

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN
VAN 26 OKTOBER 2021
Afdeling Mechelen

Derde kamer

In de zaak :

D. A. (RRN : ...)
(...)

Eiseres, vertegenwoordigd door ROBBEETS MARYSE - ACV-ARBEIDSRECHT, met kantoor te 2800 MECHELEN,

tegen

R. M. NV, (KBO: ...)
(...)

Verweerster, vertegenwoordigd door meester VANGOMPEL AN, advocaat, met kantoor te 3500 HASSELT,

1. Procedure

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

Gezien de stukken, gevoegd in het dossier van de rechtspleging, waaronder :

- het verzoekschrift op tegenspraak d.d.12.06.2020, ontvangen ter griffie op 15.06.2020;
- de conclusie en syntheseconclusie van eiseres;
- de conclusie en syntheseconclusie van verweerster;
- de processen-verbaal van de terechtzittingen.

Gelet op het naar behoren geïnventariseerd bundel voor iedere partij.

Partijen worden gehoord in hun middelen ter terechtzitting van 28.09.2021, waarna de debatten werden gesloten.

Het debat werd voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking overeenkomstig de bepalingen van artikel 734 Ger.W., doch partijen kwamen niet tot een verzoening.

Substituut-arbeidsauditeur, mevrouw A. F. gaf namens het openbaar ministerie mondeling advies op de zitting van 28.09.2021, waarop partijen niet repliceerden.

De rechtbank nam de zaak daarna in beraad.

2. Voorwerp van de vordering

Met conclusie van 20 april 2021 vraagt mevrouw D. A. als volgt:

- In hoofdorde: de Res. M. NV te veroordelen tot de betaling van de som, van:
 - 19.227,00 euro bruto ten titel van schadevergoeding wegens discriminatie op; grond van de huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand;
 - 1.479,00 euro bruto ten titel van burgerlijke boete wegens miskenning van de vormvereisten voorgeschreven door cao 109;
- In ondergeschikte orde: de Res. M. NV te veroordelen tot de betaling van de som van:
 - 1.479,00 euro bruto ten titel van burgerlijke boete wegens miskenning van de vormvereisten voorgeschreven door cao 109;
 - 12.571,50 euro bruto ten titel van schadevergoeding uit hoofde van een kennelijk onredelijk ontslag cfr. cao 109;

Deze brutobedragen te verminderen met de wettelijk verplichte sociale en/of fiscale inhoudingen en te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijk intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf hun eisbaarheid;

De Res. M. NV te veroordelen tot de kosten van het geding, waaronder de bijdrage van 20 euro voor het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand;

De Res. M. NV te veroordelen tot afgifte van volgende fiscale en sociale documenten binnen de wettelijk voorziene termijn:

- De loonbrief op het moment van betaling;
- De individuele rekening binnen de twee maanden na betaling;
- De fiscale loonfiche nr. 281.10 voor één maart van het jaar volgend op het jaar van betaling;

En dit telkens op verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document nadat de wettelijk voorziene termijn met één maand zal overschreden zijn;

Het te vellen vonnis conform artikel 1397 Ger.W. uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, spijs welk rechtsmiddel ook, zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van elk vermogen tot kantonnement.

Met conclusie van 24 mei 2021 vraagt Res. M. NV de vordering van mevrouw D. A. ontvankelijk doch ongegrond te verklaren. Zij vraagt mevrouw D. A. te veroordelen tot alle kosten van het geding, rechtsplegingsvergoeding ten belope van 2.400 euro inbegrepen.

3. Feiten

Res. M. NV is een woon- en zorgcentrum met twee vestigingen: "M." te Mechelen en "D. M." te Muizen.

Mevrouw D. A. trad in dienst bij Res. M. NV op 23 november 2015 met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur in de hoedanigheid van hulpkok. Zij was verbonden aan de vestiging "D. M." te Muizen. Vanaf 11 februari 2016 is zij werkzaam als chefkok en wijzigt bijgevolg het baremaloon voor kok naar het baremaloon voor chefkok. Vanaf 1 juli 2016 wijzigt het baremaloon voor chefkok met vijf jaar anciënniteit naar het baremaloon voor chefkok met elf jaar anciënniteit (stuk 1 mevrouw D. A.).

Op 21 oktober 2017 onderging mevrouw D. A. een rugoperatie waardoor ze arbeidsongeschikt was tot eind december 2017. Mevrouw D. A. werd opnieuw arbeidsongeschikt vanaf 12 april 2018.

Op 17 april 2018 plaatste Res. M. NV online een vacature bij de VDAB voor chefkok in "D. M. " met een contact van onbepaalde duur (stuk 2 mevrouw D. A.).

Op vraag van mevrouw D. A. werd door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer van Mensura op 24 april 2018 een re-integratiebeoordeling uitgevoerd. De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer besliste als volgt: "De mogelijkheid bestaat dat de bovengenoemde persoon op termijn het overeengekomen werk kan hervatten (desgevallend mits aanpassing van de werkpost). Ondertussen is aangepast of ander werk mogelijk (desgevallend mits aanpassing van de werkpost)". Hij besloot tot de volgende aanpassingen van de werkpost: "Vanaf 1 mei 2018 maximaal 50% tewerkstelling in toezichthoudende of administratieve functie, fysiek rug belastende arbeid is uitgesloten". Er werd een re-evaluatie gepland op 14 juni 2018 en de re-integratiebeoordeling werd op 25 april 2018 meegedeeld aan mevrouw D. A. en aan Res. M. NV (stuk 3 mevrouw D. A.).

