

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN VAN 2 AUGUSTUS 2023

Afdeling Hasselt

In de zaak:

P. G. , RRN: (...)
(...),

eisende partij,
vertegenwoordigd met volmacht door mevrouw WENDRIX LIESBETH, afgevaardigde van een
representatieve werknemersorganisatie, met kantoor te 3500 HASSELT,

tegen

D. W. & C. BV, KBO: (...) te (...),

verwerende partij,
met als raadsman meester DUFAUX PETER, advocaat te 3500 HASSELT, Gouverneur, voor wie
pleit meester DESMIT PIETER-JAN.

1. Procedure

De rechtbank heeft onder meer kennisgenomen van navolgende procedurestukken:

- het inleidend verzoekschrift, neergelegd via e-Deposit op 24.10.2022;
- de beschikking in toepassing van artikel 747 Ger.W. d.d. 28.11.2022;
- de aanvullende en syntheseconclusie voor eisende partij, neergelegd via e-Deposit op 20.03.2023;

- de syntheseconclusie voor verwerende partij, via e-Deposit op 20.04.2023; de stukken van partijen;
- het schriftelijk advies van mevrouw K. B., substituut-arbeidsauditeur, neergelegd via e-Deposit op 26 juni 2023,
- de wet van 15.06.1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;
- de wet van 10.10.1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek.

De zaak werd meegedeeld aan het openbaar ministerie, dat het dienstig heeft geacht om een advies te verstrekken.

De partijen werden behoorlijk opgeroepen om aanwezig te zijn op de openbare terechtzitting van 12 juni 2023 en werden in hun middelen en besluiten gehoord, nadat bleek dat geen verzoening kon worden bereikt.

De rechtbank nam inzage van het schriftelijk advies van mevrouw K. B., substituut-arbeidsauditeur, neergelegd via e-Deposit op 26 juni 2023 en van de repliek van beide partijen, zoals respectievelijk neergelegd via e-Deposit op 10 juli 2023.

2. Voorwerp

Eisende partij vordert in hoofdorde:

De vordering ontvankelijk en gegrond, minstens gedeeltelijk gegrond, te verklaren;

Dientengevolge de BV te veroordelen om aan de heer P. te betalen een bedrag van:

15.656,24 EUR belastbaar, ondergeschikt 7.828,12 EUR belastbaar, forfaitair als schadevergoeding, wegens discriminatie bij het solliciteren, te vermeerderen met de vergoedende intrest op de gevorderde som vanaf 7 oktober 2020;

bedragen te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen, in zoverre deze verschuldigd zijn en aan de bevoegde instellingen worden overgemaakt, en te vermeerderen met de wettelijke verwijlintresten en de gerechtelijke intresten;

De BV ook te veroordelen tot het afleveren aan de heer P. van volgende sociale documenten:

- de afrekening conform het gevorderde zoals bedoeld in artikel 15 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers en het KB van 27 september 1966 tot vaststelling van de gegevens die deze afrekening moet bevatten;

en dit binnen twee maanden na de betekening van het tussen te komen vonnis, en bij gebreke hieraan te voldoen binnen de gestelde termijn, de BV te veroordelen tot het betalen van een dwangsom van 10 EUR per ontbrekend document en per dag vertraging, te verbeuren vanaf de eerstvolgende kalenderdag na het verstrijken van een termijn van 2 maanden na de betekening van het tussen te komen vonnis, en met een maximum van 2.500 EUR.

- De BV bijkomend te veroordelen tot de gerechtelijke intrest op de aldus toegekende bedragen en in de kosten van het geding, door verzoekende partij begroot op 24,00 EUR als retributie conform de Wet tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand van 19 maart 2017, BS 31.03.2017, in werking op 1 mei 2017 ingevolge de publicatie in het Belgisch Staatsblad van 27 april 2017 (editie 2) van het KB van 26 april 2017 tot uitvoering van de wet van 19 maart 2017 tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand en zoals onlangs aangepast.

3. Feiten

D. W. & C. BV is een communicatiebureau gespecialiseerd in digitale communicatie.

Op 3 oktober 2020 plaatste D. W. & C. een vacature online voor de functie van 'Digital Marketeer'. (zie: stuk 1 bundel eisende partij)

Bij e-mailbericht van 4 oktober 2020 solliciteerde de heer G. P. op voornoemde vacature, als volgt:

Geachte mevrouw V. B.,

Begin september stelde ik mij spontaan kandidaat voor een marketingfunctie binnen jullie onderneming. Vandaag las ik dan toevallig op jullie website dat jullie op zoek zijn naar een digital marketeer. Omdat de functiebeschrijving erg vertrouwd klinkt, wil ik jou graag uitnodigen om de onderstaande tekst te lezen en mijn cv te bekijken.

Tot voor kort mocht ik een prachtige job uitoefenen als digital marketeer bij G. B. te Bilzen, en B. M. in Hasselt (zopas samengesmolten tot de I. G. te Diepenbeek), waar ik deel uit mocht maken binnen een groep bestaande uit fantastische collega's.

Helaas is ook ons bedrijf in de Corona-storm terechtgekomen en heeft men in - combinatie met de fusie - beslist om, na een periode van 2,5 maanden economische werkloosheid, de taken binnen het bedrijf te herverdelen waardoor een aantal werknemers - waaronder mijzelf - het bedrijf moesten verlaten.

Daarom stel ik mijn diensten als digital marketeer, grafisch ontwerper, fotograaf, webdesigner, desktop publisher, of administratief bediende (of een combinatie) graag full-time ter beschikking. Ik heb een gezonde ambitie en met de nieuwe aangeboden functie, mijn leeftijd, kennis en ervaring denk ik dat het tijd wordt voor een job met meer verantwoordelijkheid.

