

ARBEIDSRECHTBANK OPENBARE TERECHTZITTING VAN 20 SEPTEMBER 2010

De arbeidsrechtbank te Gent, eerste kamer heeft het volgend vonnis uitgesproken :

IN ZAKE :

W. André,
wonende te 9991 Maldegem-Adgem., (...),

eisende partij, ter openbare terechtzitting vertegenwoordigd door mevrouw I. Sanders, volmachtdrager, afgevaardigde van een representatieve organisatie van werknemers, met burelen te 9000 Gent, Koning Albertlaan. 95.

TEGEN :

P. Z. ST. J. VZW, met zetel te 9900 Eeklo, (...),

verwerende partij, ter openbare terechtzitting vertegenwoordigd door Mr. K. Van Kildonck loco Mr. C. De Ganck, advocaat te 9000 Gent, Leopold II-laan 95.

EN :

CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, openbare instelling onafhankelijk in de uitoefening van zijn opdrachten overeenkomstig de wet van 15 februari 1993 tot de oprichting van een centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, met zetel te 1000 Brussel, Koningsstraat 138

vrijwillig tussenkomende partij, ter openbare terechtzitting vertegenwoordigd door. Mr. St. Demeester, advocaat te 1000 Brussel, Tour & Taxis, Havenlaan 86c, b 113.

VOORWERP VAN DE VORDERING:

De eiser is van oordeel dat hij ontslagen werd in strijd met de Antidiscriminatiewet en maakt aanspraak op een vergoeding.

DE PROCEDURE:

De vordering werd ingeleid bij middel van een exploit van dagvaarding betekend op 13 februari 2009 door P. Helderweirt, gerechtsdeurwaarder met standplaats te 9000 Gent, Gewad nr. 36.

Zij strekt er in hoofdorde toe de verwerende partij te veroordelen tot betaling van de som van 10.624,43 euro bruto ten titel van forfaitaire vergoeding, meer de wettelijke en de gerechtelijke intresten, Ondergeschikt vraagt de eiser de verwerende partij te veroordelen tot betaling van de som, van 10.624,43 euro, ten titel van vergoeding wegens willekeurig ontslag, meer de wettelijke en de gerechtelijke intresten.

De eiser vraagt het vonnis voorlopig uitvoerbaar te verklaren, niettegenstaande elk verhaal en zonder borgtocht, met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 9 maart 2009 is het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vrijwillig tussengekomen in het geding.

De vordering van de vrijwillig tussenkomende partij strekt ertoe in toepassing van art. 28 § 1 Antidiscriminatiewet vast te stellen dat de verwerende partij zich met betrekking tot het ontslag van de heer W. schuldig heeft gemaakt aan directe discriminatie op basis van leeftijd door hem te ontslaan omdat hij niet behoort tot de leeftijdscategorie 18 tot 30 jaar. Bijgevolg te verklaren voor recht dat de verwerende partij artikel. 14 Antidiscriminatiewet heeft geschonden.

De zaak werd overeenkomstig art, 747 § 2 Ger. W. opgeroepen ter openbare terechtzitting van 26 april 2010 waarop de zaak, op verzoek van partijen, verdaagd werd naar 31 mei 2010.

Alle partijen waren aanwezig en werden gehoord.

Een poging tot verzoening overeenkomstig artikel 734 van het Gerechtelijk Wetboek bleef zonder resultaat.

Zij werden gehoord in de uiteenzetting van hun middelen en besluiten.

Het debat werd gesloten en de zaak werd meegedeeld aan het openbaar ministerie.

De Arbeidsauditeur heeft zijn advies neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 28 juni 2010.

De verwerende partij en de vrijwillig tussenkomende partij legden hun repliek op het advies neer ter griffie op 16 augustus 2010. De eisende partij zag af van dit recht. De

repliektermijn verstreek op 16 augustus 2010 waarna de zaak in beraad. werd genomen.

De stukken van het geding, onder meer deze gevoegd bij het dossier van de rechtspleging, werden ingezien.

De rechtspleging werd, overeenkomstig de artikelen 2 en volgende van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het Nederlands gevoerd.

BESPREKING:

Feitelijke achtergrond

De eiser, André W., trad als nachtwaker in dienst bij de verwerende partij vanaf 27 oktober 2001 met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zijn tewerkstelling kaderde in een bijzondere financieringsmaatregel die gold voor moeilijk te plaatsen werklozen waardoor het loon gedeeltelijk ten laste kon worden gelegd van de R.V.A.

Deze arbeidsovereenkomst werd vervolgens vervangen door een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van 24 november 2002, met dezelfde financiële tussenkomst van de R.V.A.