Vanaf 14 mei 2018 hervatte mevrouw D. A. deeltijds het werk met toestemming van de adviserend geneesheer van de mutualiteit. Zij werd tewerkgesteld in haar normale functie als chefkok. Res. M. NV stelt dat zij in de context van een woon-zorgcentrum geen mogelijkheid had om ander aangepast werk aan te bieden. Er werd noch een re-integratieplan noch een verslag met de motivering waarom dit niet mogelijk is, opgemaakt. Vanaf 23 mei 2018 werd mevrouw D. A. opnieuw arbeidsongeschikt.

Per aangetekend schrijven van 18 juni 2018 maakte Res. M. een einde aan de arbeidsovereenkomst mits betaling van een verbrekingsvergoeding van twaalf weken loon (stuk 4 mevrouw D. A.). Op de C4 werd als reden voor het ontslag "Reorganisatie van de keuken met herverdeling van de taken" opgegeven (stuk 2 Res. M. NV).

Op 26 juni 2018 werd de online vacature voor chefkok in "D. M. " gewijzigd (stuk 2 mevrouw D. A.).

Per aangetekend schrijven van 26 juli 2018 verzocht mevrouw D. A. de redenen voor haar ontslag te willen meedelen (stuk 5 mevrouw D. A.).

In antwoord op dit schrijven, deelde Res. M. NV de redenen voor het ontslag als volgt mee (stuk 6 mevrouw D. A.):

“(…)

- Daling personeelsbezetting keuken in kader van reorganisatie van de keukenwerking
- Integratie en toewijzen van keukentaken aan logistieke helpers/zorgdepartement
- Wijziging keukenwerking: invoering werken met voorbereide halfklare gerechten en regeneratiemaaltijden

(…)”

Bij schrijven van haar toenmalig raadsman reageerde mevrouw D. A. op dit schrijven (stuk 9 mevrouw D. A.). Zij stelt dat de aangehaalde redenen manifest in strijd zijn met de werkelijkheid en vordert een schadevergoeding wegens discriminatoir ontslag gesteund op haar gezondheidstoestand:

"(..)

Tijdens persoonlijke gesprekken tussen u en cliënte is gebleken dat cliënte ontslagen werd wegens haar huidige/toekomstige gezondheidstoestand, dan wel vanwege haar handicap, en in geen geval omwille van herstructurering van de werkzaamheden. Dat blijkt des te meer uit het feit dat u nog een vacature voor een chefkok liet plaatsen op de website van de VDAB op 17 april 2018, die werd gewijzigd op 26 juni 2018. Daarenboven nam u in oktober een nieuwe chefkok (die overigens nog gerekruteerd werd door cliënte) aan voor hetzelfde werk. Uw redenen van (1) daling van de personeelsbezetting, (2) een integratie in de keuken van een logistieke helper en (3) een wijziging van de keukenwerking, stemmen dus niet overeen met de realiteit. Getuigen zijn bereid de werkelijke redenen van ontslag te bevestigen. (..)"

Res. M. NV reageerde hier op als volgt (stuk 10 mevrouw D. A.):

"(...) We handhaven onze ontslagmotivering en ontkennen formeel dat het ontslag te maken heeft met de gezondheidstoestand van betrokkene.

Er is zowel een structurele reorganisatie in de werking als een daling van het personeelsbestand:

- Daling personeelsbezetting keuken in het kader van reorganisatie van de keukenwerking
 - De leiding van de 2 keukens werd toegewezen aan één keukenchef, zijnde de keukenchef van M.
 - Voor D. M. betekent dit een structurele daling van het personeelsequivalent met 0,8 FTE
- Wijziging keukenwerking: invoering werken met voorbereide halfklare gerechten en regeneratiemaaltijden
 - Bereidingswijze in de keuken D. M. werd structureel gewijzigd:
 - Dagelijks menu wordt gelijkgeschakeld met menu M.
 - Maaltijdvoorbereidingen vinden plaats in M. — in D. M. gebeurt enkel de afwerking van de maaltijden (...)"

De toenmalig raadsman van mevrouw D. A. reageerde opnieuw bij aangetekend schrijven van 17 juni 2019 dat de door Res. M. NV aangehaalde redenen voor het ontslag manifest in strijd zijn met de werkelijkheid vermits er geen sprake is van een daling van het personeelsbestand (stuk 11 mevrouw D. A.).

Er volgde nog correspondentie tussen de vakorganisatie van mevrouw D. A. en Res. M. NV en uiteindelijk legde mevrouw D. A. op 15 juni 2020 een verzoekschrift neer bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen.

4. Beoordeling

4.1 Rechtsmacht en bevoegdheid

Noch over de rechtsmacht, noch over de bevoegdheid van de rechtbank bestaat betwisting. De rechtbank stelt in dit verband geen middelen vast die zij ambtshalve moet opwerpen.

4.2 Ontvankelijkheid

Over de ontvankelijkheid van de vordering bestaat geen betwisting. De rechtbank stelt geen middelen van onontvankelijkheid vast die zij ambtshalve moet opwerpen.