Doorheen mijn loopbaan heb ik gewerkt als digital marketeer, grafisch ontwerper, desktop publisher, webdesigner, fotograaf,... met soms het geluk een zeer gevarieerd takenpakket te hebben (maar is zeker geen vereiste), met als voornaamste handelingen de ontwikkeling, het onderhoud en het uitbouwen van websites in allerlei betekenissen. Marketing via SEO, SEA, Google marketing,... Het versturen van nieuwsbrieven en smsjes. De opvolging op sociale media. Het ontwerpen van drukmateriaal (folders, flyers, naamkaartjes, affiches, logo's, magazines,...). Het organiseren van fotoshoots, het vastleggen van (product)foto's voor allerlei doeleinden waaronder verpakkingen. Ook het administratieve heeft, ondanks mijn grafisch verleden, een prominente rol gespeeld, zoals debiteurenbeheer, opvolgen van betalingen, beantwoorden/verkoop aan telefoons, klantenbinding, ...

De beschrijving van de vacature lijkt zeker aan te sluiten bij mijn ervaringen, interesses, kunnen en ambities. Daarom zou ik graag de inhoud van deze brief en CV mondeling nader willen komen toelichten.

Met vriendelijke groeten,
G. P.

(zie: stukken 2 bundel eisende partij)

Bij e-mailbericht van 7 oktober 2020 reageerde mevrouw J. V. B. voor D. W. & C. BV op deze sollicitatie, als volgt:

Dag G.

Ik denk dat ik je toen wel een berichtje heb gestuurd dat we op dat moment niemand zochten? Want ik probeer altijd wel te reageren op iedereen. Dus hopelijk heb ik dat toen wel gedaan...

De doorslag ligt vooral in het feit dat ik naar iemand op zoek ben die zonder discriminerend te zijn jonger is. Liefst ook een stuk jonger dan ons/mij. Ik mis op dat vlak vaak intern nog iemand die helemaal mee is met de huidige social media en het dagelijks zeer intensief gebruikt. En ik vrees dat ik daarvoor stilaan bij de jongere garde moet zijn.

Qua kwalificaties en ervaring ontbreekt je zeker niets!

Hopelijk ben je er hier iets mee?

Met vriendelijke groeten,
J. V. B. "

(zie: stukken 2 bundel eisende partij)

Tussen partijen wordt nog verder e-mailverkeer verstuurd. (zie: stukken 2 bundel eisende partij)

Bij schrijven van 9 augustus 2022 liet UNIA aan de vakorganisatie van de heer P. het volgende weten:

"Beste mevrouw,

Via deze weg doen we een beroep op onze samenwerkingsovereenkomst voor de verdere opvolging van de situatie van uw lid, de heer G. P. .

(..)

Juridische kwalificatie

Unia meent dat de e-mail van 7 oktober 2020 schriftelijk bewijs is dat een leeftijdsdiscriminatie aantoont of minstens kan doen vermoeden ("ik zoek iemand die jonger is"). Ook de vacature verwijst expliciet naar de term 'digital native'.

Op Wikipedia is er een definitie terug te vinden van 'digital native, nl. een persoon die is opgegroeid met de informatietechnologie van het digitale tijdperk. Bijgevolg komen de eerste 'digital natives' uit de generatie van de Millennials, maar vooral uit de daaropvolgende Generatie Z. Tegenover de 'digital native' staat de 'digital immigrant'. Dit is iemand die als volwassene met digitale systemen heeft leren omgaan. Als 40 'er voldoet G. P. niet aan de definitie van 'digital native'. De reden hiervoor is zijn leeftijd.

De vacature en de mail van 7 oktober 2020 zijn o. i. feiten die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, zodat de bewijslast ingevolge artikel 28 Antidiscriminatiewet verschuift naar D. W. & C.. Deze dient o.i. het sluitende tegenbewijs dient te leveren dat leeftijdscriteria of leeftijdsgebonden stereotypen in werkelijkheid geen enkele rol speelden bij de afwijzing van de kandidatuur van uw lid G. P. .

De argumentatie vanwege de zaakvoerder in verband met het ontbreken van een masterdiploma en relevante ervaring voor de functie van digital marketeer is onvoldoende overtuigend zodat o. i.:

- 1) het oorzakelijke verband tussen de afwijzing van de sollicitatie en de leeftijd van uw lid of leeftijdsgebonden stereotypen niet doorbroken wordt,
- 2) de schadevergoeding ten belope van het equivalent van 6 maanden brutoloon verschuldigd is en er geen aanleiding is om dit te herleiden naar 3 maanden brutoloon:

"een klassiek verweer van diegene die gediscrimineerd heeft, bestaat erin om aan te geven dat het betrokken slachtoffer ook op andere gronden onderworpen zou zijn aan de ongunstigere behandeling. Van zodra er echter discriminatie in het spel is, met andere woorden, van zodra een beschermd criterium

heeft meegespeeld bij de ongunstige behandeling, ontstaat er schade die, volgens het Hof van Justitie, ook aanleiding dient te geven tot vergoeding. Het feit dat de persoon ook op andere niet discriminatoire gronden aan het verschil in behandeling onderworpen zou zijn geweest, doet nog steeds volgens het Hof van Justitie, geen afbreuk aan de discriminatie, en aan het feit dat deze aanleiding geeft tot schade, en bijgevolg, ook schadevergoeding. Maar als de rechter effectief overtuigd is van het gevoerde verweer, waarbij wordt voorgehouden en aangetoond dat het slachtoffer ook op andere niet discriminatoire gronden verschillend behandeld zou zijn geweest, kan de rechter dit element ook in de rekening brengen bij de bepaling van de forfaitaire schadevergoeding." (www.dekamerbe, commissie justitie, doc. 51 2720/009, p..59).

