bij een dergelijk onderzoek kan de heer V. in voorkomend geval beroep doen op de waarborgen en overlegmogelijkheden van het KB gezondheidstoezicht, die hij thans wat voorbarig inroept.

Bovendien wordt hij nu deskundig medisch begeleid, zodat mag aangenomen worden dat hij bij zijn terugkeer, na het einde van de arbeidsongeschiktheid, voldoende gewapend zal zijn om een geschikte arbeidstaak adequaat te vervullen.

28. Het arbeidshof wil niet meegaan in het blijven vasthouden aan de frustratie, die het gevolg is van de brief van 20 december 2012. Bij terugkeer omwille van genezing dient een verse start mogelijk te zijn. De vraag tot ontbinding en overeenstemmende schadevergoeding werd terecht verworpen.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

Schadevergoeding wegens schending van de cao nr. 64941/co/202 van 5 november 2002 betreffende de tewerkstelling, afgesloten in het paritair comité 202 voor de bedienden uit de kleinhandel in voedingswaren.

29. In randnummer 22 werd reeds uitgelegd waarom art. 9 van deze cao niet van toepassing is.
30. De heer V. beroept zich ook op de schending van art. 8. Deze bepaling voorziet in bijstand en bescherming in geval van dreigend ontslag.
31. De heer V. vorderde de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit is geen ontslag.
32. Een ontslag is een gedraging waardoor een partij aan de andere partij ter kennis brengt dat zij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen. (Cass. 23 maart 1981, Arr. Cass. 1981,-82, 817; Cass. 12 september 1988, RW 1988-89, 507; Cass. 18 december 1989, TSR 1990, 22; Cass. 19 mei 2008, 77T2008, 394) Een ontslag is dus een eenzijdige rechtshandeling.
33. Bij een gerechtelijke ontbinding wordt de arbeidsovereenkomst niet eenzijdig door één van de contractspartijen beëindigd, doch het is de rechter die de overeenkomst beëindigt. (JF F., "Résolution du contrat de travail: nouvelles perspectives, Soc. Kron. 2005,185 ; Cass. 18 september 2006, 77T2007, 159)
34. De heer V. heeft de gerechtelijke ontbinding gevraagd omdat de werkgever ondanks de spanningen de arbeidsovereenkomst gewoon verder liet bestaan zonder deze te beëindigen (zijn syntheseconclusie in hoger beroep, p. 18); er was derhalve evenmin een dreiging met ontslag, zodat art. 8 van de cao geen toepassing vindt en er geen schadevergoeding kan verschuldigd zijn wegens schending van deze bepaling. Het hoger beroep is op dit onderdeel ongegrond.

Pesten

35. Art. 32ter, 2° van de welzijnswet van 4 augustus 1996, zoals van toepassing ten tijde van het geschil nazien, omschrijft pesterijen op het werk als: meerdere gelijkaardige of uiteenlopende onrechtmatige gedragingen, buiten of binnen de onderneming of instelling, die plaats hebben gedurende een bepaalde tijd, die tot doel of gevolg hebben dat de persoonlijkheid, de waardigheid of de fysieke of psychische integriteit van een werknemer of een andere persoon waarop dit hoofdstuk van toepassing is bij de uitvoering van zijn werk wordt aangetast, dat zijn betrekking in gevaar wordt gebracht of dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd en die zich inzonderheid uiten in woorden, bedreigingen, handelingen, gebaren of eenzijdige geschriften. Deze gedragingen kunnen inzonderheid verband houden met godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele geaardheid, geslacht, ras of etnische afstamming.

36. Terecht leidt het Openbaar Ministerie het bestaan van pesterijen op het werk af uit de hierna vermelde omstandigheden:

- De gesprekken van de districtsleider met de heer V. van 16 en 23 oktober 2012, waarvan de heer V. melding maakte in zijn brief van 3 december 2012. In deze brief brengt hij deze gesprekken in verband met ernstige pesterijen omdat hem zijn arbeidsregeling verweten wordt, die wordt voorgesteld als profitariaat. In de repliekconclusie worden deze gesprekken als zodanig bevestigd, alsook de klachten van de collega's, die hem verwijten dat hij niet op zaterdag werkt. Het afnemen van zaterdagwerk was echter een keuze van A. zelf; de heer V. heeft zich dienaangaande aan de werkgeversinstructies onderworpen, maar was hiervoor geenszins vragende partij. Hij legt in zijn brief van 4 december 2012 dan ook uit dat hij door de klachten van zijn collega's, die A. overnam, zijn zelfbeeld en sociale contacten verliest. Deze klachten waren het gevolg van de

wijziging van het arbeidsregime door A., hoewel de heer V. oorspronkelijk wel door zijn werkgever op zaterdag tewerkgesteld werd.