Op 6 januari 2003 werd nogmaals een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten opnieuw met dezelfde financiële tussenkomst van de R.V.A.

Op 27 augustus 2007 schreef de werkgever het volgende aan de eiser:

"Betreft: bericht van opzegging

Naar aanleiding van ons gesprek op maandag 27 augustus 2007 zenden wij u in bijlage ons bericht van opzegging in tweevoud. Deze beslissing kadert in een nieuw financieringsproject van stewards welke door het Ministerie is uitgevaardigd.

Gezien de lange jaren voortreffelijke samenwerking in de functie van nachttoezichter, en voor zover u zelf daarmee kunt instemmen, willen wij uw tewerkstelling in onze organisatie na de opzegperiode in een polyvalente dagfunctie continueren. Wij zullen hierover met u verder overleg plegen". (stuk II/6, dossier verwerende partij).

Op 30 augustus 2007 schreef de werkgever het volgende:

" Naar aanleiding van een wijziging in de externe financiering zijn wij genoodzaakt over te gaan tot een formele organisatie van een interne bewakingsdienst. Gezien dit alles moet kaderen in het Generatiepact moet het uitvoerend personeel dat wij daarin tewerkstellen, mits de nodige te voorziene opleidingen, tussen 18 en 30 jaar zijn.

Ondanks de zeer gewaardeerde inzet gedurende meer dan 6 jaar van onze medewerker de Heer A. W. in de functie van nachtwaker kunnen wij hem gezien bovengange regelgeving, niet in deze functie behouden.

Het is de persoonlijke keuze van de Heer W. zijn loopbaan verder te zetten in een gelijkwaardige functie van interne bewaker. Gezien zijn professionele ingesteldheid eigen aan het voor deze job noodzakelijk competentieprofiel begrijpen we zijn wens bij voorkeur niet in te gaan op een louter technische functie in dagdienst in onze organisatie. Nochtans uitgaande van de inzet en de loyaliteit van de heer W. bieden wij hem deze mogelijkheid aan". (stuk II/7, dossier verwerende partij).

Op het ogenblik van de opzegging was de heer W. 52 jaar.

De eiser deed bij de toenmalige Eerste Minister navraag omtrent één en ander.

Op 13 oktober 2007 antwoordde de Minister Van Werk:

"In het kader van het generatiepact werd inderdaad een nieuwe regeling ingesteld rond de tewerkstelling van jongeren in de non-profitsector. In dit kader keurde de Ministerraad inderdaad een globaal project goed rond de bijkomende tewerkstelling voor de veiligheid in ziekenhuizen. Het moet daarbij gaan om jongeren tussen 18 en 30 jaar oud.

Het komt mij voor dat uw werkgever de nieuwe regeling niet goed heeft toegepast of begrepen. Het spreekt immers vanzelf dat de maatregel niet bedoeld is om werknemers te laten vervangen door jongeren". (stuk 6, dossier eisende partij).

Dit standpunt werd bevestigd door de Directeur-generaal van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de voedselketen en leefmilieu (stuk 7, dossier eisende partij).

Op 11 februari 2008 vroeg de vakorganisatie waarbij de eiser is aangesloten om diens reïntegratie, waarop de werkgever negatief antwoordde.

Daarop vroeg de vakorganisatie een advies aan de vrijwillig tussenkomende partij. Volgens het Centrum kon op basis van de beschikbare informatie gesteld worden dat het ontslag van de heer W. strijdig leek met de Antidiscriminatiewet (stuk 11, dossier eisende partij).

Op 1 februari 2009 dagvaardde de eiser zijn gewezen werkgever en op 9 maart 2009 kwam het Centrum vrijwillig tussen.

Het standpunt van de eiser en van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

Volgens de eiser is hij enkel ontslagen omdat hij niet behoorde tot de leeftijdscategorie waarvoor de verwerende partij kon genieten van de nieuwe financieringsmaatregel. De werkgever heeft zich derhalve schuldig gemaakt aan directe leeftijdsdiscriminatie, minstens wordt het bestaan van directe leeftijdsdiscriminatie vermoed. De brieven van de werkgever van 27 en 30 augustus 2007 leveren voldoende bewijs, minstens doen zij het bestaan van directe leeftijdsdiscriminatie vermoeden. De verwerende partij stelt geheel ten onrechte dat zij omwille van de nieuwe overheidsmaatregel verplicht was om de interne bewakingsdienst te reorganiseren. Zowel de Minister van Werk als de Directeur-