Gelet op de protocolafspraken met ACV en met toestemming van uw lid maakt Unia het dossier voor verder gevolg (onderhandelingen/rechtszaak) over aan ACV.

Unia vroeg de inspectie na te gaan welke het maandelijks brutoloon (en aanvullende voordelen) zijn van de beide digital marketeers die na de afwijzing van uw lid aangeworven werden. Dit referentieloon kan als basis dienen voor de berekening van de forfaitaire schadevergoeding van uw lid. Omwille van privacyredenen beperkte de inspectie zich tot het overmaken van de functieclassificaties en baremalonen die gelden voor het P.C.200 (bijlage 8).

(.«)

(zie: stuk 30 bundel eisende partij)

Bij e-mailbericht van 30 augustus 2022 stelde de vakorganisatie van de heer P. dat D. W. & C. BV de heer P. had gediscrimineerd op basis van leeftijd en hij vorderde de betaling van een schadevergoeding. (zie: stuk 6 bundel eisende partij)

Bij e-mailbericht van 27 september 2022 liet de raadsman van D. W. & C. BV weten dat de sollicitatie van de heer P. "niet weerhouden werd wegens andere rechtmatige redenen die in feite niets te maken hadden met zijn leeftijd" en dat zij niet zou ingaan op het verzoek tot betaling. (zie: stuk 7 bundel eisende partij)

Op 24 oktober 2022 werd het inleidend verzoekschrift voor de heer P. ter griffie van deze rechtbank neergelegd.

Ter zitting van 12 juni 2023 werd de zaak behandeld. De poging tot verzoening had geen resultaat.

Op 26 juni 2023 werd het schriftelijk advies van mevrouw de Afdelingsauditeur te Antwerpen, afdeling Hasselt, neergelegd via e-deposit, met als besluit:

"De vordering van eisende partij tot het bekomen van een schadevergoeding omwille van een inbreuk op de discriminatie wet is ontvankelijk en deels gegrond;"

Op 10 juli 2023 werd de repliek na het schriftelijk advies voor de heer P. neergelegd via e-deposit. Op diezelfde datum werd de repliek op het schriftelijk advies voor D. W. & C. BV via e-deposit neergelegd.

4. Ontvankelijkheid

De ontvankelijkheid van de vordering wordt niet betwist. Door de rechtbank worden geen ambtshalve gronden van onontvankelijkheid vastgesteld.

De vordering is ontvankelijk.

5. Beoordeling ten gronde

5.1. discriminatie op basis van leeftijd

De heer P. maakt aanspraak op een schadevergoeding wegens discriminatie bij het solliciteren. Met name verwijt de heer P. het bureau D. W. & C. BV het discriminatieverbod, zoals voorzien in de Wet van 10 mei 2007, te hebben geschonden.

De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna: de Antidiscriminatiewet) voorziet in haar artikel 4, lid 4, "leeftijd" inderdaad als één van de beschermde criteria voor de toepassing van deze wet.

De rechtbank gaat eerst na wie de bewijslast draagt en of dit bewijs geleverd wordt.

5.1.1. bewijslast

In toepassing van artikel 28, § 1 van de Antidiscriminatiewet draagt de heer P. de bewijslast van de feiten die het bestaan van een discriminatie doen vermoeden.

Een vermoeden heeft als vertrekpunt een bekend feit, dit is een bewezen feit en niet een feit dat enkel wordt aangevoerd. (Arbh. Brussel (4e k.) nr. 2018/AB/578, 25 mei 2021, JTT 2022, afl. 1416, 22)

Uit de tekst van voornoemd artikel 28, § 1, blijkt dus dat een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, feiten moet aanvoeren die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, de zogenaamde 'prima facie test', waarbij in § 2 een aantal niet-limitatieve voorbeelden worden gegeven van feiten die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden.

De rechtbank verwijst naar de voorbereidende werken, waarin werd gesteld dat "de bewijslast derhalve in de eerste plaats bij het slachtoffer ligt." (Pari. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 72)

Het komt dus de heer P. toe om eerst feiten aan te voeren die het bestaan van een discriminatie op grond van één van de beschermde criteria doen vermoeden.

Partijen zijn het erover eens dat de heer P. voldoende feiten aantoont die het bestaan van een discriminatie op grond van zijn leeftijd kunnen doen vermoeden.

De heer P. verwijst hiervoor naar het e-mailbericht van 7 oktober 2020 dat hij ontving van mevrouw J. V. B. , werkzaam bij D. W. & C. BV naar

aanleiding van zijn sollicitatie, als volgt:

Dag G.

(...)

De doorslag ligt vooral in het feit dat ik naar iemand op zoek ben die zonder discriminerend te zijn jonger is. Liefst ook een stuk jonger dan ons/mij. Ik mis op dat vlak vaak intern nog iemand die helemaal mee is met de huidige social media en het dagelijks zeer intensief gebruikt. En ik vrees dat ik daarvoor stilaan bij de jongere garde moet zijn.

Qua kwalificaties en ervaring ontbreekt je zeker niets!

Hopelijk ben je er hier iets mee? (...)"

(zie: e-mailbericht J. V. B. d.d. 07.10.2020, stukken 2 bundel eisende partij)

Zoals D. W. & C. BV in haar syntheseconclusie toegeeft, verwijst mevrouw V. B. letterlijk naar de leeftijd van de heer P. in voornoemd e-mailbericht, zodat er inderdaad een vermoeden zou kunnen bestaan van discriminatie op basis van leeftijd.

De heer P. voldoet naar het oordeel van de rechtbank aan de 'prima facie test' van voornoemd artikel 28, 5 1, zodat het aan D. W. & C. BV toekomt om te bewijzen dat er geen sprake is van discriminatie. D. W. & C. BV erkent dit ook.

