

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

VAN 17 MEI 2021

Kamer 3

D.L., wonende te, (...)

vertegenwoordigd door mevrouw T. L., afgevaardigde van een representatieve vakorganisatie met volmacht, die pleit,

tegen:

B. H. nv, ON, met maatschappelijke zetel te (...),

met als raadslieden mr. V. M. en mr. V. L., advocaten te, voor wie pleit mr. V. M.

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 15 juni 2020 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken toe.

I PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Op 6 september 2019 legde de heer D ter griffie van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout een verzoekschrift neer lastens de nv B H en vorderde:

“Verzoeker akte te verlenen van de neerlegging van huidig verzoekschrift in uw handen en partijen voor u op te roepen op dag en uur door u te bepalen.

Na de poging tot minnelijke schikking zoals voorzien in art. 734 Ger. W. en bij gebreke hiervan: Tegenpartij zich te horen veroordelen tot betaling aan verzoeker van:

In hoofddorde:

€ 17 734,38 bruto ten titel van schadevergoeding voor materiële en morele schade wegens discriminatie

In ondergeschikte orde:

€ 11 595,55 bruto ten titel van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

Bedragen eventueel te vermeerderen of te verminderen in de loop van het geding en te verhogen met intresten vanaf 19/03/2019.

Tegenpartij zich eveneens te horen veroordelen tot de gerechtelijke intresten en de kosten uit hoofde van verzoeker begroot op € 20,00 bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand, onder voorbehoud van alle andere rechten en vorderingen van verzoeker.

Tegenpartij te veroordelen tot aflevering van volgende sociale en fiscale documenten:

- loonafrekening
 - fiscaal fiche 281.10
- met betrekking tot de verschuldigde bedragen.

Tegenpartij te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 25,00 per dag bij niet-afgifte van de documenten nadat de wettelijk voorziene termijn met één maand zal overschreden zijn.“

Met conclusie van 17 februari 2020 vorderde de heer D:

“ De vordering van concluant ontvankelijk en gegrond te verklaren, en dienvolgens tegenpartij te veroordelen tot betaling van:

In hoofdde:

€ 17 734,38 bruto ten titel van schadevergoeding voor materiële en morele schade wegens discriminatie

In ondergeschikte orde:

€ 11 595,55 bruto ten titel van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

meer de intresten sedert 19/03/2019; de gerechtelijke intresten en de kosten, uit hoofde van concluant begroot op € 20,00 bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand.

Tegenpartij te veroordelen tot de aflevering van een loonafrekening en fiscaal fiche 281.10 met betrekking tot de verschuldigde bedragen.

Tegenpartij te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 25,00 per dag bij niet afgifte van de documenten nadat de wettelijk voorziene termijn met één maand zal overschreden zijn.“

Met conclusie van 1 april 2020 vorderde de nv B H:

“ de vorderingen van D ongegrond te verklaren; louter ondergeschikt, de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te herleiden tot 3 weken loon, hetzij 2.046,27 euro bruto; dienvolgens D te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, door de nv begroot op 1.320,00 euro; het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad overeenkomstig artikel 1397, tweede lid Ger. W.“

Met vonnis van 15 juni 2020 besliste de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout als volgt:

- verklaart de vordering ontvankelijk en ongegrond.
- verwijst eisende partij in de gedingkosten. - vereffent de gedingkosten tot op heden:

- aan de zijde van eisende partij op € 20,00 bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand;
- aan de zijde van verwerende partij op € 1 320,00 rechtsplegingsvergoeding.
- staat de voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis toe.“

Tegen dit vonnis tekende de heer D op 2 juli 2020 hoger beroep aan.

Het is niet aangetoond dat het vonnis werd betekend.

II. EISEN IN HOGER BEROEP

Met conclusie van 23 november 2020 vordert de heer D:

“ Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en het bestreden vonnis dd. 15/06/2020 te vernietigen;
 Dienvolgens, de oorspronkelijke vordering gegrond te verklaren, en tegenpartij te veroordelen tot betaling van;

In hoofdde:

€ 17 734,38 bruto ten titel van schadevergoeding voor materiële en morele schade wegens discriminatie

In ondergeschikte orde:

€ 11 595,55 bruto ten titel van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te vermeederen met de intresten vanaf 19/03/2019.