generaal van de FOD Volkgezondheid hebben bevestigd dat het niet de bedoeling was om werknemers die reeds in dienst waren te vervangen door jongeren. Dat het ontslag te maken had met de weigering van de eiser om de aangeboden polyvalente dagfunctie te aanvaarden, blijkt niet uit de bewoordingen van de ontslagbrief. Bovendien was het ontslag reeds gegeven op het ogenblik dat het aanbod werd gedaan. De aangeboden functie was daarenboven niet in overeenstemming met de opleiding en de ervaring van de eiser en, tot slot zou de functiewijziging gepaard gaan met een maandelijks loonverlies van ongeveer 300 euro. Het feit dat aan de eiser een andere functie werd voorgesteld, was daarenboven ook enkel gebaseerd op zijn leeftijd. Indien hij wel tot de juiste leeftijdsgroep had behoord, zou de werkgever hem nooit dit voorstel hebben gedaan en zou er ook geen ontslag omwille van weigering zijn gevolgd. De verwerende partij kan ook niet voorhouden dat een jonge bewaker op dezelfde manier zou zijn behandeld. Dit is een loutere bewering die door niets gestaafd wordt. Bovendien kan redelijkerwijze worden aangenomen dat een jonge werknemer van wie de werkgever even tevreden was als van de eiser, onmiddellijk terug in dienst zou zijn genomen na het ontslag om aldus gebruik te kunnen maken van de financieringsmaatregel. De eiser meent dat er geen ander besluit mogelijk is dan dat zijn ontslag te wijten is aan zijn leeftijd zodat er sprake is van directe leeftijdsdiscriminatie.

Er was voor deze directe discriminatie geen rechtvaardiging. Alleszins verplichtte het K.B. van 27 april 2007 de werkgever niet om de eiser te ontslaan. De werkgever bewijst ook geenszins dat zij geen gebruik kon maken van de mogelijkheid geboden door art. 9 van het K.B. De werkgever had geen legitiem, doel waardoor de discriminatie kon worden gerechtvaardigd. De budgettaire overwegingen die zij inroept, worden door het Hof van Justitie steevast van de hand gewezen. De verwijzing naar F.G. houdt geen steek aangezien F. G. een onderneming in moeilijkheden was waardoor herstructureringen noodzakelijk waren. De werkgever kon de eiser in dienst houden en verder genieten van de voordelen van het Activa-plan. De door de overheid gesubsidieerde arbeidsplaats kon overeenkomstig art. 9 van het K.B. aangewend worden voor een andere functie, de verwerende partij toont niet aan dat deze optie niet haalbaar was.

Op basis van deze overwegingen is de eiser van oordeel dat er sprake is van discriminatie en maakt hij aanspraak op een forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden loon overeenkomstig art. 18 Antidiscriminatiewet.

In ondergeschikte orde is het ontslag willekeurig en is een vergoeding verschuldigd op basis van art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet.

Ook het Centrum is van oordeel dat er voldoende feiten worden aangevoerd die het bestaan van discriminatie op basis van leeftijd doen vermoeden. Wanneer de verschillende brieven samen werden gelezen, blijkt dat de heer W. omwille van zijn leeftijd ongunstiger werd behandeld (ontslag of minstens voortzetting van de tewerkstelling in een andere functie) dan een ander persoon die tot de leeftijdscategorie van 18 tot 30 jaar behoorde (voortzetting van de tewerkstelling in dezelfde functie). De werkgever moet aldus aantonen dat er 1) geen discriminatie is geweest en 2) dat het direct onderscheid gerechtvaardigd was.

Uit het dossier blijkt voldoende dat zowel het ontslag alsook het aanbieden van een andere functie gebaseerd waren op de leeftijd van de eiser het argument dat iedere nachtwaker, ook al was hij tussen 18 en 30 jaar, zou ontslagen worden, kan niet worden gevolgd. Een jongere bewaker kon immers onmiddellijk na het ontslag opnieuw in dienst genomen worden in dezelfde functie. Deze praktijk is trouwens gangbaar bij de verwerende partij, getuige de opeenvolgende contracten van de eiser. De werkgever slaagt er derhalve niet in te bewijzen dat hij geen direct onderscheid heeft gemaakt op basis van de leeftijd. Evenmin toont de werkgever aan dat er voor dit direct onderscheid een objectieve rechtvaardiging was.

Het standpunt van de verwerende partij

De verwerende partij legt uit dat de tewerkstelling van de eiser was opgestart met de tewerkstellingsfinanciering vanuit het banenplan voor langdurig werklozen en nadien was voortgezet via de financiering vanuit het zogenaamde Activaplan.