4.3 Ten gronde

4.3.1 Schadevergoeding wegens discriminatie

Mevrouw D. A. heeft recht op een schadevergoeding op grond van de antidiscriminatiewet

Mevrouw D. A. vordert op basis van artikel 18 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 de betaling van een schadevergoeding gelijk aan zes maanden loon. Zij is van oordeel dat de chronologie van de feiten, die allemaal draaien rond haar ziekte, doet vermoeden dat zij omwille van haar gezondheidstoestand werd gediscrimineerd en dat er bovendien sprake is van een referentiepersoon in de zin van artikel 28§2, 2° Antidiscriminatiewet ten opzichte van wie zij ongunstiger behandeld werd. Zij is van oordeel dat Res. M. NV er niet in slaagt om het vermoeden van discriminatie te weerleggen: zij bewijst volgens haar niet dat het ontslag niet gemotiveerd werd door het beschermd criterium "huidige of toekomstige gezondheidstoestand" en geeft geen passende en noodzakelijke rechtvaardiging vermits zij niet bewijst dat er daadwerkelijk een reorganisatie plaatsvond.

Res. M. NV stelt dat er geen sprake is van discriminatie omdat zij mevrouw D. A. niet heeft ontslagen omwille van haar gezondheidstoestand maar omdat zij ten gevolge van haar afwezigheid de werking van de keuken diende te optimaliseren om zo de continuïteit te garanderen waardoor de functie van mevrouw D. A. overbodig werd. In ondergeschikte orde argumenteert Res. M. NV dat het directe onderscheid gerechtvaardigd werd door een legitiem doel, met name de goede werking en continuïteit van de dienstverlening waardoor een reorganisatie noodzakelijk was. In meer ondergeschikte orde stelt zij dat voor de berekening van de schadevergoeding moet uitgegaan worden van het deeltijdse loon van mevrouw D. A. en dat de schadevergoeding dient herleid te worden tot drie maanden loon.

De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, kortweg de Antidiscriminatiewet, verbiedt discriminatie bij de beëindiging van de arbeidsbetrekking op grond van de huidige en toekomstige gezondheidstoestand (artikel 3 en 5 §2 3° Antidiscriminatiewet).

In artikel 4, 6° Antidiscriminatiewet is een direct onderscheid gedefinieerd als 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. Een indirect onderscheid is 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 (artikel 4, 8° Antidiscriminatiewet).

Wat de bewijslastverdeling betreft, bepaalt artikel 28 Antidiscriminatiewet dat wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie voor het bevoegde rechtcollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

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; of (2) de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon (artikel 28 §2 Antidiscriminatiewet).

Aangezien mevrouw D. A. zich het slachtoffer acht van een discriminatie in de zin van voornoemd artikel 28 §1, moet zij in eerste instantie voldoende elementen aandragen die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden. Bijgevolg dient het slachtoffer aan te tonen dat Res. M. NV daden heeft gesteld 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 aldus aan te voeren feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoont 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, zijnde een persoon die niet wordt gekenmerkt door een beschermd criterium en die op een verschillende wijze wordt behandeld. De feiten mogen niet van algemene aard zijn, maar moeten specifiek aan de auteur van het onderscheid toegeschreven kunnen worden. De rechter dient de juistheid van de gegevens die hem worden voorgelegd te beoordelen in overeenstemming met de regels van gemeen recht, waarbij hij geval per geval moet oordelen over de regelmatigheid van de aangebrachte elementen. De rechter heeft hiervoor de nodige appreciatievrijheid (GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009; Arbh. Brussel 18 december 2018, JTT 2019, 317).

De rechtbank is van oordeel dat de vermoedens van het bestaan van discriminatie op grond van een beschermde grond die door het slachtoffer moeten worden aangevoerd, niet te strikt mogen worden beoordeeld. Het doel van de wetgever, Europees of Belgisch, was immers om de zwakkere partij te beschermen door het systeem van de verdeling van de bewijslast. Dit is ingegeven door de vaststelling dat slachtoffers van discriminatie moeilijkheden ervaren om de discriminatie te bewijzen en dat de dader soms pogt dit te verhullen. Anders zou er ook geen onderscheid meer zijn tussen het bewijs van de feiten die aanleiding geven tot een vermoeden van discriminatie op grond van een beschermd criterium en het bewijs van de discriminatie zelf (Arbh. Brussel, 8 januari 2020, www.unia.be).

De rechtbank is van oordeel dat mevrouw D. A. voldoende sterke en pertinente feiten aantoont die het bestaan van discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden.

Res. M. NV argumenteert dat de bewijslast in hoofde van mevrouw D. A. impliceert dat zij moet aantonen dat ze slachtoffer is van een ongunstigere behandeling, in vergelijking met een referentiepersoon die zich in een vergelijkbare situatie moet bevinden, waarbij een causaal verband moet bestaan tussen de ongunstigere behandeling en het beschermd criterium. Zij stelt dat chef L. zich niet in een vergelijkbare situatie bevindt vermits hij een veel ruimere anciënniteit en ervaring heeft dan mevrouw D. A. en dat bovendien niet vaststaat dat chef L. ziek is.

Artikel 28 van de Antidiscriminatiewet voorziet in een exemplatieve lijst van specifieke bewijsmiddelen zoals het aantonen van gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon. Het staat het slachtoffer van discriminatie echter vrij om via de gemeenrechtelijke bewijsregels het vermoeden van discriminatie aan te tonen.

De rechtbank meent dat de chronologie van de feiten en de timing van het ontslag van mevrouw D. A. wel degelijk wijzen op een causaal verband tussen haar gezondheidstoestand en haar ontslag:

-Zo aanvaardt de rechtbank dat Res. M. NV minstens impliciet erkent dat het onderliggende motief van de ontslagbeslissing de gezondheidstoestand van mevrouw D. A. is geweest, nu zij op pagina 4 van haar besluiten stelt: "Daarbij moet concludante inderdaad erkennen dat de afwezigheden van eiseres wogen op de organisatie van de keuken" en dat zij aangeeft dat de reorganisatie in de keuken met herverdeling van de taken gebeurde naar aanleiding van de afwezigheid (die omwille van ziekte was) van mevrouw D. A..