Bovendien tegenpartij te veroordelen tot:

- de kosten van het geding uit hoofde van concluant begroot op € 20,00 bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand
- de aflevering van een loonafrekening en fiscaal fiche 281.10 met betrekking tot de verschuldigde bedragen
- betaling van een dwangsom van € 25,00 per dag vertraging per document na betekening van het arrest“

Met conclusie van 15 januari 2021 vordert de nv B H:

“ de vorderingen van D ongegrond te verklaren;

het vonnis a quo integraal te bevestigen;

louter ondergeschikt, voor zover er een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag wordt toegekend, deze te herleiden tot 3 weken loon, hetzij 2.046,27 euro bruto;

D alleszins te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, door de nv begroot op:

- 1.320,00 euro rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg;
- 1.320,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad overeenkomstig artikel 1397, tweede lid Ger. W."

III. ONTVANKELIJKHEID

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

IV. TEN GRONDE

1. De feiten

De heer D trad op 24 maart 2003 in dienst bij A BVBA.¹

A BVBA werd in 2009 overgenomen door de nv B H. De anciënniteit van de heer D werd mee overgenomen. Partijen waren verbonden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. De heer D was arbeider en stond in voor het groenonderhoud van de camping B H.²

In januari 2018 werd de nv B H op haar beurt overgenomen door de groep C H & C.

De arbeidsovereenkomst van de heer D werd met brief van 6 augustus 2018 beëindigd door de nv B H met inachtneming van een opzeggingstermijn. Gedurende de opzegtermijn van 15 weken en 56 kalenderdagen werd de heer D op zijn verzoek vrijgesteld van prestaties.³

De arbeidsovereenkomst nam een einde op 18 maart 2019.

De heer D verzocht met brief van 8 januari 2019 de redenen van zijn ontslag te kennen.⁴

De nv B H antwoordde met brief van 15 januari 2019 als volgt:⁵

" Hierbij willen wij meedelen dat de reden van het ontslag 'reorganisatie' is. In de B H is er de beslissing genomen om het onderhoud in de camping uit te besteden aan een externe partner.

Er is gekozen voor een externe partner omwille van budgettaire en organisatorische redenen. Deze beslissing heeft helaas tot gevolg gehad dat wij uw functie hebben geschrapt."

De heer D ging niet akkoord met die ontslagmotivatie. Hij stelt dat hij ontslaan werd omwille van zijn arbeidsongeschiktheid.

Met brief van 14 mei 2019 contacteerde de vakorganisatie van de heer D aldus de nv B H:⁶

" Wij worden geraadpleegd door L D die ons verzoekt zijn belangen te behartigen. Ons lid heeft voor uw onderneming gewerkt van 24-03-2003 tot 18-03-2019 als arbeider. Met uw aangetekend schrijven van 6 augustus 2018 werd de arbeidsovereenkomst opgezegd met een opzeggingstermijn van 15 weken en 56 kalenderdagen vanaf 3 september 2018.

Betrokkene vroeg in toepassing van CAO nr. 109 op 8 januari 2019 per aangetekend schrijven naar de motivering van zijn ontslag.

¹ Stuk 1 de heer D, stuk 1 nv B H

² Stuk 2 de heer D, stuk 1 nv B H

³ Stuk 10 de heer D

⁴ Stuk 11 de heer D, stuk 2 nv B H

⁵ Stuk 13 de heer D, stuk 4 nv B H

⁶ stuk 12 de heer D, stuk 3 nv B H

U verwees in uw reactie van 15 januari naar een reorganisatie als reden van ontslag: 'In de B H is er de beslissing genomen om het onderhoud in de camping uit te besteden aan een externe partner. Er is gekozen voor een externe partner omwille van budgettaire en organisatorische redenen. Deze beslissing heeft helaas het gevolg gehad dat wij uw functie hebben geschrappt.' Op het werkloosheidsdocument C4 vermeldde u als juiste oorzaak van de werkloosheid: 'Gewijzigde omstandigheden binnen de onderneming/reorganisatie'.

