

Rep.Nr.

2013/2177

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 2 SEPTEMBER 2013.

5DE KAMER

Arbeidscontract

Op tegenspraak

Persoonlijke verschijning en getuigenverhoor

In de zaak:

1. INSTITUUT VOOR DE GELIJKHEID VA
VROUWEN EN MANNEN, met burelen gevestig
te 1070 BRUSSEL, E. Blerotstraat 1.

2. B/ verschijnend in persoo
en

1^{ste} en 2^{de} appellante partij
vertegenwoordigd door Mr. E. VERLINDE
loco Mr. L. VERMEULEN, advocaat t
Herselt.

Tegen:

N.V. SWISSPORT BELGIUM, (ex FLIGHTCAR
BELGIUM NV), met maatschappelijke zete
gevestigd te 1931 ZAVENTEM, Brucargo
Gebouw 704, postbus 22.

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door Mr
W. BOUCIQUE loco Mr. C. ENGELS, advocaa
te Brussel.

★

★

★

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het vonnis gewezen op tegenspraak door de Arbeidsrechtbank van Brussel op 17 januari 2012;
- het verzoekschrift in hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 29 februari 2012;
- de conclusies en syntheseconclusies van de partijen;

Gelet op de door partijen neergelegde stukken.

Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter openbare terechtzitting van 6 mei 2013 waarna de debatten gesloten werden en de zaak overgemaakt werd aan het Openbaar Ministerie voor schriftelijk advies.

Gelet op het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie ontvangen ter griffie op 4 juni 2013.

Gelet op de repliek van de geïntimeerde partij op dit advies ontvangen ter griffie op 3 juli 2013, waarna de zaak in beraad werd genomen voor uitspraak op heden.

★

★ ★

I. FEITEN

Mevrouw B was in dienst van de NV Flightcare Belgium, thans NV Swissport Belgium (hierna genoemd de NV) als schoonmaker, met schriftelijke arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor de periodes van 5 november 2007 tot 29 februari 2008, van 1 februari 2008 tot 31 augustus 2008, van 1 september 2008 tot 28 februari 2009 en van 1 maart 2009 tot 4 november 2009. Deze arbeidsovereenkomsten werden gesloten voor deeltijdse arbeid (19 uur per week).

Na deze laatste arbeidsovereenkomst werd aan mevrouw B. geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden.

Uit een attest van de dienst gynaecologie en verloskunde van het universitair medisch centrum Sint-Pieter te Brussel van 20 oktober 2009 blijkt dat mevrouw B 23 weken zwanger was met als vermoedelijke bevallingsdatum 14 februari 2010.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 4 november 2010 vorderde mevrouw F en het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen (hierna genoemd het Instituut) voor de Arbeidsrechtbank te Brussel:

- te zeggen voor recht dat de NV een inbreuk pleegde op de reglementering inzake gelijkheid van vrouwen en mannen binnen een arbeidsrelatie zoals hierboven opgenomen;
- de NV te veroordelen tot betaling aan mevrouw B, van een schadevergoeding provisioneel begroot op 15.000,00 EUR, te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de respectieve data van eisbaarheid;
- de NV te veroordelen tot betaling aan het Instituut van een schadevergoeding van 1,00 EUR provisioneel, te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de respectieve data van eisbaarheid;
- de NV te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding;
- het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad zonder enige reserve.

b.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 17 maart 2011, begrootte mevrouw F haar vordering tot betaling van een schadevergoeding op 9.512,54 EUR, en breidde het Instituut zijn vordering uit door publicatie van het tussen te komen vonnis te eisen in de kranten De Standaard en De Morgen.

In hun syntheseconclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 20 mei 2011, vorderden het Instituut en mevrouw B in ondergeschikte orde:

- de NV te bevelen om binnen de acht dagen na het uit te spreken tussenvonnis aan de griffie en aan hen mee te delen de identiteit en het adres van de persoon die op november 2009 een gesprek voerde met mevrouw B en die bij die laatste bekend is als de heer C;
- hen toe te laten het bewijs te leveren met alle wettelijke middelen, getuigen inbegrepen van de volgende feiten: dat mevrouw B op 3 november 2009 een gesprek had met de heer C, en dat deze haar tijdens dat gesprek in het Frans onder meer meedeelde:

"Nee, nee, er is er een zekere periode dat u er niet zal zijn. Gezien de economische toestand kunnen we ons niet veroorloven een contract te geven aan iemand die er niet zal zijn

(en)

"Eens u bevallen is, na de bevalling, indien u opnieuw klaar bent om te werken, telefoneert u mij. We zullen uw dossier dan evalueren en we zullen beslissen."

en dat de geluidsopname (stuk 6 van het bundel van mevrouw B. en het Instituut) de authentieke opname is van het bovengenoemde gesprek.

c.-

Met vonnis van 17 januari 2012 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering van mevrouw B. ontvankelijk doch ongegrond.