In het raam van de maatregelen ten gunste van de tewerkstelling van jongeren in de social profil: sector werd per 1 januari 2007, in uitvoering van het Generatiepact, het "globaal project inzake veiligheid in de ziekenhuizen" van kracht, dat aan de werkgever het recht toekende op 2 voltijdse equivalente tewerkstellingsplaatsen voor bewakingsfuncties waarvan de loonkost volledig werd ten laste genomen door de sociale zekerheid voor werknemers, mits de daartoe aangeworven werknemers aan een leeftijdvoorwaarde (18/30 jaar) zouden voldoen.

In het kader van het goed beheer van haar instelling zag de werkgever zich verplicht haar interne bewakingsdienst te reorganiseren. Dit werd in alle openheid besproken met de eiser via het aanbod van een andere functie in de instelling. De eiser weigerde evenwel deze hem aangeboden functie zodat er geen andere mogelijkheid overbleef dan ontslag.

De arbeidsovereenkomst werd niet beëindigd omdat de eiser niet behoorde tot de leeftijdscategorie, maar wel omdat hij weigerde een alternatieve functie te aanvaarden. Iedere werknemer in dezelfde situatie zou op dezelfde manier zijn behandeld nu de financieringsmaatregelen enkel golden voor nieuw aangeworven jongeren tussen 18 en 30 jaar.

Indien al sprake zou zijn van niet toegelaten leeftijddiscriminatie, dan is deze uitsluitend toe te schrijven aan de wet zelf die uitdrukkelijk de financiering voorbehield aan de jongeren tussen 18 en 30 jaar. Als private V.Z.W. maakte de werkgever in het kader van zijn plicht om de werkingskosten van de instelling te organiseren en te optimaliseren noodgedwongen toepassing van deze wet. Er was geen mogelijkheid om de jongere(n) toegekend op basis van de tewerkstellingsmaatregel in te schakelen voor een andere behoefte. De enige openstaande plaats was die van logistiek medewerker op de technische dienst. Dergelijke functie kon onmogelijk aan een lager geschoolde onervaren jongere worden toegekend. Bovendien diende voor dergelijke jongeren te worden voorzien in een opleidingsluik waarvan de kost integraal ten laste kwam van de werkgever. De nieuwe financieringsvoorwaarden hielden geen verbod van ontslag in, vermits het totale tewerkstellingsvolume moest worden gecontroleerd. Het beste bewijs dat de

eiser niet omwille van zijn leeftijd werd ontslagen blijkt uit het feit dat alles in het werk is gesteld om de eiser een nieuwe tewerkstelling te bezorgen, niet alleen via het aanbieden van een nieuwe functie binnen de eigen instelling doch ook via een individuele outplacementbegeleiding en het afleveren van een referentiebrief bestemd voor potentiële werkgevers.

Daarenboven was het eventueel verschil in behandeling op grond van leeftijd gerechtvaardigd door een legitiem doel, zijnde het optimaliseren van de uitgaven en werkingskosten. Om dit doel te bereiken was het ontslag van de eiser een passend en noodzakelijk middel.

Aan de eiser is geen enkele vergoeding verschuldigd, niet op grond van art. 17 Antidiscriminatiewet en evenmin op grond van art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet.

In ondergeschikte orde meent de verwerende partij dat de eventuele forfaitaire schadevergoeding dient beperkt te worden tot 3 maanden nu zij in ieder geval tot het ontslag van de eiser was overgegaan gezien deze weigerde een andere functie te aanvaarden én zij in het kader van de optimalisering van haar personeelskosten genoodzaakt was om gebruik te maken van de zeer gunstige financieringsmaatregelen.

Het wettelijk kader

Uitgangspunt in deze zaak is vooreerst het Europees recht en meer in het bijzonder de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Deze Richtlijn, die een kaderrichtlijn is, legt de lidstaten een reeks minimumvoorschriften op met als doel " een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling kan toegepast worden".

De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (B.S. 30 mei 2007), hierna genoemd Antidiscriminatiewet, is één van de discriminatiewetten die werden ingevoerd om de Belgische wetgeving af te stemmen op de Europese regelgeving.

Deze wet heeft tot doel met betrekking tot de in artikel 5 bedoelde aangelegenheden een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van o.a. leeftijd.

Volgens art. 5, § 1, 5 van deze Wet is deze van toepassing op de arbeidsbetrekkingen, inzonderheid wat betreft de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging. Wat de arbeidsbetrekking betreft, is deze wet onder meer, doch niet uitsluitend, van toepassing op de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen : -de ontslagbeslissing; -de bepaling en de toepassing van de voorwaarden, en de modaliteiten van het ontslag; -de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagselectie; -de toekenning en de bepaling van vergoedingen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie; -de maatregelen die worden getroffen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie.