Dhr. D laat ons weten dat hij zich niet akkoord kan verklaren met de motivatie die u weergeeft in uw schrijven van 15 januari en op het document C4.

Betrokkene is reeds in dienst vanaf 24 maart 2003 bij uw onderneming. Op 20 maart 2018 werd vastgesteld dat Dhr. D een afgescheurde pees had aan zijn rechterschouder. Een operatie drong zich op. Gelet op de zwaarte van de job zou het herstel tot 6 maanden kunnen duren volgens zijn behandelende geneesheer. Betrokkene was dan ook arbeidsongeschikt vanaf 20 maart 2018 t. e. m. 30 september 2019. Tijdens deze periode van arbeidsongeschiktheid ontving ons lid onverwacht zijn ontslagbrief.

Dhr. D is ervan overtuigd dat u hem hebt ontslagen wegens zijn arbeidsongeschiktheid en de eventuele reorganisatie als drogreden hebt gebruikt. Betrokkene bezorgde ons een kopie van de 'nieuwsbrief B H' die hem in deze overtuiging sterkt. U verwijst hierin naar het ontslag als volgt: 'Na vele jaren hebben we afscheid genomen van L D, die u tot het begin dit jaar druk klussend overal op de camping tegen kon komen. Zijn gezondheid gaf de afgelopen maanden de nodige problemen en liet niet toe om zijn werk goed te kunnen uitvoeren. Natuurlijk gaan we hem missen! We willen hem bedanken voor zijn trouwe dienst en zijn altijd enthousiaste inzet.'

Ons lid is dan ook van mening dat er in eerste orde sprake is van discriminatie vanwege zijn huidige of toekomstige gezondheidstoestand en waarvoor er een sanctie is voorzien van een beschermingsvergoeding gelijk aan 6 maanden loon. In ondergeschikte orde argumenteert hij dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag aangezien het ontslag geen verband houdt met zijn geschiktheid of zijn gedrag, of niet berust op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst, en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever en waarvoor betrokkene aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding van 3 tot 17 weken."

De nv B H antwoordde op 23 mei 2019 met volgende brief:⁷

" Wij hebben uw schrijven in verband met het ontslag van L D goed ontvangen.

Met deze brief wensen wij te bevestigen dat reorganisatie de reden van ontslag is en wensen wij ons uitdrukkelijk niet akkoord te verklaren met uw insinuatie dat zijn arbeidsongeschiktheid de reden hiervoor was.

Hiervoor wensen wij volgende argumentatie aan te halen:

- In de B H is er de beslissing genomen om het onderhoud in de camping uit te besteden aan een externe partner.

De redenen hieromtrent zijn zowel budgettaire als organisatorisch. Enerzijds brengt een uitbesteding van het onderhoud een kostenbesparing met zich mee.

Anderzijds kent de camping een seizoensgebonden activiteit. Het samenwerken met een externe partner brengt als voordeel met zich mee dat zij deze flexibiliteit mee kunnen volgen, er kan meer beroep gedaan worden op deze partner in drukke periodes, in kalme periodes wordt er geen of minder beroep gedaan hierop.

⁷ Stuk 14 de heer D, stuk 5 nv B H

Ter staving hiervan kunnen wij u medelen dat in B H beroep werd gedaan (voor het eerst) op de onderneming 'd T' voor algemene onderhoudswerkzaamheden en groenonderhoud. In bijlage vindt u een kopie van een factuur hiervan ter bewijs.

- In januari 2018 werd B H overgenomen door een nieuwe zaakvoerder en kwam deze onder het beleid van de groep C H & C. Ook in de overige vestigingen onder deze groep wordt bepaald dat het onderhoud gedeeltelijk of volledig wordt uitbesteed aan een externe partner. In overleg met de operationeel verantwoordelijke en campingbeheerder werd er gekozen om ook deze werkwijze toe te passen in de camping. L D is arbeidsongeschikt sinds maart 2018, maar de keuze voor uitbesteding is reeds tot stand gekomen door de overname in januari.

