

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL VAN 5 SEPTEMBER 2014

Zoals in KORTGEDING - arbeidsovereenkomst
tegensprekelijk arrest
heropening der debatten

B. NV, met maatschappelijke zetel te 1831 Diegem, (...),
appelante op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. T. Filip, advocaat te 2000 Antwerpen, (...)

tegen

D. R. X.,M., C., G., M., wonende te 1300 Waver,(...),
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellant op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. L. Guido en mr. T. Yves, advocaten te 1040 Brussel, (...)

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van de bestreden beschikking, uitgesproken op tegenspraak op 12 november 2013 door de arbeidsrechtbank te Brussel, (A.R. 13/7643/A),

- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 3 januari 2014,
- de conclusies voor de appellante,
- de conclusie voor de geïntimeerde,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie ontvangen ter griffie op 27 juni 2014;
- de repliekbesluiten van de appellante ontvangen ter griffie 18 juli 2014;
- de voorgelegde stukken.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 6 juni 2014, waarna de debatten werden gesloten, de zaak voor schriftelijk advies werd meegedeeld aan het openbaar ministerie tegen 27 juni 2014, waarop de appellante partij heeft gerepliceerd, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer Xavier D. R., ° op (...), is piloot bij de nv B., met een anciënniteit die wegens zijn eerdere tewerkstelling bij de nv E. en V. teruggaat tot 1 november 1994,

Hij werkte voordien reeds als piloot bij andere maatschappijen, o.m. in het toenmalige Zaïre, thans de Democratische Republiek Congo.

Sinds augustus 1996 is hij gezagvoerder op een Boeing 737; hij werkte in de Europese sector, met tijdelijke opdrachten in Afrika.

2. In de loop van de jaren 2011-12 besloot B. om de Boeing 737 in de Europese sector te vervangen door de Airbus A 319/320.

3. Op 16 december 2012 sloot B. 2 collectieve arbeidsovereenkomsten af:

- de cao betreffende de arbeids- en beloningsvoorwaarden in het kader van B. 2012-2013 — Structurele maatregelen
- de cao betreffende de arbeids- en beloningsvoorwaarden in het kader van B. 2012-2013 — Tijdelijke maatregelen.

4. In de eerste cao wordt volgende context geschetst:

B. heeft in 2010 een bewuste strategische keuze gemaakt om zich aan te passen aan de veranderde marktomstandigheden en vooral aan de prijzenslag ingezet door de lage cost maatschappijen.

Om competitief te blijven kwam B. in 2010 tot de vaststelling dat het geen andere keuze had dan voor de intra-Europese vluchten lagere tarieven aan te bieden. Om dit te kunnen doen werden AVRO RJ 85 en Boeing 737 toestellen die einde lease waren

gradueel vervangen door middellange afstandstoestellen van het type Airbus A 319-320. (...) Deze strategie bleek de juiste te zijn. (111.1, p. 7).

Verder wordt uitgelegd dat omwille van de verschillende toestellen de onderhouds- en trainingskosten extreem hoog waren, zodat beslist werd te evolueren naar een geharmoniseerde vloot, hoofdzakelijk bestaande uit het type Airbus. Dit laatste laat toe om de vlootkost gevoelig te laten dalen. Een bijkomende besparing ligt in de leasing kosten van deze Airbus toestellen, die aanzienlijk lager liggen dan de verouderde Boeings. Alle AVRO RJ 85 en Boeing toestellen zullen de Europese (sic) verlaten hebben tegen uiterlijk 2012. (eigen onderlijning) (IVA, p. 8-9),

In hoofdstuk 2 wordt uitgelegd dat met het oog op de vervanging van de Boeing 737 tegen einde 2012 een transitieperiode en een post transitieperiode worden bepaald. De transitieperiode liep van 1 november 2012 tot en met 30 juni 2013. De post transitieperiode liep vanaf 1 juli 2013 (p. 22),

5, In de cao tijdelijke maatregelen wordt bepaald dat de piloten voor hun overgang naar een Airbustoestel zouden opgeleid worden volgens de volgorde van een senioriteitslijst.

Hierop was de heer D. R. als 35ste op 531 gerangschikt (cao structurele maatregelen, p. 78 tot 88).

Ter zitting wordt gepreciseerd dat op dat ogenblik alle piloten behalve de heer D. R. een dergelijke opleiding hebben mogen ontvangen. De transitieperiode is inmiddels volledig verstreken,

6. De heer D. R. solliciteerde voor een opleiding op een Airbus op 31 oktober 2011, 14 november 2011, 30 december 2011 en 20 juni 2012, telkens zonder resultaat.

In een e-mail van 9 januari 2012 werd hem meegedeeld dat hij niet werd weerhouden voor deze opleidingen omdat hij de leeftijd van 55 jaar had overschreden.

Vanaf januari 2013 werden zijn dienstrollen gewijzigd waardoor hij geen prestaties meer moest leveren; zijn loon werd wel doorbetaald. B. zou op dat ogenblik zijn laatste Boeing 737 ter beschikking hebben gesteld van K., met wie B. een samenwerkingsovereenkomst had.

Een opleiding voor een Boeing 737 werd hem aangeboden, maar hij kon deze niet aanvangen wegens het overlijden van zijn schoonmoeder.

Van eind januari 2013 tot 30 april 2013 was hij ziek.