Gelet op de datum van het ontslag zijn de principes van de Antidiscriminatiewet van 2007 toepasselijk. Vermits Europese wetgeving aan de basis ligt, moet de Antidiscriminatiewet worden gelezen door een Europese bril en is de rechtspraak van het Hof van Justitie derhalve relevant.

De Antidiscriminatiewet verstaat onder directe discriminatie op basis van leeftijd een direct onderscheid op basis van leeftijd dat niet kan worden gerechtvaardigd (art. 4, 7° Antidiscriminatiewet). Er is een direct onderscheid op basis van leeftijd wanneer zich de situatie voordoet dat iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, is of zou worden behandeld op basis van leeftijd, zonder dat dit kan worden gerechtvaardigd (art. 4, 6° Antidiscriminatiewet).

Er is derhalve directe leeftijdsdiscriminatie wanneer een ongunstiger behandeling wordt vastgesteld op grond van de leeftijd van een persoon ten opzichte van een ander persoon, die zich afgezien van de leeftijd, in een vergelijkbare positie bevindt zonder dat deze handelwijze kan worden gerechtvaardigd.

Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer er een indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van een beschermd criterium zonder dat voor dit onderscheid een rechtvaardiging kan worden gegeven. Een indirect onderscheid betekent dat zich een situatie voordoet waarbij een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen, gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen (art. 4, 8° en 9° Antidiscriminatiewet).

Direct onderscheid op basis van leeftijd is in de arbeidsbetrekkingen slechts gerechtvaardigd in de volgende omstandigheden:

- Wanneer de leeftijd een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt (art. 8 Antidiscriminatiewet),
- Wanneer het onderscheid op grond van leeftijd wordt opgelegd door of krachtens een wet (art. 11 Antidiscriminatiewet),
- Wanneer het onderscheid op grond van leeftijd objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of elke ander vergelijkbaar legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Ten slotte is het nog belangrijk om te wijzen op de verschuiving van de bewijslast. Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest, aldus art. 28 Antidiscriminatiewet.

Werd de eiser ontslagen omwille van zijn leeftijd?

Op 24 mei 2007 ontving de verwerende partij een schrijven van de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid met de mededeling dat de instelling, in het kader van het generatiepact recht had op 2 VTE banen in het kader van het project "veiligheid in de ziekenhuizen". Om de tewerkstelling van laaggeschoolde jongeren tussen 18 en 30 jaar te bevorderen werd voorzien dat de werkgevers van de niet-commerciële sector konden genieten van een aantal banen, waarvan de loonkost ten laste was van de sociale zekerheid. Deze maatregel werd uitgevoerd door het Koninklijk Besluit van 27 april 2007 en in het kader daarvan werden 503 VTE banen voorzien om de veiligheid in de ziekenhuizen tot stand te brengen (stuk II/5, dossier verwerende partij).

Concreet betekende deze maatregel dat de verwerende partij de beveiliging van haar instelling voortaan kon laten waarnemen door jongere werknemers wiens loon ten laste werd genomen door de staat (met een maximum van 35.000 euro per maand en per VTE).

Het hoeft weinig betoog dat een subsidie van jaarlijks 35.000 euro per werknemer veel gunstiger is dan de maandelijkse RVA tussenkomst van maximaal 500 euro in het stelsel waarin de eiser was tewerkgesteld.

Op 27 augustus 2007 schreef de werkgever een brief aan de eiser waarin hem in bijlage het bericht van opzegging in tweevoud werd gezonden. "De beslissing kadert in een nieuw financieringsproject van stewards welk door het Ministerie is uitgevaardigd" aldus het schrijven. Aan de brief was een "betekening van opzegging" gehecht, aan de eiser werd gevraagd één exemplaar ondertekend terug te bezorgen (stuk II/6, dossier verwerende partij).

Het formulier C4 vermeldde als juiste oorzaak van de werkloosheid "economische redenen: beëindiging project nachtbewaking, vervanging door tewerkstellingsproject stewards, profiel medewerker stemt niet overeen met nieuw profiel voor behoud tewerkstelling" (stuk II/8, dossier verwerende partij).