- L D had nog een collega in éénzelfde functie. Er is gekozen om L D te ontslagen omwille van objectieve criteria. De anciënniteit van betrokken werknemer is lager dan deze van zijn collega.

L D zijn anciënniteitsdatum was 24/03/2003 en deze van zijn ex-collega was aanzienlijk langer, namelijk 07/10/1991.

- L D werd niet vervangen in de onderneming.

- Het is niet omdat één van de beschermde criteria van toepassing is op de ontslagen werknemer, dat er daarom sowieso sprake is van discriminatie. De werknemer moet ook aantonen dat de ongunstige behandeling (ontslag) is ingegeven door een ongeoorloofd motief (gezondheid). De werknemer brengt hiervan geen begin van bewijs bij.

Er wordt een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gevorderd.

Een kennelijk onredelijk ontslag is het ontslag dat niet is gebaseerd op de houding en/of geschiktheid van de werknemer voor het werk, of dat niet berust op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming of de dienst en waartoe een normaal en redelijk handelend werkgever nooit toe zou beslissen.

Het ontslag is wel degelijk gebaseerd op noodwendigheden inzake de werking van de onderneming: omwille van het seizoensgebonden karakter werd besloten om de eigen onderhoudsdienst af te bouwen (van 2 naar 1 medewerker) en de hierdoor vrijgekomen activiteit uit te besteden aan een externe partner.

Verder is het ontslag van de bewuste medewerker ingegeven door het feit dat er, omwille van de uitbesteding, iemand diende te vertrekken waarbij werd geopteerd voor de persoon met de minste anciënniteit.

Dit maakt geen kennelijk onredelijk ontslag uit.

We wensen dus te besluiten dat de arbeidsongeschiktheid van L niet de reden van ontslag is."

Hierop is verdere briefwisseling gevolgd waarin partijen hun standpunten behielden.⁸ Op 11 september 2019 legde de heer D zijn inleidend verzoekschrift neer op de griffie.

2. De beoordeling

2.1 Vergoeding wegens discriminatie

2.1.1 Principes met betrekking tot discriminatie

De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, hierna de Antidiscriminatiewet genoemd, verbiedt discriminatie op basis van de huidige of toekomstige

⁸ Stukken 15, 16 en 19 de heer D, stukken 6 en 7 nv B H

gezondheidstoestand in arbeidsbetrekkingen, inzonderheid bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁹

Miskening van dit verbod wordt gesanctioneerd door het toekennen van een schadevergoeding aan het slachtoffer.¹⁰

"§ 1. Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

§ 2. De in § 1 bedoelde forfaitaire schadevergoeding wordt als volgt bepaald :

(...)

2° indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning; wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie voorzien in artikel 15, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1°."

De Antidiscriminatiewet bevat een eigen, van het gemeen recht afwijkende regeling van de bewijslast:¹¹

"§ 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."

De vraag dient gesteld wie de bewijslast draagt en hoe het begrip "vermoeden" dient geïnterpreteerd. In dit verband kan worden verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal J. K. van 20 september 2012:¹²

"Artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43 bepaalt dat „wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten [...] feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden”.

⁹ Artikel 4, 4° van de Antidiscriminatiewet

¹⁰ Artikel 18 van de Antidiscriminatiewet

¹¹ Artikel 28 van de Antidiscriminatiewet

¹² Conclusie advocaat generaal van 20 september 2012, arrest H.v.J., 31 januari 2013, C-394/11, V. H. B.

Dit betekent dat de bewijslast reeds dan moet worden omgekeerd in de zin van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/43 wanneer personen die menen dat hun rechten door niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling worden geschonden, feiten aanvoeren waaruit volgt dat er sprake is van kennelijke discriminatie”.