5.1.2. bewijs

D. W. & C. BV moet dus aantonen dat zij geen onderscheid heeft gemaakt ten aanzien van de heer P. op grond van zijn leeftijd, minstens dat dit onderscheid gerechtvaardigd was.

D. W. & C. BV voert aan dat de afwijzing van de heer P. gebaseerd zou zijn op het niet-beschikken over het juiste profiel, met name dat van 'digital native', en dat het niets te maken heeft met de leeftijd van de heer P. .

D. W. & C. toont dit niet aan.

Uit voornoemd e-mailbericht van 7 oktober 2020 van mevrouw V. B. aan de heer P. naar aanleiding van zijn sollicitatie blijkt voor de rechtbank duidelijk dat hij niet werd uitgenodigd na zijn sollicitatie omwille van zijn leeftijd, als volgt:

"(...)

De doorslag ligt vooral in het feit dat ik naar iemand op zoek ben die - zonder discriminerend te zijn - jonger is. Liefst ook een stuk jonger dan ons/mij. Ik mis op dat vlak intern nog iemand die helemaal mee is met de huidige social media en het dagelijks zeer intensief gebruikt. En ik vrees dat ik daarvoor stilaan bij de jongere garde moet zijn. Qua kwalificaties en ervaring ontbreekt je zeker niets!"

(zie: e-mailbericht J. V. B. d.d. 07.10.2020, stuk 4 bundel eisende partij)

Ten onrechte tracht D. W. & C. BV het te doen voorkomen dat haar beslissing om de heer P. niet aan te werven, niet gebaseerd is op de leeftijd van de heer P. , maar integendeel steunt op de vaststelling dat:

- de heer P. geen 'digital native' maar een 'digital immigrant' is;
- de heer P. opleidingen heeft gevolgd en vaardigheden heeft ontwikkeld die niet relevant zijn voor de functie;
- de heer P. geen relevante ervaring inzake sociale media aantoonde.

Het e-mailbericht verwijst expliciet naar de leeftijd van de heer P. , zodat de vaststelling dat de heer P. niet de geschikte kandidaat was, naar het oordeel van de rechtbank, duidelijk gebaseerd was op zijn leeftijd.

Er is dan ook sprake van een direct onderscheid op grond van één van de beschermde criteria, zoals voorzien bij artikel 7 van de Antidiscriminatiewet van 10.05.2007, dat luidt als volgt:

"Elk direct onderscheid op grond van één van de beschermde criteria vormt een directe discriminatie, tenzij dit direct onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."

Evenmin toont D. W. & C. BV aan dit direct onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Artikel 8, §1, van de Antidiscriminatiewet van 10.05.2007 bepaalt dat "een direct onderscheid op grond van leeftijd, ... uitsluitend gerechtvaardigd kan worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

"In afwijking van artikel 7, en onverminderd de overige bepalingen van deze titel, kan."

Overeenkomstig artikel 8, §1, van de Antidiscriminatiewet kan een direct onderscheid op basis van leeftijd dus uitsluitend gerechtvaardigd worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.

D. W. & C. BV toont niet aan dat de vereiste 'digital native' te zijn, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste betreft voor de functie digital marketeer waarvoor de vacature werd uitgeschreven.

D. W. & C. BV verwijst naar een artikel van onderwijsexpert M. P., die de term als volgt omschrijft:

"De studenten van vandaag zijn niet alleen stapsgewijs veranderd ten opzichte van die van vroeger, en hebben ook niet simpelweg hun taal, kleding, lichaamsversieringen of stijlen veranderd, zoals eerder tussen generaties gebeurde. Er heeft een echt grote verandering plaatsgevonden. Je zou het zelfs een "eenmalige mijlpaal" kunnen noemen — een gebeurtenis die de dingen zo fundamenteel verandert dat er absoluut geen weg meer terug is. Deze zogenaamde "eenmalige mijlpaal" is de komst en snelle verspreiding van digitale technologie in de laatste decennia van de 20e eeuw.

De leerlingen van vandaag — van de kleuterschool tot de universiteit — zijn de eerste generatie die opgroeien met deze nieuwe technologie. Zij zijn hun hele leven omringd door en maken gebruik van computers, videospelletjes, digitale muziekspelers, videocamera's, mobiele telefoons, en alle andere speelgoed en tools van het digitale tijdperk. De gemiddelde afgestudeerde student van vandaag heeft minder dan 5.000 uur van zijn leven besteed aan lezen, maar meer dan 10.000 uur aan het spelen van videospelletjes (om nog maar te zwijgen van 20.000 uur tv- kijken). Computerspelletjes, e-mail, internet, mobiele telefoons en instant messaging maken integraal deel uit van hun leven.

Het is nu duidelijk dat als gevolg van deze alomtegenwoordige omgeving en hun enorme interactie ermee, de studenten van vandaag fundamenteel anders denken en informatie verwerken dan hun voorgangers. Deze verschillen gaan veel verder en dieper dan de meeste opvoeders vermoeden of beseffen. "Verschillende soorten ervaringen leiden tot verschillende structuren", zegt Dr. B. D. P. van het B College of M.. Zoals we zullen zien in de volgende bijdrage is het zeer waarschijnlijk dat de hersenen van onze leerlingen fysiek zijn veranderd en anders zijn dan de onze — als gevolg van hoe ze zijn opgegroeid. Maar of dit nu wel of niet letterlijk waar is, kunnen we met zekerheid zeggen dat hun denkpatronen zijn veranderd. Ik kom er nog toe uit te leggen hoe ze veranderd zijn.

Hoe moeten we deze "nieuwe" studenten van vandaag noemen? Sommigen noemen ze de N-(voor Net]-gen of D-[voor digitaal]-gen. Maar de meest bruikbare benaming die ik voor hen heb gevonden is Digital Natives. Onze studenten van vandaag zijn allemaal "native speakers" van de digitale taal van computers, videospelletjes en het internet.