- Op 30 oktober 2012 bevestigt de behandelend geneesheer de arbeidsongeschiktheid van de heer V. en verwijst hem door naar een psychiater, die op 31 oktober 2012 effectief geconsulteerd wordt (zie attest Universitair Psychiatrisch Centrum - stuk 5 V.)
- Anders dan A. voorhoudt is de daaropvolgende brief van 20 december 2012 (zie randnummer 11) helemaal geen objectieve vaststelling van een bestaande situatie, maar wordt de uitoefening van zijn functie van filiaalmedewerker grondig in vraag gesteld. Tot dan toe had de heer V. omwille van zijn medische situatie aangepast werk in de vorm van kassawerk gedaan. De zinnen:

"...dat u definitief ongeschikt bent om langdurig fysieke arbeid te verrichten, iets wat noodzakelijk is in de functie van filiaalhouder" en

"De functie van filiaalmedewerker houdt echter veel meer in dan enkel kassawerk"

doen uitschijnen dat A. het kassawerk niet langer wil geven. Als antwoordbrief op het schrijven van 4 december 2012, waarin juist de moeilijkheden rond de aangepaste arbeidsregeling worden toegelicht in een context van pesterijen, is dit allesbehalve een geruststelling, maar werd daardoor zijn persoonlijkheid, waardigheid en psychische integriteit verder aangetast; men suggereerde immers dat zijn betrekking in gevaar werd gebracht omwille van zijn handicap. A. was er bovendien van op de hoogte dat dit kassawerk medisch aangepast was en wist tevens dat de arbeidsovereenkomst geschorst was wegens de psychische belasting en ziekte die door de beschreven situatie veroorzaakt werd.

37. Minstens, dient vastgesteld dat op grond van art. 32 undecies van de welzijnswet de heer V. feiten aanvoert die het bestaan van geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk kunnen doen vermoeden, zodat de bewijslast dat er zich geen pesterijen op het werk hebben voorgedaan ten laste van A. valt. Deze laatste doet niets anders dan het merendeel van de beweringen van de heer V. ontkennen zonder de afwezigheid van pesterijen aan te tonen.

38. De restrictieve lezing die A. achteraf aan deze brief wil geven, kan niet worden bijgetreden; de brief moet in zijn volledige context worden beschouwd.

39. Evenmin maakt de matigende tussenkomst van de raadsman van A. de realiteit van de pesterijen op 20 december 2012 ongedaan; de brieven van 11 februari 2013 en 14 maart 2014 bevestigen overigens de verwarring die A. had veroorzaakt. Recent werd onderlijnd dat er sprake is van ernstige pestfeiten wanneer deze feiten kunnen leiden tot ernstige gevolgen (wat zelfs het geval is, indien deze gevolgen zich niet zouden hebben voorgedaan)¹. Maar in casu hebben de gevolgen, met name de instorting van de heer V., zich wel voorgedaan.

De raadsman van A. reageerde maar na 3 brieven van de raadsman van de heer V. aan A. zelf (7, 21 en 31 januari 2013) waarbij A. de raadsman van de heer V. eerst buiten de discussie wilde houden. Uitdrukkelijk werd namens de heer V. gevraagd of hij in

¹ Vgl. Parl. St. Kamer Doe. 3101/001 en 3102/001, 73.

(Art. 13, 1° van de wet van 28 februari 2014 (55 28 april 2014 (ed. 1)) heeft de definitie van pesterijen niet noemenswaardig veranderd, voor wat van belang is in deze zaak)

overeenstemming met de eerder overeengekomen 'gewijzigde' arbeidsvoorwaarden, meer bepaald kassawerk op twee vaste niet opeenvolgende dagen per week, in de winkel te Steenokkerzeel kon blijven werken.

De aldus geformuleerde vraag was niet zonder belang, omdat A. in de bewuste brief van 20 december 2012 juist benadrukt had dat de heer V. de functie van filiaalmedewerker moest kunnen uitvoeren, die veel meer inhield dan enkel kassawerk.

40. De brief van de raadsman van A. van 11 februari 2013 brengt geen volledige opheldering want bevestigt enkel dat de heer V. opnieuw het werk kan aanvangen in het filiaal in Steenokkerzeel. In de brief van 14 maart wordt daaraan toegevoegd 'volgens de geldende arbeidsvoorwaarden', wat eerder sibillijns is wanneer men teruggaat naar de brief van 20 december 2012, waarin de functie van filiaalmedewerker als uitgangspunt werd genomen, met de toevoeging dat dit meer inhield dan kassawerk, zijnde juist de taak die overeenkwam met zijn medische mogelijkheden.

Ook al matigden de brieven van de raadsman het eerder ingenomen standpunt, toch nemen ze in se de destabiliserende houding van A. niet weg.

41. A. werpt ook op dat ze in het verleden steeds rekening gehouden heeft met de medische situatie van de heer V., maar sinds einde 2012 heeft ze juist deze situatie in vraag gesteld en spiegelde ze een fundamentele wijziging van haar houding voor.