-Res. M. erkent ter zitting tevreden te zijn geweest over de arbeidsprestaties van mevrouw D. A.. Mevrouw D. A. groeide ook op enkele maanden door van hulpkok naar chefkok en twee maal werd een verhoging van het loon toegekend. Er ligt ook geen enkele negatieve evaluatie, laat staan een aanmaning voor omtrent het niet op afdoende wijze presteren van mevrouw D. A.. De goede arbeidsprestaties van mevrouw D. A. staan niet ter discussie.

-Mevrouw D. A. was arbeidsongeschikt van 21 oktober 2017 tot einde december 2017 ten gevolge van een rugoperatie. Zij werd opnieuw arbeidsongeschikt vanaf 12 april 2018. Na een korte deeltijdse

werkhervatting van 14 mei tot en met 22 mei 2018, werd zij opnieuw arbeidsongeschikt en vervolgens ontslagen op 18 juni 2018. Het is opvallend en minstens verdacht dat Res. M. NV online een vacature bij de VDAB plaatste voor een gediplomeerde kok in "D. M. " (met een contact van onbepaalde duur), dezelfde functie als mevrouw D. A., op 17 april 2018, vijf dagen nadat zij arbeidsongeschikt werd en vervolgens op 26 juni 2018 de vacature "wijzigde", acht dagen nadat zij ontslagen werd (stuk 2 mevrouw D. A.).

-Op vraag van mevrouw D. A. werd door de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer van Mensura op 24 april 2018 een re-integratiebeoordeling uitgevoerd. De preventieadviseur-arbeidsgeneesheer besliste dat mevrouw D. A. op termijn haar functie mogelijk kon hervatten en dat ondertussen aangepast of ander werk mogelijk was: "Vanaf 1 mei 2018 maximaal 50% tewerkstelling in toezichhoudende of administratieve functie, fysiek rug belastende arbeid is uitgesloten". Res. M. NV kreeg kennis van deze aanbeveling van de preventieadviseur-arbeidsarts op 25 april 2018. Tussen partijen staat ter discussie of Res. M. NV al dan niet in de mogelijkheid was om aan mevrouw D. A. aangepast werk aan te bieden. Mevrouw D. A. stelt dat haar functie als chef-kok voor een stuk administratief werk inhoudt en dat het dus perfect mogelijk was om in het kader van een progressieve werkhervatting dit aspect te laten vervullen. Res. M. NV stelt dat er slechts twee administratieve functies zijn in het woonzorgcentrum en dat elke andere functie in het woonzorgcentrum rugbelastend is. Zij argumenteert dat dit administratief werk verbonden aan de functie van chef-kok alleszins verwaarloosbaar is en dus niet voldoende om iemand deeltijds bezig te houden. De rechtbank stelt zich de vraag of de combinatie van de administratieve taken als chefkok in combinatie met rugsparend keukenwerk als chefkok waarbij taken zoals met zware karren rondrijden, verplaatsen van zware potten en pannen werden overgelaten aan de logistieke medewerkers in het kader van een progressieve werkhervatting toch geen mogelijkheid was.

In ieder geval dient de werkgever na ontvangst van de re-integratiebeoordeling door de preventiearts-arbeidsgeneesheer binnen een termijn van 55 werkdagen (in geval van een tijdelijke ongeschiktheid wat hier het geval was) een re-integratieplan op te maken. Een werkgever die meent dat het technisch of objectief onmogelijk is, of om gegronde redenen redelijkerwijze niet kan worden geëist, motiveert dit in een verslag dat hij bezorgt aan de werknemer en de preventieadviseur-arbeidsarts binnen een termijn van 55 dagen werkdagen en ter beschikking houdt van de met toezicht belaste ambtenaren (artikel 1.4-74 Codex over het welzijn op het werk). Res. M. NV brengt geen enkel bewijs voor dat zij de beweerde onmogelijkheid om mevrouw D. A. aangepast werk aan te bieden ter kennis heeft gebracht zoals voorgeschreven door voormeld artikel. Bijgevolg wordt door de Res. M. NV niet met zekerheid aangetoond dat zij, op het moment van de ontslagbeslissing, geen aangepast werk dat overeenkwam met de aanbevelingen van de preventieadviseur-arbeidsarts voorhanden had.

De rechtbank begrijpt ook het argument van Res. M. NV niet dat zij nooit geweigerd heeft om een re-integratieplan op te maken maar dat het geen prioriteit was om dit uit te werken toen mevrouw D. A. terug ziek werd na haar korte werkhervatting en dat het uiteindelijk niet meer nuttig was omwille van haar ontslag. Een re-integratieplan wordt juist opgemaakt om de arbeidsongeschikte werknemer terug aan het werk te krijgen. De rechtbank begrijpt dan ook niet hoe de Res. M. NV zich kan verschuilen achter de ziekte van mevrouw D. A. om geen werk te maken van het plan.

Uit het feit dat noch een re-integratieplan voorligt, noch het verslag met de motivering waarom dit niet mogelijk was, blijkt alleszins het vermoeden dat Res. M. niet constructief meewerkte aan de re-integratieprocedure, wat nog versterkt wordt door de timing van het ontslag op 18 juni 2018 na de aanbeveling van de preventiearts-arbeidsgeneesheer ter kennis gebracht op 25 april 2018 en de re-evaluatie op 14 juni 2018 (zie hieronder).