Dus wat maakt dat van de rest van ons? Degenen onder ons die niet geboren zijn in de digitale wereld, maar op een later tijdstip in ons leven gefascineerd zijn geraakt door de meeste aspecten van de nieuwe technologie, zijn, en zullen dit in vergelijking met digital native natives steeds blijven, Digitale Immigranten.

Het belang van het onderscheid is dit: Digitale Immigranten leren — zoals alle immigranten, en sommigen beter dan anderen — om zich aan te passen aan hun omgeving, maar behouden tot op zekere hoogte hun "accent", of anders gezegd dragen hun verleden met zich mee. Het "digitale immigranten accent" komt tot uiting in zaken zoals het internet pas in de tweede plaats te gebruiken voor het verkrijgen van informatie of in het lezen van de handleiding van een programma in plaats van aan te nemen dat het programma zelf ons zal leren het te gebruiken. De ouderen van vandaag zijn anders "gesocialiseerd" dan hun kinderen, en zijn nu bezig een nieuwe taal te leren. En een later aangeleerde taal gaat naar een ander deel van de hersenen."

(zie: M. P., "Digital Natives, Digital Immigrants, Part 1", On the Horizon, 2001, Digital Natives, Digital Immigrants (marcprensky.com, stuk 5 bundel verwerende partij)

Verder verwijst D. W. & C. BV naar een recent artikel in De Tijd:

"Jongeren groeien vandaag op met digitale technologie, het zijn 'digital natives'. Maar dat betekent nog niet dat ze ook over alle digitale vaardigheden beschikken. Ze zijn vertrouwd met hun smartphone en met TikTok, maar dat is slechts een heel klein deel van de digitale wereld. Dat maakt nog geen goede datawetenschapper. We moeten onze kinderen dus uitrusten met fundamentele digitale vaardigheden. 'Zegt H..'"

(zie: "Een digital native is nog geen datawetenschapper", De Tijd, 7 november 2022, stuk 6 bundel verwerende partij)

Uit voornoemde teksten kan de rechtbank enkel afleiden dat de notie 'digital native' geen betrekking heeft op de identiteit van een persoon, maar enkel op de datum waarop een persoon geboren is, met name degene die van kleins af aan opgroeide met digitale technologie tegenover de 'digital immigrant', die niet geboren is in de digitale wereld en zich de digitale vaardigheden eigen heeft moeten maken op een latere leeftijd.

D. W. & C. BV stelt zelf dat dat de term 'digital native' een wetenschappelijk onderbouwde term betreft voor een groep mensen die op een geheel andere manier is opgegroeid in vergelijking met anderen, daardoor anders werd gevormd en zich bijgevolg op een andere manier gedraagt.

Het tijdstip van geboorte is dus wel degelijk relevant om uit te maken of het om een 'digital native' of een 'digital immigrant' en dus om na te gaan of iemand voor de digitale revolutie of nadien geboren is.

Het tijdstip waarop men werd geboren, is in tegenstelling tot wat D. W. & C. BV tracht te doen voorkomen, het enige criterium om een onderscheid te maken tussen een digital native en een digital immigrant.

De vereiste 'digital native' is dus wel leeftijdsgebonden.

Dit wordt niet ontkracht, zoals D. W. & C. BV ten onrechte voorhoudt, door het feit dat de leeftijd in het geval van een 'digital native' waarschijnlijk steeds zal opschuiven.

De heer P. , geboren in 1977 was op het ogenblik van zijn sollicitatie bij D. W. & C. BV 42 jaar oud en werd volgens voornoemd e-mailbericht expliciet te oud bevonden. Uit voornoemd e-mailbericht van mevrouw V. B. blijkt ook duidelijk dat dit de enige reden is. Mevrouw V. B. besluit:

"Qua kwalificaties en ervaring ontbreekt je zeker niets!"

(zie: e-mailbericht J. V. B. d.d. 07.10.2020, stukken 2 bundel eisende partij)

Tenslotte meent D. W. & C. BV ten onrechte dat haar standpunt impliciet bevestigd wordt door het gebrek aan actie van UNIA en van de dienst Toezicht op de Sociale Wetten.

Dat UNIA in toepassing van artikel 29, § 1, van de Antidiscriminatiewet in rechte (kan) optreden in de geschillen waartoe deze wet aanleiding kan geven, houdt in dat UNIA niet verplicht is dit te doen. Artikel 18 § 1 van voornoemde wet geeft expliciet de mogelijkheid aan een 'slachtoffer' van voornoemde wet om een schadevergoeding te vorderen. Voornoemde wet vereist geen actie van UNIA, noch van de dienst Toezicht op de Sociale Wetten. Deze dienst houdt in toepassing van artikel 32. § 1 toezicht op de naleving van de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan.

De rechtbank verwijst naar voornoemd schrijven van UNIA aan de vakorganisatie van de heer P. van 9 augustus 2022, waarin uitdrukkelijk wordt vermeld:

"Beste mevrouw,

Via deze weg doen we een beroep op onze samenwerkingsovereenkomst voor de verdere opvolging van de situatie van uw lid, de heer G. P. .

Gelet op de protocolafspraken met ACV en met toestemming van uw lid maakt Unia het dossier voor verder gevolg (onderhandelingen/rechtszaak) over aan ACV.

Unia vroeg de inspectie na te gaan welke het maandelijkse brutoloon(en aanvullende voordelen) zijn van de beide digital marketeers die na de afwijzing van uw lid aangeworven werden. Dit referteloon kan als basis dienen voor de berekening van de forfaitaire schadevergoeding van uw lid. Omwille van privacyredenen beperkte de inspectie zich tot het overmaken van de functieclassificaties en baremalonen die gelden voor het P.C.200 (bijlage 8)

(zie: stuk 30 bundel eisende partij)

Uit de afwezigheid van actie van UNIA en van de Dienst Toezicht op de Sociale Wetten kan D. W. & C. BV dus niet de voorgehouden gevolgen afleiden.