De vordering van het Instituut tot bekomen van een schadevergoeding werd onontvankelijk verklaard en de vordering tot publicatie van het tussen te komen vonnis ontvankelijk doch ongegrond.

Mevrouw B. en het Instituut werden veroordeeld tot de kosten van het geding, voor de NV begroot op 1.210,00 EUR rechtsplegingsvergoeding.

d.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

e.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 29 februari 2012, tekenden het Instituut en mevrouw B. hoger beroep aan tegen dit vonnis. Zij vorderden dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou vernietigen en opnieuw recht doende hun oorspronkelijke vorderingen ontvankelijk en gegrond zou verklaren.

f.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 22 juni 2012, stelde mevrouw B. een nieuwe vordering tot betaling door de NV van 5.000,00 EUR schadevergoeding wegens tergend en roekeloos verweer.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

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

IV. BEOORDELING

1. De ontvankelijkheid van de vorderingen van het Instituut

Het arbeidshof stelt vast dat het Instituut de eigen vordering tot het betalen van een schadevergoeding niet of alleszins niet langer steunt op artikel 23 van de Wet van 10 mei 2007 tot bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna genoemd de Genderwet 2007), die zoals terecht aanvaard door de arbeidsrechtbank, het recht op vordering tot betaling van een schadevergoeding wegens discriminatie op grond van dit artikel, enkel toekent aan het slachtoffer van de discriminatie zelf.

Dit betekent evenwel niet het Instituut geen vordering kan stellen: zoals terecht opgemerkt door het Instituut zelf wordt de bevoegdheid om in rechte op te treden in rechtsgeschillen waartoe de toepassing van onder andere de Genderwet 2007 aanleiding kan geven, aan het Instituut toegekend door artikel 4, 6° van de Wet van 1 december 2002 houdende zijn oprichting, en door artikel 34 van de Genderwet 2007 zelf.

Een vordering van het Instituut is bijgevolg ontvankelijk van zodra het geschil waarin het optreedt, aanleiding kan geven tot toepassing van de Genderwet 2007, wat in deze betwisting onmiskenbaar het geval is.

Zowel de vordering van het Instituut te zeggen voor recht dat de NV een inbreuk pleegde op de reglementering inzake gelijkheid van vrouwen en mannen binnen een arbeidsrelatie als de vordering tot het bekomen van een schadevergoeding – die zoals hoger gesteld niet gesteund kan zijn op artikel 23 van de Genderwet 2007 – en zijn vordering tot publicatie van de tussen te komen beslissing, zijn bijgevolg ontvankelijk.

2. De gegrondheid van de oorspronkelijke gestelde vorderingen

2.1. De vordering om te zeggen voor recht dat de NV een inbreuk pleegde op de reglementering inzake gelijkheid van vrouwen en mannen binnen een arbeidsrelatie

a.-

Deze vordering, die zowel door mevrouw B als door het Instituut wordt gesteld, is evident de centrale vordering in dit geding: enkel indien vastgesteld zou worden dat de NV een inbreuk zou hebben gepleegd op de Genderwet 2007 (of een andere reglementering inzake

gelijkheid van mannen en vrouwen binnen een arbeidsrelatie), kan worden geoordeeld over de overige vorderingen van mevrouw B en van het Instituut.

b.-

Artikel 33 § 1 van de Genderwet 2007 bepaalt dat wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Instituut of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

Terecht wijst de NV erop dat de aangevoerde feiten voldoende sterk en pertinent moeten zijn.
(vgl. Grondwettelijk Hof, nr. 17/2009, arrest 12 februari 2009)

Artikel 33 § 2 van dezelfde wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen van hetzelfde geslacht, onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Instituut 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.

Artikel 33 § 3 van de wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

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

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

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

c.-

Aan de orde is dus de vraag of mevrouw B en het

Instituut voldoende sterke en pertinente feiten aanvoeren die het bestaan van discriminatie of grond van het geslacht kunnen doen vermoeden; slechts indien dit het geval is, is het aan de NV om aan te tonen dat zij niet discrimineerde.

Het arbeidshof is hierbij van oordeel dat mevrouw B geen feiten in de zin van artikel 33 §§ 2 en 3 aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden.