Ook het Grondwettelijk Hof besliste op 12 februari 2009:¹³

“Te dien aanzien dient allereerst te worden vastgesteld dat er enkel sprake kan zijn van een omkering van de bewijslast nadat het slachtoffer feiten heeft bewezen die het bestaan van discriminatie doen vermoeden. Bijgevolg dient het slachtoffer aan te tonen dat de verweerder daden heeft gesteld of opdrachten heeft gegeven die prima facie discriminerend zouden kunnen zijn. De bewijslast ligt derhalve in de eerste plaats bij het slachtoffer (o.a. Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51 - 2720/009, p. 72).

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoonbaar dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem ongunstige behandeling. Hij dient tevens de feiten te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven. Hiertoe kan hij bijvoorbeeld aantonen dat zijn situatie vergelijkbaar is met de situatie van een referentiepersoon (artikel 30, § 2, 2', van de Antiracismewet, artikel 28, § 2, 2', van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 33, § 2, 2', van de Genderwet), zijnde een persoon die niet wordt gekenmerkt door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden en die door de verweerder op een verschillende wijze wordt behandeld.

Voormelde feiten vermogen evenwel niet algemeen van aard te zijn, maar moeten specifiek aan de auteur van het onderscheid kunnen worden toegeschreven. In zoverre volgens de bestreden artikelen gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die gekenmerkt zijn door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden een vermoeden van directe discriminatie doen ontstaan (artikel 30, § 2, 1°, van de Antiracismewet, artikel 28, § 2, 1°, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 33, § 2, 1°, van de Genderwet), dient dat patroon bij die personen te bestaan”.

2.1.2 Er is geen vermoeden van discriminatie

De heer D verwijst naar drie feiten die discriminatie zouden doen vermoeden.

Het betreft:

- het feit dat hij werd ontslaan gedurende een periode van arbeidsongeschiktheid;
- de nieuwsbrief van de nv B H van augustus 2018;
- het feit dat zijn collega, de heer V, met eenzelfde functie binnen het bedrijf doch niet arbeidsongeschikt, niet werd ontslaan.

Samen met de eerste rechters is het arbeidshof van oordeel dat de heer D geen feiten aanvoert die doen vermoeden dat hij werd ontslaan omwille van zijn ziekte-toestand.

Het loutere feit dat het ontslag zich situeert in een periode van arbeidsongeschiktheid volstaat niet als een feit dat discriminatie doet vermoeden. Niets belet de werkgever immers om een werknemer te ontslaan tijdens of kort na een periode van (langdurige) arbeidsongeschiktheid evenwel op voorwaarde dat het motief van het ontslag niet gebaseerd is op discriminerende gronden.

Uit de stukken van de nv B H blijkt dat het ontslag van de heer D en/of de heer V al op tafel lag (mails van februari 2018¹⁴) vooraleer de heer D plots¹⁵ (op 20 maart 2018) een pees afscheurde en hierna geopereerd diende te worden en voor langere periode arbeidsongeschikt werd. Steeds lagen budgettaire

¹³ Arr. GwH. 12 februari 2009, arrest 17/2009, punt B. 91 – B.94, BS 12 maart 2009

¹⁴ Stuk 12 nv B H

¹⁵ Pagina 5 besluiten de heer D van 23 november 2020

redenen aan de grondslag voor enig potentieel ontslag van één van de beide werknemers. Zo stelde de heer N reeds op 13 februari 2018 “staan zijn kosten tegenover voldoende baten?”¹⁶

De heer D verwijst in tweede instantie naar een bericht in een nieuwsbrief waaruit zou moeten blijken dat het ontslag wel degelijk te maken had met zijn gezondheidstoestand.

Het argument van de nv B H dat de “nieuwsbrief B H van augustus 2018”¹⁷ niet uitging van de werkgever zelf maar van een receptioniste, mevrouw A W, is op zich geen argument om “feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden” te weerleggen.

De omstandigheid dat verklaringen niet rechtstreeks van de nv B H afkomstig zijn, verhindert immers niet noodzakelijkerwijs de vaststelling ten aanzien van deze partij van “feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden”. Een werkgever kan de feiten die kunnen doen vermoeden dat hij een discriminerend ontslagbeleid voert niet weerleggen met het loutere argument dat de verklaringen afkomstig zijn van een persoon die niet over rechtsbevoegdheid beschikt om tot ontslag over te gaan.¹⁸ Er is vereist dat een dergelijke werkgever zich duidelijk van de betrokken verklaringen heeft gedistantieerd of dat de communicatie die door deze persoon werd verspreid niet met de werkelijkheid overeenstemt.