De rechtbank besluit dat D. W. & C. BV het discriminatieverbod, zoals voorzien in de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, heeft geschonden. Het staat immers vast dat leeftijd een rol heeft gespeeld bij de ontslagbeslissing.

De rechtbank sluit zich dan ook aan bij het gemotiveerde advies van mevrouw de Arbeidsauditeur, dat besluit dat D. W. & C. BV "zich schuldig heeft gemaakt aan directe discriminatie op basis van leeftijd, zonder rechtvaardiging".

5.2. schadevergoeding

De heer P. maakt dan ook correct aanspraak op een schadevergoeding in toepassing van de Antidiscriminatiewet.

Tussen partijen bestaat betwisting over de hoogte van de schadevergoeding en over de basis én de samenstelling van het loon.

5.2.1. hoogte schadevergoeding

De heer P. vordert een forfaitaire schadevergoeding, gelijk aan de brutobeloning voor zes maanden.

In ondergeschikte orde vraagt D. W. & C. BV om de schadevergoeding te herleiden naar drie maanden brutoloon.

Artikel 18, § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet bepaalt:

"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;"

D. W. & C. BV moet dus aantonen dat het niet uitnodigen van de heer P. naar aanleiding van zijn sollicitatie ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn. Enkel in dat geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden brutobeloning.

De rechtbank sluit zich aan bij het gemotiveerde advies van mevrouw de Arbeidsauditeur, dat D. W. & C. BV aantoont dat de heer P. omwille van redenen die losstaan van het criterium digital native, ook niet zou zijn aangenomen.

D. W. & C. BV brengt voldoende stukken bij in dat verband. De rechtbank verwijst onder meer naar de diverse motivatiebrieven en sollicitatiebrieven. (zie: stukken 8 tot en met 13 bundel verwerende partij)

Zoals mevrouw de Arbeidsauditeur correct aangeeft, bevat de beoordeling van motivatiebrieven steeds een subjectief gegeven, hierbij ook rekening houdend met de bedrijfscultuur, waaronder moet worden verstaan: de ongeschreven regels, gewoonten en het gedrag van alle medewerkers binnen een bepaalde firma, gebaseerd op een set gedeelde waarden.

Uit de bewoordingen van de vacature blijkt ook voor de rechtbank de open houding binnen D. W. & C. BV. In de vacature wordt onder meer vermeld:

“(…) Functieomschrijving

Is je hand als het ware vergroeid met je smartphone? Kan je zonder kaart navigeren in het digitale landschap en ben je mee met de laatste trends? Dan heeft D. W. Communicatie de job voor jou! Wij zijn op zoek naar een digital marketeer die zich vol enthousiasme in de wereld van Google, Facebook, LinkedIn, Pinterest en andere digitale spelers gooit.

(…)

Jouw meesterbrein weet troeven en acties om te zetten in aansprekende copy, de gewenste doelgroep te lokaliseren, de juiste zoektermen te definiëren en cijfertjes te vertalen in verstaanbare campagneresultaten voor de klant (…)

En wil je de uitdaging echt aangaan? Dan kan je ons onder de middag verrassen met je pingpongskills.

Profiel

Je bent een kritische geest met zin voor initiatief en een sterk analytisch vermogen Social media zijn je tweede habitat en als digital native verwerk je de vragen van de klant in oplossingsgerichte voorstellen waarbij je alle aspecten van het digitale marketingspectrum inzet. Bij voorkeur heb je al een eerste werkervaring, maar we

dagen je uit om ons ook als 'newbie' te overtuigen.."

(..)"

(zie: stuk 1 bundel eisende partij)

Deze bewoordingen wijzen voor de rechtbank duidelijk op een open en losse bedrijfscultuur bij D. W. & C. BV.

De sollicitatiebrieven van de twee personen die weerhouden werden, sluiten qua taalgebruik en stijl volgens de rechtbank ook nauwer aan bij voornoemde vacature, dan de sollicitatiebrief van de heer P. .

Zo begint de sollicitatiebrief van de heer P. met 'Geachte Mevrouw V. B. ' (zie: stukken 2 bundel eisende partij), terwijl de andere kandidaten beginnen met: 'Dag J., 'Beste J., 'Beste no-nonsense communicatiespecialisten' en 'Hi Joke'. (zie: stukken 11-12 en 13 bundel verwerende partij)

Dit losse taalgebruik en de manier van schrijven komt ook tot uiting in de verdere inhoud van de motivatiebrieven van de tegenkandidaten. (zie: stukken 11-12 en 13 bundel verwerende partij)

Het e-mailbericht, waarmee de heer G. P. op 4 oktober 2020 solliciteerde op voornoemde vacature, luidt als volgt:

Geachte mevrouw V. B. ,

Begin september stelde ik mij spontaan kandidaat voor een marketingfunctie binnen jullie onderneming. Vandaag las ik dan toevallig op jullie website dat jullie op zoek zijn naar een digital marketeer. Omdat de functiebeschrijving erg vertrouwd klinkt, wil ik jou graag uitnodigen om de onderstaande tekst te lezen en mijn cv te bekijken.

(..)

Daarom stel ik mijn diensten als digital marketeer, grafisch ontwerper, fotograaf, webdesigner, desktop publisher, of administratief bediende (of een combinatie) graag full-time ter beschikking. Ik heb een gezonde ambitie en met de nieuwe aangeboden functie, mijn leeftijd, kennis en ervaring denk ik dat het tijd wordt voor een job met meer verantwoordelijkheid.