-Op 14 juni 2018 vond er een re-evaluatie plaats bij de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer. Het staat niet ter discussie dat naar aanleiding van deze re-evaluatie, een telefoongesprek plaatsvond tussen Res. M. NV en de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in aanwezigheid van mevrouw D. A.. Mevrouw D. A. beweert dat Res. M. NV gevraagd zou hebben om mevrouw D. A. definitief medisch ongeschikt te verklaren wat de preventieadviseur-arbeidsarts geweigerd zou hebben. Res. M. NV zegt zich de details

van het gesprek niet meer te herinneren maar betwist dat zij dit gevraagd zou hebben. Zij erkent wel dat er tijdens dit gesprek verschillende pistes werden besproken. De rechtbank vindt het dan ook opmerkelijk dat mevrouw D. A. vier dagen na deze re-evaluatie en het gesprek van de Res. M. NV met de preventieadviseur-arbeidsarts aangaande verschillende pistes in het kader van de re-integratieprocedure van mevrouw D. A., met name op 18 juni 2018 ontslagen werd. De mogelijkheid tot re-integratie van mevrouw D. A. werd op die manier op abrupte wijze afgebroken.

De rechtbank besluit op basis van het geheel van al deze elementen zoals hierboven uiteengezet dat mevrouw D. A. voldoende feiten aanvoert die een discriminatie op grond van de huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand kunnen doen vermoeden.

Vermits mevrouw D. A. het verband tussen het ontslag en haar gezondheidstoestand voldoende aannemelijk maakt, wordt de bewijslast verschoven naar de Res. M. NV die het tegenbewijs dient te leveren dat er geen discriminatie is. Het komt derhalve de Res. M. NV toe te bewijzen dat er een rechtvaardigingsgrond zoals bedoeld in artikel 7 van de Antidiscriminatiewet voorhanden was. Artikel 7 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat elk direct onderscheid op grond van één van de beschermde criteria een directe discriminatie vormt, tenzij dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Res. M. NV verwijst naar de goede werking en de continuïteit van de dienstverlening die een reorganisatie noodzakelijk zou hebben gemaakt met als gevolg het ontslag van mevrouw D. A.. Het nastreven van een goede werkorganisatie en een continuïteit van de dienstverlening is een legitiem doel. De arbeidsrechtbank kan ook aannemen dat de afwezigheid van een chef-kok in de keuken van een woonzorgcentrum met een klein aantal tewerkgestelde werknemers een verstoring teweegbrengt in de werking van de keuken en voor moeilijkheden zorgt waardoor het nemen van bepaalde maatregelen noodzakelijk kan zijn.

Bij de toetsing van het passend en noodzakelijk karakter van de maatregel, kan de rechtbank zich niet in de plaats stellen van de werkgever. Het behoort niet aan de rechtbank om de beleidskeuze van een onderneming, zoals bijvoorbeeld het al dan niet inschakelen van uitzendkrachten te beoordelen. Wel moet de rechtbank toetsen of wat als passend en noodzakelijk wordt voorgesteld, dat werkelijk is, en of hetgeen de werkgever daarover argumenteert bewezen is.

De afwezigheid wegens ziekte van een werknemer brengt extra werk mee en/of extra inspanningen van de organisatie of van andere werknemers, zoals Res. M. NV ook in haar besluiten stelt: "Van zodra een medewerker met een sleutelfunctie in de keuken afwezig is, is het voor de anderen letterlijk 'alle hens aan dek' want er moet uiteraard eten op tafel komen voor de bewoners. Concluante heeft daarom beslist om de werking van haar keuken te reorganiseren. Deze beslissing staat los van de ziekte van eiseres, maar werd genomen uit organisatorisch belang, om te zorgen voor continuïteit. De keukenchef van de andere vestiging van concluante, M. , is in het kader van deze reorganisatie vanaf de tweede helft van april 2018 verantwoordelijk geworden voor beide keukens (D. M. en M.). "...Concluante heeft dus schaalvergroting gezocht door beide keukens te gaan integreren. Daarnaast werden twee bestaande (logistieke) keukenmedewerkers verhoogd in uren, waardoor de functie van eiseres in feite overbodig was geworden...". Het feit dat omwille van de afwezigheid van mevrouw D. A. extra inspanningen werden gevraagd van de organisatie en andere werknemers, is op zich niet voldoende opdat het ontslag van mevrouw D. A. een passende en noodzakelijke maatregel zou zijn. Het volstaat niet om louter voor te houden dat de ontslagbeslissing genomen is teneinde de werking van de keuken te optimaliseren en de continuïteit te garanderen. Artikel 7 van de Antidiscriminatiewet vereist immers dat de maatregel passend en noodzakelijk is, wat een striktere vereiste is dan dat de maatregel enkel zou beantwoorden aan de behoeften van de onderneming.

Res. M. NV stelt in haar besluiten (p.11) dat ze de afwezigheden van mevrouw D. A. in het verleden ook altijd heeft opgevangen via de keukenchef en zijn medewerkers van de andere vestiging M. . Verder stelt zij, vermits mevrouw D. A. ook in 2017 regelmatig afwezig was (88 dagen), intussen heel wat ervaring te hebben met dit systeem en dat ook de keukenchef van M. intussen vertrouwd was met deze

manier van werken. Res. M. NV erkent dus dat zij in staat was om de afwezigheid van mevrouw D. A. organisatorisch op te vangen zonder al te veel problemen. De arbeidsrechtbank kan dan ook nergens uit afleiden dat de afwezigheid van mevrouw D. A. de werkorganisatie zodanig onder druk zette dat haar ontslag een passende en noodzakelijke maatregel was. Res. M. NV toont dan ook niet aan dat het ontslag van mevrouw D. A. passend en noodzakelijk was voor de goede werking en de continuïteit van de dienstverlening, te meer daar de preventieadviseur-arbeidsarts van oordeel was dat mevrouw D. A. op termijn mogelijk haar functie kon hernemen en de re-integratieprocedure abrupt werd afgebroken door het ontslag van mevrouw D. A. (zie hierboven). Het ontslag is aldus een verboden discriminatie op grond van de gezondheidstoestand van mevrouw D. A..