De vraag dient echter gesteld of het bewuste bericht in de “nieuwsbrief B H van augustus 2018” een feit uitmaakt dat het bestaan van discriminatie doet vermoeden.

De bewuste nieuwsbrief bevat overduidelijk vele losse, korte, berichten en heeft betrekking op de meest diverse onderwerpen (de warme zomer, nieuwe verhuurcaravans, omwisselen van gasflessen, enz...). Eén van deze elf onderwerpen handelt over het vertrek (“afscheid”) van twee werknemers, de heer D en mevrouw W, en luidt als volgt:

“AFSCHEID

Na vele jaren hebben we afscheid genomen van L D, die u tot begin dit jaar druk klussend overal kon tegenkomen. Zijn gezondheid gaf de afgelopen maanden de nodige problemen en liet niet toe om zijn werk goed te kunnen uitvoeren. Natuurlijk gaan we hem missen! We willen hem bedanken voor zijn trouwe dienst en zijn altijd enthousiaste inzet.”

Het arbeidshof oordeelt dat hieruit geen feit kan worden afgeleid dat discriminatie doet vermoeden. Er wordt in dit korte bericht enkel vermeld dat de tewerkstelling van de heer D, al jaren¹⁹ bekend bij alle bewoners, wordt beëindigd. Hij wordt in dat verband uitdrukkelijk bedankt voor zijn 15 jaren bewezen diensten. In het bericht wordt daarnaast ook aan de bewoners uitgelegd waarom ze hem sedert het begin van het jaar 2018 (in feite sedert maart 2018) tot augustus 2018 niet meer op het werk hadden gezien (het betreft zijn gezondheidsproblemen). De link tussen het ontslag en de gezondheidstoestand wordt in dit bericht evenwel niet gelegd.

Rest tenslotte de vraag of is aangetoond dat de nv B H heeft beslist om de heer D en niet de heer V te ontslaan omwille van diens gezondheidstoestand.

De heer D verwijst in dat verband naar het vermoeden van discriminatie²⁰ dat bestaat:

- uit de ongunstige behandeling;
- door te vergelijken met hoe andere(n) in een gelijkaardige situatie behandeld zijn of zouden worden;
- omwille van het feit dat de reden voor deze behandeling een eigenschap is van het slachtoffer die gelinkt kan worden aan een beschermd criterium.

¹⁶ Stuk 12 nv B H

¹⁷ Stuk 8 de heer D

¹⁸ Zie bv. arrest H.v.J., 25 april 2013, C-81/12, Asociația Accept tegen Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, in zaak over discriminatie bij aanwerving

¹⁹ In dienst sedert 24 maart 2003, stuk 1 de heer D.

²⁰ Artikel 28§ 2 van de Antidiscriminatiewet.

De heer D stelt dat de heer V, met exact dezelfde functie, ondanks de uitbesteding van het groenonderhoud aan externe partners, niettemin in dienst is gebleven en verder zijn functie kon uitoefenen.

Wanneer twee werknemers die dezelfde functie uitoefenen in aanmerking komen voor een ontslag wegens budgettaire redenen, impliceert dit dat de ontslagbeslissing per definitie tot een verschil in behandeling leidt. Hieruit volgt dus evenmin automatisch een vermoeden van discriminatie. Uit de stukken blijkt met name dat de gezondheidstoestand van de heer D geen criterium was bij de ontslagbeslissing door de nv B H. De ontslagkosten van de heer V vielen namelijk hoger uit dan die van de heer D en bepaalden wie uiteindelijk zou ontslaan worden.²¹

Samenvattend is het hof van oordeel dat de door de heer D aangevoerde feiten onvoldoende sterk en pertinent zijn. Het loutere feit dat hij werd ontslaan tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid is niet voldoende om een vermoeden van discriminatie te doen ontstaan. Er worden geen andere feiten aangetoond die erop wijzen dat er ongeoorloofde motieven bij het ontslag meespeelden.