De werkgever stelde eveneens een aanbevelingsbrief op voor de eiser die als volgt begon: "naar aanleiding van een wijziging in de externe financiering zijn wij genooddaakt over te gaan tot een formele organisatie van een interne bewakingsdienst. Gezien dit alles moet kaderen in het Generatiepact moet het uitvoerend personeel dat wij daarin tewerkstellen, mits de nodige te voorziene opleidingen, tussen 18 en 30 jaar zijn. Ondanks de zeer gewaardeerde inzet gedurende meer dan 6 jaar van onze medewerker de heer A. W. in de functie van nachtwaker, kunnen wij hem, gezien bovengaarde regelgeving, niet in deze functie behouden" (stuk II/7, dossier verwerende partij).

Uit de bewoordingen van deze drie documenten blijkt afdoende dat de werkgever wenste in te gaan op de voordelen van het K.B. van 27 april 2007 en dat de eiser niet kon ingepast worden in dit systeem omdat hij de maximum leeftijd van 30 jaar had overschreden.

Het argument van de werkgever dat de eiser ontslagen werd omdat hij de functie die hem als alternatief was aangeboden, niet wenste te aanvaarden, strookt niet met de feiten zoals ze blijken uit de aangehaalde documenten. De arbeidsovereenkomst als

nachtwaker werd hoe dan ook beëindigd, eventueel zo de eiser hierop wenste in te gaan, kon hem een dagfunctie worden aangeboden. Als nachtwaker kon hij echter niet aan het werk blijven.

De verwerende partij kondigt in het ontslagschrijven aan dat zij overleg zal plegen omtrent een polyvalente dagfunctie. De uitkomst van dit overleg werd niet afgewacht vooraleer over te gaan tot ontslag.

De arbeidsovereenkomst van de eiser als nachtwaker werd wel degelijk beëindigd omwille van zijn leeftijd.

Werd de eiser omwille van zijn leeftijd ongunstiger behandeld?

De verwerende partij verdedigt de stelling dat ook de werknemer die wel in de bedoelde leeftijdscategorie viel, even goed zou ontslagen geweest zijn omdat de financieringsmaatregelen slechts golden voor nieuw aangeworven jongeren.

Zelfs als zulks het geval zou geweest zijn, betekent dit niet dat daarmee iedere ongunstiger behandeling uitgesloten is.

In de hypothese dat de werkgever even tevreden was als over de eiser, beschikte hij immers over de mogelijkheid om de jongere werknemer die ontslagen werd, (onmiddellijk) opnieuw in dienst te nemen voor dezelfde functie en met ongewijzigde arbeidsvoorwaarden. Het is maar de vraag of zulks strijdig was de reglementering zoals de verwerende partij voorhoudt. De creatie van bijkomende arbeidsplaatsen moest immers niet individueel maar globaal over een periode van één jaar worden geëvalueerd. (art. 4 K.B. 27 april 2007).

Precies in het feit dat de eiser hoe dan ook niet opnieuw in dienst kon worden genomen als nachtwaker, schuilt de ongunstiger behandeling. Hij kon enkel aan het werk blijven als hij een totaal andere functie aanvaardde.

Is er een rechtvaardiging voor deze verschillende behandeling ?

In deze casus is er geen discussie over het feit dat de leeftijd van de werknemer geen wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is/was.

Wel argumenteert de verwerende partij dat de ongelijke behandeling werd opgelegd door de bepalingen van het K.B. van 27 april 2007 zelf omdat de specifieke financiering voor nachtwakers werd voorbehouden aan jongeren tussen 18 en 30 jaar.

Dit argument kan om meerdere redenen niet worden bijgetreden.

Het K.B. van 27 april 2007 beoogt de tewerkstelling van laaggeschoolde jongeren te stimuleren via een aantrekkelijke subsidiering. Vanuit dit perspectief zou de verwerende partij alleen naar het K.B. kunnen verwijzen om de voorrang van aanwerving van jongeren (boven ouderen) te rechtvaardigen.

Ten tweede was het ook helemaal niet de bedoeling dat oudere werknemers zouden vervangen worden door jongeren. Het K.B. is op dit punt duidelijk, artikel 4 bepaalt

uitdrukkelijk dat de arbeidsplaatsen toegekend in het kader van de maatregelen voor de tewerkstelling van jongeren in de social profitsector netto supplementaire arbeidsplaatsen moeten zijn. Voor zover nodig wordt dit herhaald in de brieven van de Minister van Werk en van de Directeur-generaal van de FOD Volksgezondheid.