Bovendien is de rechtbank van oordeel dat, zelfs in de veronderstelling dat de reorganisatie van de keuken met het ontslag van mevrouw D. A. zoals doorgevoerd door Res. M. , een noodzakelijks en passende maatregel was om een legitiem doel te bereiken, quod non, de realiteit van die reorganisatie niet wordt bewezen door Res. M. NV. In haar antwoordschrijven op het verzoek van mevrouw D. A. om de concrete redenen van haar ontslag mee te delen (stuk 10 van mevrouw D. A.), maakt Res. M. NV gewag van enerzijds een structurele reorganisatie in de werking van de keuken en anderzijds van een daling in het personeelsbestand. In dit schrijven verklaart Res. M. NV dat, vermits de leiding van de twee keukens werd toegewezen aan één keukenchef, zijnde de keukenchef van M. , dit voor D. M. een structurele daling van het personeelsequivalent met 0,8 FTE betekende.

Uit de door Res. M. NV bijgebrachte getuigenverklaring van de heer L. , chef-kok, blijkt dat na het ontslag van mevrouw D. A. de werking van de keuken in D. M. en van de keuken in M. op elkaar werd afgestemd om tot een efficiëntere werking te komen: dagelijks hetzelfde menu, samenvoegen van productie, bestellingen, uurroosters en het opvolgen van HACCP keuken. Uit deze verklaring blijkt eveneens dat de heer L. G. mevrouw D. A. verving tijdens haar afwezigheid: hij werd deeltijds ingeschakeld om de continuïteit van de keukenwerking in D. M. te garanderen en kwam dagelijks ter plaatse. De rechtbank treedt evenwel mevrouw D. A. bij dat uit deze verklaring niet blijkt dat er sprake was van een definitieve daling van het personeelsbestand na het ontslag van mevrouw D. A..

Res. M. NV poneert dat de leiding van de twee keukens definitief werd toegewezen aan één keukenchef, zijnde de keukenchef van M. , wat betekende dat de job van mevrouw D. A. overbodig werd en dat er in D. M. een structurele daling van het personeelsequivalent met 0,8 FTE was. De Res. M. toont echter op geen enkele wijze deze structurele daling aan; het kan nochtans niet moeilijk zijn om hiervan bewijsstukken, zoals bv. personeelslijsten, voor te leggen mochten er effectief minder personeelsleden tewerkgesteld worden.

De beweerde daling van het personeelsbestand doordat voortaan slechts één chef-kok nodig was voor de keukens in beide vestigingen is overigens volledig in strijd met de door Res. M. geplaatste vacatures voor een gediplomeerde kok in het woonzorgcentrum D. M. . Uit stuk 2 van mevrouw D. A. blijkt dat deze vacature op de website van de VDAB werd geplaatst op 17 april 2018, enkele dagen nadat mevrouw D. A. opnieuw was ziek gevallen en vervolgens "gewijzigd" werd op 26 juni 2018, enkele dagen na het ontslag van mevrouw D. A.. Op de zitting werd door de raadsman van Res. M. NV bevestigd dat zij als werkgever de vacature inderdaad online zette maar niet weet waarom deze vacature opnieuw werd geactiveerd op 26 juni 2018. Dit is niet geloofwaardig: het komt de rechtbank al te toevallig voor dat enkele dagen na het ontslag van mevrouw D. A. de vacature voor een gediplomeerde kok werd geactiveerd. Indien er effectief een personeelslid minder nodig was in de keuken van D. M. en de chef-kok overbodig zou zijn geworden door de reorganisatie, waarom stond er dan een vacature online voor een gediplomeerde kok in D. M. , die bovendien net na het ontslag van mevrouw D. A. werd "gewijzigd"? Res. M. NV repliceert hierop in besluiten enkel dat het geen vacature voor een chef-kok zou betreffen. Maar zelfs in de veronderstelling dat het enkel een vacature voor een gediplomeerde kok was en niet voor een chef-kok, dan nog geeft Res. M. NV geen enkele uitleg waarom men over wenste te gaan tot de recrutering van een gediplomeerde kok, nu zij beweert dat in de keuken van D. M. naast de logistieke medewerkers en de hulpkok geen kok meer nodig was? De rechtbank treedt het arbeidsauditoraat dan ook bij dat het tegenstrijdig is om enerzijds te stellen dat de afwezigheid van mevrouw D. A. woog op de organisatie van de keuken en dat er onmiddellijk in haar vervanging moest

worden voorzien en anderzijds te stellen dat haar functie overbodig was. Het komt de rechtbank dan ook voor dat er wel degelijk werd voorzien in de vervanging van mevrouw D. A. en dat er geen sprake was van een daling van het personeelsbestand, alleszins wordt dit niet aangetoond door de Res. M. NV.