2.2 De vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

2.2.1 Principes met betrekking tot kennelijk onredelijk ontslag

Een kennelijk onredelijk ontslag is een ontslag van een werknemer die is aangeworven voor onbepaalde tijd, dat gebaseerd is op redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever.²²

De toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag heeft geen betrekking op de omstandigheden van het ontslag. Men toetst of de redenen al dan niet verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of zij berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en of de beslissing nooit zou genomen zijn door een normale en redelijke werkgever.

Het gaat hierbij om een marginale toetsing. Alleen de kennelijke onredelijkheid van het ontslag mag getoetst worden en niet de opportuniteit van het beleid van de werkgever.²³ Het betreft de keuze van de werkgever uit de verschillende redelijke beleidsopties die hij heeft. De toevoeging van het woord "kennelijk" aan de notie "onredelijk" wil precies wijzen op de beleidsvrijheid van de werkgever en de toetsing in de marge. Deze laatste is ook ingegeven door de praktische onmogelijkheid om het beleid van de werkgever meer dan marginaal te controleren.

In de rechtsleer wordt opgemerkt dat de vereiste ontslagredenen niet van die aard mag zijn dat een normale en redelijke werkgever nooit tot het ontslag zou hebben beslist. Het gaat om een bijkomende toepassingsvoorwaarde van het kennelijk onredelijk ontslag zelfs wanneer het ontslag wordt gegeven om een reden die geen verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer en evenmin gesteund is op de noodwendigheden van de onderneming, zal het ontslag toch niet kennelijk onredelijk zijn, zolang niet eveneens bewezen is dat een normale en redelijke werkgever dezelfde ontslagbeslissing nooit zou hebben genomen.²⁴

Ook W. v. E. wijst op de dubbele toetsing: in eerste instantie moeten de redenen worden getoetst, met name of zij in beginsel wel in aanmerking komen, m.a.w. of het wel gaat om persoons- of bedrijfsgebonden redenen. Bovendien moet het ontslag worden getoetst aan de uitoefening van dat recht

²¹ Stukken 16 nv B H

²² art. 8 cao n r. 109

²³ commentaar art. 8 cao nr. 109

²⁴ G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", Soc. Kron. 2014 , 134

door een normale en redelijke werkgever. Hij merkt daarbij op dat de bijzin “en waartoe nooit zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever” weinig toevoegt aan de vereisten voor kennelijk onredelijk ontslag in de gevallen waarin het ontslag wordt gegeven om persoonsgebonden redenen. “Verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer” moet men al lezen als “geen kennelijk onredelijk verband” of “zonder dat het motief dat verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer, kennelijk onredelijk is.”. Dat strookt met de rechtspraak van het Hof van Cassatie over willekeurig ontslag.²⁵

De bewijslast wordt eveneens geregeld in de cao nr. 109. Indien de werkgever de redenen van het ontslag heeft meegedeeld ²⁶ draagt de partij die iets aanvoert daarvan de bewijslast. Het behoort aan de werkgever om het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen die hij niet aan de werknemer heeft meegedeeld en die aantonen dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is. Het behoort aan de werknemer om het bewijs te leveren van elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag wanneer hij geen verzoek²⁷ heeft ingediend om de redenen van zijn ontslag te kennen.²⁸ Dit bewijs kan door alle middelen van recht worden geleverd, getuigen en vermoedens inbegrepen.