Ten derde moet verwezen worden naar art. 9 van het K.B. Dit artikel beoogt precies de situatie dat de toegekende arbeidsplaatsen reeds zouden ingevuld zijn ofwel door eigen werknemers ofwel door inschakeling van een beveiligingsfirma. In deze hypothese kon de werkgever vragen om een andere aanwending van alle of een deel van de arbeidsplaatsen die hem waren toegekend. De werkgever kon met andere woorden een alternatief project voorstellen waarmee tegemoet werd gekomen aan een andere behoefte voor de instelling. Deze mogelijkheid, de voorwaarden en de procedure werden uitvoerig beschreven in de nota 2007/219 die de werkgever ontving (stuk II/12, dossier verwerende partij).

Volgens de verwerende partij kon zij niet terugvallen op artikel 9 omdat er geen andere "behoefte" was dan die aan een polyvalente werknemer op de technische dienst. Dergelijke functie veronderstelde een allround praktijkervaring en een grote zelfstandigheid en kon niet aan een starter worden toevertrouwd. Reden waarom deze functie aan de eiser was voorgesteld.

Bovendien diende voor dergelijke jongeren in een opleiding te worden voorzien waarvan de werkgever de kosten moest ten laste nemen. In de praktijk was deze mogelijkheid voor de instelling niet meer dan een lege doos, aldus de werkgever.

De discussie omtrent het al dan niet concreet kunnen terugvallen op artikel 9 is in feite niet wezenlijk relevant voor dit geschil. Wat wel relevant is is dat artikel 9 nogmaals aantoont dat het niet de bedoeling was om reeds in dienst zijnde oudere werknemers te ontslaan (zelfs niet als ze via derden werden tewerkgesteld !) en te vervangen door jongeren, door werkgevers die anders uit de boot zouden vallen een alternatief aan te bieden.

Anderzijds wil de rechtbank toch opmerken dat de argumentatie van de verwerende partij niet echt steek houdt. Zo is in de vacature en de functieomschrijving van de polyvalente werknemer geen enkele verwijzing te vinden naar een vereiste ervaring (stuk II/13, dossier verwerende partij). En bovendien was de eiser zelf ook niet ervaren als klusjesman, hij was tewerkgesteld als nachtwaker.

De werkgever kan het verschil in behandeling derhalve niet rechtvaardigen via een beroep op het K.B. in kwestie.

Terecht merkt de werkgever op dat zijn ontslagrecht niet werd beperkt door het K.B. Maar hij kan ook niet ernstig voorhouden dat hij als het ware verplicht was tot ontslag wou hij genieten van de gunstmaatregelen. Het K.B. was een mogelijkheid, geen verplichting.

Rest uiteindelijk de vraag of het verschil in behandeling kan ook gerechtvaardigd worden door een legitiem doel en of het ontslag van de eiser voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

De verwerende partij herhaalt meerdere keren dat zij als V.Z.W. in de zorgsector verplicht was om haar uitgaven te optimaliseren. Er worden m.a.w. economische of budgettaire gronden ingeroepen.

Anders dan de verwerende partij, is de rechtbank van oordeel dat ook het beginsel van gelijke behandeling op basis van leeftijd een fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel is (cfr. H.v.J. 22 november 2005, Mangold/Helm, C144/04).

Inzake het beginsel van gelijke behandeling op grond van geslacht is het Hof van Justitie duidelijk discriminatie kan niet gerechtvaardigd worden door op te werpen dat het vermijden van discriminatie hogere kosten voor de werkgever zouden meebrengen (cfr. H.v.J. 17 juni. 1998, Hill en Stapleton/The Revenu Commissioners en Department of Finance, C243/95). In zijn conclusie van 28 april 2010 in de zaak Rosenblatt (C-45/09) stelt de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie dat louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen niet als legitiem doel in de zin van de Richtlijn kunnen beschouwd worden. Legitieme doelstellingen betreffen doelstellingen van algemeen belang.

Naar analogie kan hetzelfde gezegd worden voor discriminatie op grond van leeftijd, individuele, aan de werkgever eigen financiële overwegingen zijn geen legitiem doel.

En zelfs in de hypothese dat er toch rekening zou kunnen gehouden worden met financiële motieven, moet vastgesteld worden dat de verwerende partij op geen enkele manier aantoonde dat er 1) daadwerkelijke financiële behoeften waren en 2) dat net het ontslag van de heer W. bijdroeg tot de verwezenlijking van het legitieme doel: het gezond houden van de financiële situatie. Zelfs als de heer W. in dienst bleef, kon de verwerende partij blijven genieten van de voordelen van het Activa-plan.

Op grond van al hetgeen voorafgaat, is geen ander besluit mogelijk dan dat de verwerende partij zich bij het ontslag van de eiser schuldig heeft gemaakt aan een niet gerechtvaardigde discriminatie.

De toe te kennen vergoeding

De eiser vordert op basis van artikel 18 Antidiscriminatiewet een forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden bruto loon of 10.624,43 euro.