Aangezien Res. M. NV op geen enkele wijze de redenen bewijst die zij aanvoert, met name de reorganisatie waardoor de functie van mevrouw D. A. definitief overbodig zou zijn geworden, kunnen deze beweerde redenen ook geen legitiem doel vormen dat het ontslag niet discriminerend zou maken.

De arbeidsrechtbank besluit dat mevrouw D. A. het slachtoffer is van discriminatie op grond van haar huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand.

Bedrag van de schadevergoeding

Overeenkomstig artikel 18 §2 2° Antidiscriminatiewet is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning voor zes maanden. Indien de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn, wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden bruto beloning.

Vermits Res. M. NV de niet-discriminerende gronden niet bewijst, met name de reorganisatie en het feit dat het niet langer nodig zou zijn geweest om twee chef-koks in dienst te houden, is er geen reden om de vergoeding te beperken tot drie maanden loon.

De schadevergoeding dient dan ook te worden begroot op zes maanden bruto beloning i.p.v. drie maanden.

Vervolgens voert Res. M. NV aan dat, aangezien mevrouw D. A. op het ogenblik van het ontslag in een deeltijds regime was tewerkgesteld, voor de berekening van de opzeggingsvergoeding moet uitgegaan worden van het deeltijds loon. Mevrouw D. A. stelt dat zij op het moment van het ontslag volledig arbeidsongeschikt was zodat het loon dat zij ontving vóór de aanvang van haar arbeidsongeschiktheid, dus haar voltijds loon, in aanmerking moet worden genomen.

De arbeidsongeschiktheid, ongeacht of zij volledig dan wel gedeeltelijk is, leidt tot een schorsing van de uitvoering van de overeenkomst of van de verminderde prestaties, en heeft geen weerslag op het loon dat in aanmerking moet worden genomen voor de opzeggingsvergoeding. De schorsing van de uitvoering van de overeenkomst tast noch de aard ervan, noch de overeengekomen arbeidsregeling aan en het in aanmerking te nemen loon is dan ook het loon dat van toepassing is op de arbeidsduur die contractueel was overeengekomen (Arbh. Brussel, 13 augustus 2010, AR nr. 2007/AB/49.806).

Bovendien hervatte mevrouw D. A. deeltijds het werk met toestemming van de adviserend geneesheer van de mutualiteit. In een arrest van 28 mei 2009 (GwH, 28 mei 2009, nr. 98/2009) was het Grondwettelijk Hof van oordeel dat het interpreteren van artikel 39, § 1, van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten in die zin dat de arbeidsongeschikte werknemer die met het akkoord van de adviserende geneesheer van het ziekenfonds het werk gedeeltelijk hervat, slechts recht zou hebben op een ontslagvergoeding op basis van het loon voor verminderde arbeidsprestaties, een schending betekent van de Grondwet. Dit is echter niet het geval indien diezelfde interpretatie wordt gehanteerd door het basisloon te berekenen op volledige arbeidsprestaties, waarop de werknemer recht heeft krachtens de arbeidsovereenkomst ten tijde van de opzegging. De rechtbank treedt dit standpunt bij.

De Antidiscriminatiewet bevat geen omschrijving van het loonbegrip. Er is dan ook geen reden om een ander loonbegrip dan het algemeen arbeidsovereenkomstenrechtelijke loonbegrip te hanteren, volgens hetwelk loon de tegenprestatie is van arbeid. Dat omvat niet alleen het vast maandloon, maar ook andere voordelen die de tegenprestatie zijn van arbeid, zoals het werkgeversaandeel in de maaltijdcheques en toeslagen voor zaterdag-, zondag- en feestdagarbeid en nachtarbeid.

De schadevergoeding dient dan ook te worden berekend op het voltijdse jaarloon met inbegrip van de voordelen die zijn verkregen krachtens de overeenkomst voor voltijdse arbeidsprestaties.

Voor het overige is er geen cijfermatige betwisting van het bedrag zodat de vergoeding van 19.227 euro bruto dient te worden toegekend.

4.3.2 Burgerlijke boete wegens miskenning voorgeschreven vormvereisten cao 109

De werknemer die ontslagen wordt, heeft het recht om van zijn werkgever de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid te kennen. De werknemer moet het verzoek om de ontslagmotieven te kennen met een aangetekende brief tot de werkgever richten binnen een termijn van twee maanden nadat de arbeidsovereenkomst een einde heeft genomen (art. 3 en 4 CAO nr. 109).

De arbeidsovereenkomst van mevrouw D. A. werd op 18 juni 2018 beëindigd met betaling van een opzeggingsvergoeding. Haar verzoek bij aangetekende brief van 26 juli 2018 om de concrete ontslagredenen te kennen, was dus tijdig.

De werkgever die een verzoek van de werknemer ontvangt, beschikt over een termijn van 2 maanden na de ontvangst van de aangetekende brief van de werknemer om de concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid aan de werknemer mee te delen. De ontslagredenen moeten door de werkgever worden meegedeeld bij aangetekende brief (art. 5 CAO nr. 109). De werkgever die uit eigen beweging de concrete redenen die tot het ontslag van de werknemer hebben geleid schriftelijk meedeelt, is niet verplicht om op het verzoek van de werknemer te antwoorden, voor zover deze mededeling de elementen bevat die de werknemer toelaten om de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid, te kennen (artikel 6 CAO nr. 109).