Het is de werkgever dan ook perfect toegelaten om in het kader van een tegen hem gerichte vordering tot betaling van de in de cao nr. 109 bedoelde vergoeding andere of bijkomende ontslagmotieven in te roepen dan degene die hij initieel heeft medegedeeld.²⁹

De werkgever is in geval van een kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding aan de werknemer verschuldigd die overeenstemt met minimaal 3 weken loon en maximaal 17 weken loon.³⁰

2.2.2 Het ontslag is niet kennelijk onredelijk

Bij aangetekend schrijven van 6 augustus 2018 stelde de nv B H een einde aan de bestaande arbeidsovereenkomst met een opzegtermijn van 15 weken en 56 kalenderdagen welke zou aanvangen op 3 september 2018.³¹ Aan de arbeidsovereenkomst kwam effectief een einde op 18 maart 2019.³²

Wanneer de nv B H door de heer D werd gevraagd om de ingeroepen ontslagredenen mede te delen ³³ antwoordde zij dat de reden van het ontslag “reorganisatie” was. Het onderhoud in de camping zou namelijk worden uitbesteed aan een externe partner omwille van budgettaire en organisatorische redenen. Het gevolg van haar beslissing tot uitbesteding was dat de functie van de heer D werd geschrapt.³⁴

Het hof oordeelt dat de door de nv B H medegedeelde en ingeroepen ontslagmotieven wel degelijk met de realiteit overeenstemmen.

De nv B H werd namelijk begin 2018 overgenomen door de groep C H & C. Na deze overname werd reeds vrij snel de beslissing genomen om, zoals bij verschillende andere vestigingen van deze groep,

²⁵ zie: W. VAN EECKHOUTTE, Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag, TSR, 2015, 717 en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer en vgl.: Cass. 22 november 2010, JTT 2011, afl. 1085, 3, concl. R. MORTIER

²⁶ met inachtneming van artikel 5 of 6 van de cao nr. 109

²⁷ met inachtneming van artikel 4 van de cao nr. 109

²⁸ art. 10, cao nr. 109

²⁹ W. VAN EECKHOUTTE, Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag, o.c

³⁰ art. 9 cao n r. 109

³¹ Stuk 9 de heer D

³² Stuk 5 de heer D

³³ Brief de heer D van 8 januari 2019, stuk 11 de heer D, stuk 2 nv B H

³⁴ Stuk 12 de heer D, stuk 3 nv B H

beroep te doen op een externe partij om te voorzien in het groenonderhoud. Zoals hoger vermeld werd in dat verband reeds in februari 2018 een begin gemaakt met een kosten-batenanalyse.³⁵ De nv B H was van oordeel dat de kosten voor het in dienst houden van twee personeelsleden in het groenonderhoud te hoog waren en er efficiënter diende gewerkt te worden³⁶ Hierna werd afgewogen welke van de twee werknemers zou worden ontslaan waarbij terug een kostenanalyse gebeurde.³⁷ Hieruit bleek dat de ontslagkost van de heer V hoger was.

Het blijkt uit de stukken eveneens dat de nv B H na het ontslag van de heer D ook effectief (meer) met externe partners voor het groenonderhoud is gaan werken.³⁸

De opmerking van de heer D dat er een familiale band bestond tussen de externe consultant van de groep C H & C de heer A D, en één van die externe partners, H, is in de beoordeling van het kennelijk onredelijk ontslag niet dienstig. Het is en blijft met name door de nv B H bewezen dat er effectief om budgettaire redenen voor een externe partner werd gekozen.

Het motief van het ontslag houdt bijgevolg verband met de noodwendigheid van de onderneming.

3. Besluit

De organisatorische en budgettaire redenen die de nv B H van in het begin als ontslagmotieven heeft opgegeven om tot ontslag van de heer D over te gaan zijn bewezen.

De heer D toont geen feiten aan die discriminatie doen vermoeden.

Gezien de ingeroepen ontslagredenen door de nv B H wel degelijk worden bewezen en zij gesteund zijn op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming is er geen sprake van een kennelijk onredelijk ontslag.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 15 juni 2020 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout.

Veroordeelt de heer D tot de betaling van de gerechtskosten in graad van beroep van de nv B H die als volgt worden begroot en vereffend:

- € 1.320,00 rechtsplegingsvergoeding hoger beroep

Aldus gewezen door:

C R, raadsheer,

W W, raadsheer in sociale zaken, werkgever,

F B, raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,

³⁵ Stuk 12 nv B H

³⁶ Stukken 13 nv B H

³⁷ Stuk 14 en 16 nv B H

³⁸ Stukken 9 en 10 nv B H