De verwerende partij meent dat geen schadevergoeding verschuldigd is en verwijst daarbij naar art. 17 Antidiscriminatiewet. In ondergeschikte orde meent zij dat de schadevergoeding zou dienen te worden beperkt tot 3 maanden bruto loon omdat zij in elk geval aangetoond heeft dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden zou getroffen zijn.

Artikel 18 Antidiscriminatiewet bepaalt dat het slachtoffer van discriminatie een schadevergoeding kan vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

Het slachtoffer heeft daarbij de keuze tussen, een forfaitaire schadevergoeding of een vergoeding gelijk aan de geleden schade, in welk geval hij de geleden schade moet bewijzen.

In het specifieke geval dat het slachtoffer een 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.

Vermits de rechtbank tot de conclusie komt dat de eiser inderdaad het slachtoffer is van niet geoorloofde discriminatie, is de vergoeding overeenkomstig art. 18 verschuldigd.

Er is geen reden om de vergoeding te beperken tot drie maanden, buiten het argument van de budgettaire overwegingen haalt de verwerende partij geen enkele reden aan die hoe dan ook tot het ontslag van de eiser zouden geleid hebben.

De vergoeding die cijfermatig niet wordt betwist, kan toegekend worden.

De rechtsplegingsvergoeding

De vrijwillig tussenkomende partij meent dat in casu een hogere rechtsplegingvergoeding dan het basisbedrag kan toegekend worden omwille van de complexiteit van de zaak en vraagt een rechtsplegingvergoeding toe te kennen van 8.000 euro.

Met de verwerende partij kan gesteld worden dat het Centrum hierin niet kan gevolgd worden. Zonder afbreuk te willen doen aan het belang van deze zaak, kan toch moeilijk verdedigd worden dat deze zaak dermate complex was dat een rechtsplegingvergoeding van iets minder dan 7-maal het basisbedrag gerechtvaardigd is.

Het geschil in kwestie was afgebakend tot één materie de Antidiscriminatiewet, en het aantal partijen in dit geschil was beperkt tot 3, waarvan dan nog 2 partijen hetzelfde standpunt verdedigden.

Het komt ook niet erg redelijk voor om de verwerende partij te veroordelen tot een dermate hoge rechtsplegingvergoeding louter en alleen door de vrijwillige tussenkomst van het centrum.

Een rechtsplegingvergoeding gelijk aan het basisbedrag kan volstaan.

OM DEZE REDENEN

De arbeidsrechtbank Gent, eerste kamer, na beraadslaging;

Wijzende op tegenspraak;

Gelet op het advies van het Openbaar Ministerie gegeven door de heer D. Meirssehaut, neergelegd ter griffie.

Ontvangt de vordering en verklaart ze gegrond.

Zegt voor recht dat de verwerende partij art 14 van de Antidiscriminatiewet heeft geschonden.

Veroordeelt verwerende partij tot betaling van 10,624,43 euro bruto als forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade, meer de wettelijke intresten vanaf het ogenblik dat deze som eisbaar is geworden tot 13 februari 2009 en vanaf dan meer de gerechtelijke intresten.

Vereffent de kosten in hoofde van eisende partij op 110,89 euro dagvaarding en in hoofde van de vrijwillig tussenkommende partij op 1.200 rechtsplegingsvergoeding.

Veroordeelt verwerende partij tot deze kosten.

Verklaart het vonnis voorlopig uitvoerbaar, niettegenstaande elk verhaal en zonder borgtocht, met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.

Aldus gewezen door:

Mevrouw C. SAELAERT,	ondervoorzitter in de arbeidsrechtbank, die de kamer voorzigt;
De heer Ph. VERSTRAETE,	rechter in sociale zaken, benoemd als werkgever;
De heer R. SCHATTEMAN,	rechter in sociale zaken, benoemd als werknemer-arbeider;

bijgestaan door:

Mevrouw M. CROMPHOUT, griffier;

en uitgesproken op maandag TWINTIG SEPTEMBER TWEEDUIZEND EN TIEN in de openbare terechtzitting van de eerste kamer van de arbeidsrechtbank Gent.

Bij beschikking d.d. 2 september 2010 van de voorzitter van de arbeidsrechtbank werd Johan Desmet, rechter in sociale zaken, benoemd als werkgever, aangewezen om Philip Verstraete, rechter in sociale zaken, benoemd als werkgever, wettig verhinderd, te vervangen bij het ondertekenen van dit vonnis.

M. Cromphout

R. Schatteman

J. Desmet

C. Saelaert