Indien de 'werkgever de concrete ontslagredenen niet meedeelt aan de werknemer die daartoe een verzoek heeft ingesteld met inachtneming van artikel 4 CAO nr. 109, of indien hij de vormvereisten van artikel 5 CAO nr. 109 niet respecteert, dan is hij een forfaitaire burgerlijke boete verschuldigd van twee weken loon (art. 7 §1 CAO nr. 109). Deze boete is niet van toepassing indien de werkgever uit eigen beweging de concrete redenen die geleid hebben tot het ontslag van de werknemer heeft meegedeeld overeenkomstig artikel 6 CAO nr. 109 (artikel 7 §2 CAO nr. 109).

Het is niet betwist dat Res. M. NV het verzoek van mevrouw D. A. binnen de twee maanden heeft beantwoord met een brief gedateerd op 31 augustus, ontvangen door mevrouw D. A. op 6 september 2018. Het staat evenmin ter discussie dat Res. M. NV deze brief niet per aangetekend schrijven heeft verstuurd. De tekst van artikel 5 en artikel 7 §1 van de CAO is duidelijk: indien de vormvereisten van artikel 5 niet worden gerespecteerd zoals het meedelen van de redenen tot ontslag per aangetekend schrijven, is de burgerlijke boete verschuldigd. Het feit dat de brief zijn bestemming heeft bereikt binnen de wettelijk voorziene termijn doet hier geen afbreuk aan. Conform artikel 6 CAO nr. 109 had de Res. M. de mogelijkheid om de concrete redenen die geleid hebben tot het ontslag van mevrouw D. A. mee te delen per gewone brief maar dan had ze dit uit eigen beweging moeten doen en dus niet als reactie op het verzoek van mevrouw D. A., zoals in casu het geval was. Res. M. NV argumenteert dat zij de redenen voor het ontslag reeds had meegedeeld met het formulier C4. Deze stelling kan niet worden gevolgd: het formulier is immers niet aan de werknemer gericht, werd niet per aangetekend schrijven verstuurd en de beknopte formulering van het motief voor het ontslag gaf mevrouw D. A. niet voldoende zicht op de concrete redenen van het ontslag.

De vordering met betrekking tot de burgerlijke boete wegens miskenning van de vormvereisten van CAO nr. 109 is dan ook gegrond.

4.3.3 Schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

Aangezien deze vordering slechts in ondergeschikte orde wordt gesteld voor zover geen schadevergoeding wegens discriminatie wordt toegekend, moet de rechtbank hierop niet nader ingaan.

4.4 Sociale documenten

Mevrouw D. A. vordert de afgifte van aangepaste sociale en fiscale documenten. Aangezien haar vordering gegrond is, is er reden om Res. M. NV te veroordelen tot het afleveren van de aangepaste sociale documenten, zoals gevorderd.

Mevrouw D. A. voert echter geen enkele reden aan waarom Res. M. NV zich aan de verplichting tot het afleveren van aangepaste sociale documenten zou onttrekken. Bijgevolg wordt de vordering tot betalen van een dwangsom afgewezen.

4.5 Voorlopige tenuitvoerlegging

Met toepassing van artikel 1397, eerste lid Ger. W. zijn de eindvonnissen uitvoerbaar bij voorraad.

Het kantonement is een recht van de veroordeelde partij. Het kan slechts uitgesloten worden wanneer de partij die de uitsluiting ervan vordert, aantoont dat vertraging in de betaling haar aan een ernstig nadeel blootstelt (art. 1406 Ger.W.). Mevrouw D. A. levert geen bewijs van een ernstig nadeel, zodat het kantonement is toegestaan.

4.6 Gerechtskosten

De rechtbank heeft Res. M. NV in het ongelijk gesteld. Overeenkomstig artikel 1022 Ger. W. en het KB van 26 oktober 2007 verwijst zij haar in de kosten, zoals bepaald in het beschikkend gedeelte van dit vonnis.

5. Beslissing

Na beraadslaging beslist de rechtbank op tegenspraak, als volgt.

De rechtbank:

- verklaart de vordering van mevrouw D. A. ontvankelijk en gegrond;
- veroordeelt Res. M. NV tot betaling aan mevrouw D. A.:
 - een bedrag van 19.227 euro bruto ten titel van schadevergoeding discriminatie wegens de huidige en/of toekomstige gezondheidstoestand;
 - een bedrag van 1.479 euro bruto ten titel van burgerlijke boete wegens miskennen van de vormvereisten voorgeschreven door CAO 109;

bedragen te verminderen met de wettelijk verplichte sociale en fiscale inhoudingen in zoverre verschuldigd en overgemaakt aan de bevoegde instanties, en te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 18 juni 2018 op de schadevergoeding discriminatie en vanaf 27 september 2018 op de burgerlijke boete CAO 109 en met de gerechtelijke intrest vanaf 15 juni 2020;

- veroordeelt Res. M. NV tot afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten, zijnde een loonfiche, individuele rekening en fiscale fiche nr. 281.10 binnen de wettelijke termijnen;
- veroordeelt Res. M. NV tot de kosten van het geding, voor mevrouw D. A. begroot op 20 euro bijdrage voor het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand.
- Staat de voorlopige tenuitvoerlegging toe met de mogelijkheid tot kantonnement.

Dit vonnis werd gewezen door:

- A. GOETHALS, rechter, voorzitter van de kamer
- B. COUSAERT, rechter in sociale zaken, werkgever
- C. SEGERS, rechter in sociale zaken, werknemer-bediende

met bijstand van M. GOYVAERTS, griffier.

en uitgesproken op zesentwintig oktober tweeduizend eenentwintig in openbare terechtzitting van kamer 3 van de arbeidsrechtbank Antwerpen - afdeling Mechelen door A. GOETHALS, rechter, voorzitter van kamer 3, met bijstand van M. GOYVAERTS, griffier.