Zij tonen inderdaad geen patroon aan van ongelijke behandeling van zwangere werkneemsters bij aanwerving, alleszins niet op voldoende sterke wijze; ter zake moet worden vastgesteld dat de NV documenten aanbrengt waaruit kan blijken dat de beslissing om aan een aantal werknemers geen nieuwe arbeidsovereenkomst van bepaalde of onbepaalde tijd aan te bieden, gegrond is op objectieve criteria.

d.-

Mevrouw F voert verder aan dat zij op 3 november 2009 een gesprek had met de heer C, waarin deze hebben laten verstaan dat haar geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangeboden daar zij zwanger was. Als bewijs hiervan brengt zij opname voor die zij van dit gesprek gemaakt zou hebben.

De NV is om meerdere redenen van oordeel dat met deze opname geen rekening kan worden gehouden.

Het feit dat deze bandopname pas tijdens de procedure i eerste aanleg naar voor wordt gebracht, brengt op zich de geloofwaardigheid ervan niet in het gedrang; het is hierbij niet ongeloofwaardig dat mevrouw B zich pas later realiseerde dat de opname die zij had gemaakt mogelijk van belang zou kunnen zijn in de procedure.

Overigens is het niet duidelijk welke sanctie zou staan op de laattijdige mededeling van dergelijke opname, op voorwaarde uiteraard dat deze wordt kenbaar gemaakt in een stadium van de procedure waarbij de NV nog de gelegenheid heeft standpunt in te nemen en dit overigen ook uitvoerig heeft gedaan.

Op de tweede plaats stelt de NV dat met deze opname geen rekening kan worden gehouden daar de opname van dergelijk gesprek illegaal zou zijn en zelfs strafbaar.

In dit verband refereert de NV aan artikel 314bis Sw,

waarvan § 1, 1° strafbaar stelt, hij die, ofwel opzettelijk, met behulp van enig toestel privé-communicatie of -telecommunicatie, waaraan hij niet deelneemt, tijdens de overbrenging ervan, afluistert of doet afluisteren, er kennis van neemt of doet van nemen, opneemt of doet opnemen, zonder de toestemming van alle deelnemers aan die communicatie of telecommunicatie.

Cruciaal hierbij is dat het misdrijf enkel kan worden gepleegd door wie niet deelneemt aan de communicatie, er dus alleszins niet door mevrouw P die uiteraard deelgenomen heeft aan het gesprek tussen haar zelf en de heer C.

Beide partijen refereren aan hetzelfde arrest van het Hof van Cassatie om hun stelling te ondersteunen.

Het is juist dat volgens dit arrest, waarbij het arbeidshof zich aansluit, het opnemen van een gesprek waaraan men zelf deelneemt, niet ongeoorloofd is, ook al geschiedt dit zonder medeweten van de andere deelnemers.

Het is evenzeer juist dat volgens hetzelfde arrest, waarbij het arbeidshof zich aansluit, het gebruik van dergelijke opname een inbreuk kan zijn op artikel 8 EVRM, en het aan de rechter staat dit te beoordelen op grond van de feitelijke gegevens van de zaak, waarbij het criterium van de redelijke privacyverwachting van de (andere) deelnemer(s) aan het gesprek in het oordeel van de rechter moet worden betrokken, onder meer rekening houdend met de inhoud en de omstandigheden van het gesprek.

(vgl. Cass. 9 september 2008, P.08.0276.N, concl. adv.-gen. M. Timperman)

Naar het oordeel van het arbeidshof is in deze de redelijke privacyverwachting van de heer C als deelnemer aan het gesprek met mevrouw B wel geschonden, doch niet in die mate dat het gebruik van de opname van dit gesprek door mevrouw B en het gebruik ervan, ongeoorloofd zou worden.

Rekening moet worden gehouden met de belangen van beide deelnemers aan het gesprek, en het belang van mevrouw B om zich een bewijs te verschaffen van de beweerde discriminatie op grond van haar geslacht weegt zwaarder dan de redelijke privacyverwachting van de heer C.

Tenslotte moet worden vastgesteld dat de schending van de redelijke privacyverwachting bestaat in hoofde van de

deelnemers, en dat de NV geen deelnemer aan het gesprek was, zodat zij zich op het eerste gezicht niet kan beroepen op de schending van de privacy van de heer C als haar werknemer.

Op de derde plaats heeft de NV twijfels bij de bewijswaarde van de bandopname, waarbij het arbeidshof zich, net zoals de arbeidsrechtbank, zich aansluit: het is niet duidelijk of het hier gaat om de weergave van het volledige gesprek, en een aantal passages zijn, zoals de gerechtsdeurwaarder in zijn proces-verbaal van vaststelling aangaf, onverstaanbaar.

Deze onduidelijkheid noodzaakt het arbeidshof in te gaan op door mevrouw E en het Instituut geformuleerde bewijsaanbod in de mate zoals hierna bepaald, en tevens de persoonlijke verschijning van mevrouw B te bevelen.