42. Terecht merkt het Openbaar Ministerie op dat aldus niet alleen de pesterijen aangetoond zijn, maar tevens de discriminatie. De pesterijen die een aaneenschakeling van handelingen en onrechtmatige beslissingen vormen, houden rechtstreeks verband met de gezondheidstoestand en inzonderheid met de handicap van de heer V.. De handicap is een beschermd criterium (artikel 4, 4° van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS 30 mei 2007 - hierna aangeduid als antidiscriminatiewet). Indien de heer V. niet getroffen was door deze handicap, zou hij niet het slachtoffer zijn geworden van de ongelijke en discriminerende handelingen en beslissingen waaraan zijn werkgever hem onderworpen heeft.

43. Het begrip „handicap" in richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep², moet immers aldus worden uitgelegd dat het mede betrekking heeft op een gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte, wanneer die ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is. (H.v.J. 11 april 2013 inzake HK Danmark, C-355/11 en 337/11)

44. De antidiscriminatiewet bepaalt in art. 28 §1 een vergelijkbare bewijslastregeling als deze van art. 32undecies van de welzijnswet, zodat ook hier mutatis mutandis geldt wat in randnummer 37 en volgende werd gesteld.

De pesterijen en de discriminatie moeten dan ook worden aanvaard.

45. De heer V. vordert één schadevergoeding van 6 maanden voor de schending van beide wetgevingen; hij verwijst daarbij naar de forfaitaire vergoeding bepaald in art. 18 §2, 2° van de antidiscriminatiewet, die hij op grond van art. 18 §1 eerste lid 'kan' vorderen, maar die in geval van discriminatie op grond van het tweede lid 'moet' worden betaald.

² De antidiscriminatiewet implementeert deze richtlijn naar Belgisch recht

46. Deze vergoeding wordt terecht gevraagd op grond van art. 18 §2, 2° van de antidiscriminatiewet, omdat ze de materiële en morele schade omvat wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen.

Ook op grond van het toenmalige art. 32decies §1 van de welzijnswet kan een schadevergoeding van 6 maanden billijk worden aanvaard, gelet op de discriminatie, de gezagsrelatie en de ernst van de feiten. (Arbrb. Brussel 12 februari 2007, Soc. Kron. 2008, 758)

47. Gelet op het forfaitair karakter van de op grond van art. 18 §2, 2° van de antidiscriminatiewet gevorderde schadevergoeding is de vraag of er herstel in natura gebeurde irrelevant; dit laatste heeft immers te maken met het reële herstel, dat in concreto moet worden geëvalueerd, wat bij een keuze voor de forfaitaire vergoeding niet aan de orde is. (Arbh. Brussel 19 mei 2015, JTT 2015,408)

De gevorderde vergoeding van € 1.085,25 x 6 = € 6.511,50, waarvan de becijfering niet wordt betwist, dient te worden toegekend.

48. Gelet op art. 19 §2, 2° van het KB van 28 november 1969 wordt deze vergoeding niet beschouwd als bijdrageplichtig loon. (W. V. E., "Begrip loon in de bijdrageregeling voor werknemers" in R. J., G. V. L. en A. V. R. (eds.), Het loonbegrip, Brugge, die keure, 2005,122, nr. 137)

Het hoger beroep is wat betreft dit onderdeel gegrond.

De gerechtskosten

49. Gelet op het feit dat beide partijen deels in het gelijk, deels in het ongelijk zijn gesteld, dienen de gerechtskosten te worden omgeslagen in de zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

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

Gelet op het eensluidend schriftelijk advies van eerste advocaat-generaal D. S. , waarop beide partijen tijdig hebben gerepliceerd.

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Hervormt het bestreden vonnis gedeeltelijk zoals hierna bepaald,

Bevestigt het vonnis in zoverre het de oorspronkelijke vordering ontvankelijk verklaart en bevestigt het tevens op het punt van de afwijzing van de vorderingen als ongegrond m.b.t.

- de vraag tot gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen en de betaling van de hiermee overeenstemmende schadevergoeding van € 24.960,75

- de schadevergoeding van € 3.255,75 wegens schending van de cao van 5 november 2002
- en de vorderingen die in ondergeschikte orde zijn gesteld;

Hervormt het vonnis in zoverre het de schadevergoeding van € 6.511,50 ingevolge het toenmalige art. 32decies van de welzijnswet/ art. 18 §2, 2° van de antidiscriminatiewet afwijst als ongegrond, en hierover opnieuw rechtdoende,

Veroordeelt de nv A. tot betaling aan de heer V. van de schadevergoeding van € 6.511,50, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten vanaf 7 januari 2013 en de wettelijke intresten.

Slaagt de gerechtskosten van beide aanleggen om in de zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt.

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel,

samengesteld uit:

Lieven L,	kamervoorzitter,
Lucrèce R.,	raadsheer in sociale zaken, werkgever
Koen D.,	raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende
bijgestaan door : Sven V. D. H.,	griffier

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 17 november 2015 door:

Lieven L., kamervoorzitter,
Bijgestaan door
Sven V.D. H., griffier