Doorheen mijn loopbaan heb ik gewerkt als digital marketeer, grafisch ontwerper, desktop publisher, webdesigner, fotograaf,... met soms het geluk een zeer gevarieerd takenpakket te hebben (maar is zeker geen vereiste), met als voornaamste handelingen de ontwikkeling, het onderhoud en het uitbouwen van websites in allerlei betekenissen. Marketing via SEO, SEA, Google marketing,... Het versturen van nieuwsbrieven en smsjes. De opvolging op sociale media. Het ontwerpen van drukmateriaal (folders, flyers, naamkaartjes, affiches, logo's, magazines,...). Het organiseren van fotoshoots, het vastleggen van (product)foto's voor allerlei doeleinden waaronder verpakkingen. Ook het administratieve heeft, ondanks mijn grafisch verleden, een prominente rol gespeeld, zoals debiteurenbeheer, opvolgen van betalingen, beantwoorden/verkoop aan telefoons, klantenbinding, ...

De beschrijving van de vacature lijkt zeker aan te sluiten bij mijn ervaringen, interesses, kunnen en ambities. Daarom zou ik graag de inhoud van deze brief en CV mondeling nader willen komen toelichten.

(..)"

(zie: stukken 2 bundel eisende partij)

Deze motivatiebrief van de heer P. (zoals hoger volledig geciteerd onder: '3. feiten') sluit dus voor de rechtbank minder aan bij de heersende bedrijfscultuur van D. W. & C. BV.

De rechtbank stelt vast dat voornoemd standpunt van mevrouw de Arbeidsauditeur niet voldoende wordt weerlegd door de heer P. . In zijn laatste conclusie als repliek op het schriftelijk advies erkent de heer P. zelfs dat zijn sollicitatiebrief 'serieuzer' is dan de andere sollicitatiebrieven. De heer P. beperkt zich ertoe te stellen dat "zijn brief volgens hem perfect past bij de theoretische/technische functie van 'digital marketeer', wat dus in strijd is met het standpunt van mevrouw de Arbeidsauditeur en van de rechtbank.

De repliek van de heer P. geeft overigens aan dat het inderdaad een 'subjectief' oordeel van de werkgever betreft, dat naar het oordeel van de rechtbank behoort tot de autonomie van de werkgever en losstaat van de leeftijd en van elke grond tot discriminatie.

De rechtbank is dan ook overtuigd van het gevoerde verweer door D. W. & C. BV, waarbij wordt aangetoond dat het slachtoffer ook op andere niet discriminatoire gronden verschillend behandeld zou zijn geweest, "zodat de rechtbank dit element ook in rekening brengt bij de bepaling van de forfaitaire schadevergoeding". (www.dekamer.be, commissie justitie, doc. 51, 2720/009, P. 59).

De schadevergoeding wordt beperkt tot 3 maanden brutoloon.

5.2.2. basis loon schadevergoeding

De heer P. baseert de gevorderde schadevergoeding op het loon van functieklasse B zoals voorzien in de barema's geldend in het aanvullend paritair comité voor bedienden met nummer 200 overeenkomstig de cao van 9 juni 2016, gesloten binnen voornoemd paritair comité betreffende de beroepsindeling met 21 jaren voorafgaandelijke beroepservaring. (zie: barema's PC 200.00 stuk 4 bundel eisende partij en zie: cao beroepsindeling PC 200.00, 9/6/2016, stuk 5 bundel eisende partij)

Volgens D. W. & C. BV zou de heer P. bij indiensttreding slechts recht gehad hebben op het loon van een functieklasse A.

Naar het oordeel van de rechtbank is het enkel van belang welke functieklasse past bij de functie waarvoor de heer P. solliciteerde, met name de functie van 'digital marketeer'. (zie: vacature, stuk 1 bundel eisende partij)

Hierover bestaat geen betwisting tussen partijen.

Artikel 2 van voornoemde cao van 9 juni 2016 bepaalt in dit verband:

"De functies van de bedienden worden in vier klassen ingedeeld welke door de hierna vermelde algemene maatstaven worden bepaald:

Klasse A

Uitvoerend: functies gekenmerkt door het verrichten van een beperkt aantal zich herhalende eenvoudige taken.

Klasse B

Ondersteunend: welke een bijdrage levert tot de realisatie van een grotere opdracht

De niveau-onderscheidende criteria per klasse evenals de lijst van voorbeeldfuncties per klasse zijn bovendien opgenomen in bijlage aan deze cao. Deze bijlage maakt integraal deel uit van de cao.

De specifieke inhoud van de voorbeeldfuncties opgenomen in de lijst van functies per klasse, opgenomen in bijlage van deze cao, zullen ter kennis van de werkgevers en de werknemersvertegenwoordigers worden gesteld via het Sociaal Fonds."

(zie: cao beroepsindeling PC 200.00, 9/6/2016, stuk 5 bundel eisende partij)

Als voorbeeldfunctie verwijst de betrokken cao voor klasse A naar onder meer: "aanvuller, administratief medewerker redactie, chauffeur bestelwagen, kassamedewerker en medewerker verzending/post".

Uit de voorbeeldfuncties voor klasse B blijkt dat deze nog maar ondersteunende rol inhouden, zoals "administratief medewerker, administratief medewerker aankoop, bediende econoom, bediende gegevensverwerking...)

Dat mevrouw A. M. als nieuwe werknemer werd ingeschaald in functieklasse A bij indiensttreding bij D. W. & C. BV doet niet ter zake. (zie: loonfiche januari 2021 mevr. A. M., stuk 15 bundel verwerende partij)

De rechtbank herhaalt dat enkel van belang is welke functieklasse past bij de functie waarvoor de heer P. solliciteerde.

De forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden brutoloon verschuldigd aan een sollicitant die het slachtoffer is van een discriminatie, moet worden berekend op basis van de loonschalen van het paritair comité die van toepassing zouden geweest zijn bij indienstneming. (Arbh. Luik 11 september 2018, Soc. Kron. 2020, afl. 1, 31).

De schadevergoeding wordt vastgesteld op basis van het loon van functieklasse B zoals voorzien in de barema's geldend in het aanvullend paritair comité voor bedienden met nummer 200 overeenkomstig voornoemde cao van 9 juni 2016.

5.2.3. samenstelling loon schadevergoeding

D. W. & C. BV merkt correct op dat de forfaitaire schadevergoeding begroot moet worden op basis van het lopend basisloon, met uitsluiting van de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Ten onrechte neemt de heer P. de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst wel op in zijn berekening van de forfaitaire schadevergoeding.

Zoals D. W. & C. BV correct opmerkt, bestaat er voor dit standpunt van de heer P. geen wettelijke basis.

De Antidiscriminatiewet definieert het begrip 'loon' niet, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Wet betreffende de Arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978 (hierna: Arbeidsovereenkomstenwet)

De rechtbank verwijst naar onder meer artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat in haar tweede lid van § 1, bepaalt:

"De opzeggingsvergoeding behelst niet alleen het lopende loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst."

Uit de vaststelling dat de Arbeidsovereenkomstenwet uitdrukkelijk bepaalt dat de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst moeten worden genomen in de begroting van de opzeggingsvergoeding, kan enkel worden afgeleid dat, indien de wetgever de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst ook in rekening had willen laten nemen bij de begroting van de schadevergoeding in het kader van de Antidiscriminatiewet, zou de wetgever dit expliciet hebben voorzien.

Artikel 18, § 2 van de Antidiscriminatiewet bepaalt:

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

1° (...)

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°.

In tegenstelling tot artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet, bepaalt de Antidiscriminatiewet dus niet uitdrukkelijk dat de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst mee moeten worden genomen in de begroting van de forfaitaire schadevergoeding.

De rechtbank besluit dat de forfaitaire schadevergoeding begroot moet worden op basis van het lopend basisloon.

5.3. besluit

De rechtbank besluit dat D. W. & C. BV zich schuldig heeft gemaakt aan directe discriminatie op basis van leeftijd, zonder rechtvaardiging, zodat de heer P. recht heeft op een forfaitaire schadevergoeding.

De rechtbank kent een forfaitaire schadevergoeding toe van 3 maanden brutoloon, begroot op basis van het loon van functieklassse B en op basis van het lopend basisloon.

De rechtbank kent volgende schadevergoeding toe:

€ 2.213,48 (maandloon) x 3 maanden = € 6.640,44

Op deze schadevergoeding zijn geen sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd (Arbh. Brussel 17 november 2015, JTT 2016, afl. 1240, 81).

De vordering wordt in die zin toegekend.

6. Afgifte sociale documenten

Gelet op wat voorafgaat, moet D. W. & C. BV de afrekening afleveren conform het bij dit vonnis toegekende bedrag, zoals bedoeld in artikel 15 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers en het KB van 27 september 1966 tot vaststelling van de gegevens die deze afrekening moet bevatten, zoals de heer P. vordert, en dit binnen twee maanden na de betekening van dit vonnis.

De rechtbank veroordeelt D. W. & C. BV echter niet tot het betalen van een dwangsom per ontbrekend document en per dag vertraging

De rechtbank heeft geen aanwijzingen dat D. W. & C. BV zich zou onttrekken aan de verplichte afgifte.

7. Beslissing

Na naleving van de voorschriften van de wet van 15.06.1935 op het gebruik van de talen in gerechtszaken;

Beslist de eerste kamer van de Arbeidsrechtbank, na beraad, **OP TEGENSPRAAK**:

Na het schriftelijk advies van 26 juni 2023 van mevrouw K. B., substituut- arbeidsauditeur, waarop partijen hebben gerepliceerd,

Verklaart de vordering van de heer P. ontvankelijk en als volgt gegrond:

Veroordeelt D. W. & C. BV tot betaling aan de heer P. van een bedrag van: € 6.640,44 belastbaar als forfaitaire schadevergoeding

bedragen te vermeerderen met intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 7 oktober 2020 tot de datum van effectieve betaling;

bedrag te verminderen met de wettelijk verplichte inhoudingen, in zoverre deze verschuldigd zijn en aan de bevoegde instellingen worden overgemaakt;

Veroordeelt D. W. & C. BV tot het afleveren binnen twee maanden na de betekening van dit vonnis aan de heer P. van volgende sociale documenten:

de afrekening voor het gevorderd bedrag, zoals bedoeld in artikel 15 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers en het KB van 27 september 1966 tot vaststelling van de gegevens die deze afrekening moet bevatten;

Wijst de vordering van de heer P. voor het meergevorderde af als ongegrond.

Veroordeelt D. W. & C. BV tot betaling van de kosten van het geding.

Vereffent de kosten ten aanzien van de heer P. op € 24,00 bijdrage begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand en ten aanzien van D. W. & C. BV op € 1.650,00 rechtsplegingsvergoeding;

Dit vonnis werd gewezen door

mevrouw Isabelle JANNES rechter, voorzitter van de kamer;
mevrouw Martine CAPPA rechter sociale zaken, werkgever;
mevrouw Veronique SEGERS rechter in sociale zaken, werknemer-bediende;

met bijstand van de heer Bram VANGEEL, griffier.

en uitgesproken op TWEE AUGUSTUS TWEEDUIZEND DRIEËNTWINTIG in de openbare terechtzitting van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt, door voormelde voorzitter van de kamer, met bijstand van de heer Bram VANGEEL, griffier.