2.2. De overige vorderingen

Gelet op de hiervoor vermelde onderzoeksmaatregel, wordt de beslissing met betrekking tot de overige vorderingen aangehouden.

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;

Recht sprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en reeds gedeeltelijk gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis in de mate dat dit de vordering van het Instituut tot betaling van en schadevergoeding niet ontvankelijk verklaarde; opnieuw recht doende, verklaart deze vordering ontvankelijk;

Alvorens recht te doen over de eventuele ontvankelijkheid en de gegrondheid van de vorderingen, beveelt de persoonlijke verschijning van mevrouw Bassono;

Laat haar toe het bewijs te leveren met alle wettelijke middelen, getuigen inbegrepen, van volgende feiten:

dat zij op 3 november 2009 een gesprek had met de heer
C en dat deze haar tijdens dat gesprek
in het Frans onder meer meedeelde:

*"Nee, nee, er is er een zekere periode dat u er niet zal
zijn. Gezien de economische toestand kunnen we ons niet
veroorloven een contract te geven aan iemand die er niet
zal zijn*

(en)

*"Eens u bevallen is, na de bevalling, indien u opnieuw
klaar bent om te werken, telefoneert u mij. We zullen uw
dossier dan evalueren en we zullen beslissen."*

Beveelt in overeenstemming met art. 992 tot en met 1004
Ger. Wb. de persoonlijke verschijning van mevrouw
B in de raadkamer van het Arbeidshof te Brussel
(lokaal 006), Poelaertplein 3 te 1000 Brussel op vrijdag
20 december 2013 om 9 uur 30' ;

Zegt bij toepassing van art. 995 Ger. Wb. dat de persoon-
lijke verschijning zal plaatsvinden voor de zetel die
deze persoonlijke verschijning heeft gelast en indien één
van de raadsheren in sociale zaken niet kan aanwezig
zijn, voor raadsheer D. RYCKX, voorzitter van deze Kamer

Gelast bij toepassing van art. 916 Ger. Wb. mevrouw
B om met alle middelen van recht, getuigen
inbegrepen, bewijs te leveren van hogervermelde feiten;

Zegt bij toepassing van art. 917, 2° Ger. Wb. dat het
getuigenverhoor zal plaatsvinden in de raadkamer van het
Arbeidshof te Brussel (lokaal 006), Poelaertplein 3 te
1000 Brussel op vrijdag 20 december 2013 om 10 uur;

Zegt bij toepassing van art. 918 Ger. Wb. dat het
getuigenverhoor zal plaatsvinden voor de zetel die dit
getuigenverhoor heeft gelast en indien één van de
raadsheren in sociale zaken niet kan aanwezig zijn, voor
raadsheer D. RYCKX, voorzitter van deze Kamer;

Laat de NV toe tot het tegenbewijs van dezelfde feiten
met dezelfde middelen in overeenstemming met art. 921
Ger. Wb.;

Houdt de beslissing met betrekking tot de kosten aan.

Aldus gewezen door de 5de kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door :

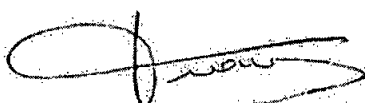
Mr. D. RYCKX: Raadsheer,

S. ALAERTS: Raadsheer in Sociale Zaken als werkgever

P. MANS : Raadsheer in Sociale Zaken als werknemer-arbeider,

En bijgestaan door :

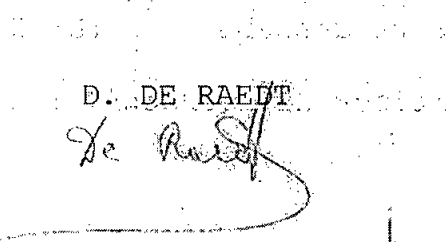
D. DE RAEDT : Griffier,



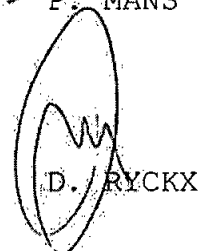
S. ALAERTS



P. MANS

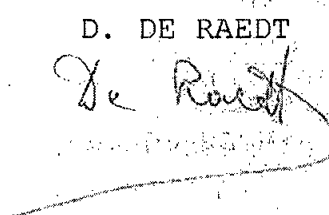


D. DE RAEDT

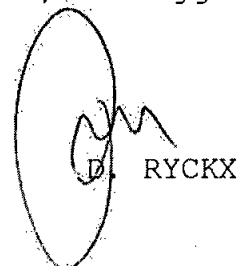


D. RYCKX

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 5d kamer van het Arbeidshof te Brussel op 2 september 2013 door de heer D. RYCKX, Raadsheer, en bijgestaan door D. DE RAEDT, Griffier,



D. DE RAEDT



D. RYCKX