Een opleiding AVRO RJ werd hem aangekondigd, maar toen hij zijn individueel akkoord met de bepalingen van de cao's niet wou bevestigen omwille van een volgens hem andersoortige leeftijdsdiscriminatie die hem negatief zou kunnen raken, werd deze opleiding ingetrokken.

Op 6 en 7 mei 2013 volgde hij de opleiding voor een Boeing 737,

Een verzoeningsvergadering van 23 mei 2013 bracht geen oplossing in de patstelling tussen partijen,

7. Op 4 juni 2013 legde de heer D. R. een tegensprekelijk verzoekschrift neer bij de arbeidsrechtbank te Brussel wegens leeftijdsdiscriminatie.

Op 26 juni 2013 werd hem nogmaals een training voor de AVRO in het vooruitzicht gesteld, doch deze ging opnieuw niet door.

Volgens de heer D. R. was dit wegens het dispuut over het al dan niet aanvaarden van een loonsvermindering van 33,75% en een omzetting van zijn arbeidsovereenkomst naar een contract voor bepaalde tijd, conform de door hem betwiste bepalingen van de bedrijfs-cao.

Volgens B. heeft de heer D. R. omwille van het cao-dispuut de opleiding verlaten.

Op 26 juli 2013 werd de heer D. R. uitgenodigd om het tweede deel van de opleiding Boeing 737 te volgen. Omwille van een stressfactuur aan de linkervoet was hij andermaal arbeidsongeschikt.

8. De heer D. R. beoogde met zijn verzoekschrift voor de arbeidsrechtbank de leeftijdsdiscriminatie te doen vaststellen en hij vroeg de veroordeling van B.

- om hem niet langer een opleiding te ontzeggen als gezagvoerder van een Airbus A319/320, dan wel ondergeschikt op een ander toestel dat vliegt op het Europeesnetwerk van B., zoals de AVRO RJ;
- met onmiddellijke ingang, hetzij binnen de 48 uur na betekening, te bevelen de opleiding te verschaffen onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000/inbreuk, minstens aan B. onder verbeurte van een dergelijke dwangsom op te leggen haar opleidingsbeleid te staken in zoverre dit inhoudt dat zijn opleidingsaanvragen geweigerd worden;
- tot aanplakking van het vonnis binnen de inrichtingen onder verbeurte van een dwangsom
- tot publicatie van het vonnis in enkele kranten onder verbeurte van een dwangsom tot betaling van een schadevergoeding van € 73.778
- tot betaling van de gerechtskosten.

9. Bij beschikking d.d. 12 november 2013 van de voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel, zetelend zoals in kortgeding, werd op eensluidend schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie, de vordering ontvankelijk en als volgt gegrond verklaard:

- die leeftijdsdiscriminatie werd vastgesteld
- verbod werd opgelegd om hem niet langer een opleiding te ontzeggen als gezagvoerder van een Airbus A319/320 of op een ander toestel dat vliegt op het Europees netwerk van B., zoals de AVRO RJ
- bevolen werd om hem toe te laten tot de eerstvolgende georganiseerde opleiding welke hij gelet op zijn gezondheidstoestand of andere persoonlijke redenen kan volgen, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000/inbreuk, na betekening van de beschikking en te rekenen vanaf de dag waarop de gepaste opleiding wordt georganiseerd.
- betaling van een schadevergoeding van € 73.778
- de beschikking werd uitvoerbaar verklaard bij voorraad, zonder uitsluiting van het kantonement

- veroordeling van B. tot de gerechtskosten.

De heer D. R. maakt melding van de betekening van deze beschikking op 6 december 2013.

10. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 3 januari 2014, tekende B. hoger beroep aan en vroeg de beschikking te niet te doen en de heer D. R. af te wijzen van zijn vordering met terugbetaling van de sommen die in uitvoering van de beschikking werden betaald, vermeerderd met verwijsintresten en in betaling van de gerechtskosten hoger beroep.

De heer D. R. tekende incidenteel beroep aan en hernam daarbij zijn initiële vordering in zoverre deze niet werd toegekend.

11. Na de beschikking van de eerste rechter heeft B. op 11 februari 2014 aan de heer D. R. een opleiding AVRO aangeboden, die aanvatte op 15 februari 2014. De heer D. R. vatte het eerste theoretische deel van deze opleiding aan.

Op 20 maart 2014 diende hij over dit deel examen af te leggen, waarin hij niet slaagde.

Hierna werd hij terug ziek vanaf 24 maart 2014 tot minstens aan de dag van de pleitzitting in hoger beroep van 6 juni 2014,

12. Op deze zitting deed B. aan de heer D. R. het formeel aanbod om de op 15 februari 2014 aangevatte opleiding volledig te doorlopen. De heer D. R. stelt daartegenover dat dit reeds besloten lag in de bestreden beschikking en dat dit volgens hem geen nieuw element is.

II. BEOORDELING

1, Gelet op de voorgehouden betekening van de bestreden beschikking op 6 december 2013 werd het hoger beroep van 3 januari 2014 tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De vaststelling van de leeftijdsdiscriminatie

2. De heer D. R. houdt voor dat hij gediscrimineerd werd omwille van zijn leeftijd.

3. Deze discriminatiegrond kan ingeroepen worden op basis van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007 en 5 juni 2007 (hierna genoemd de antidiscriminatiewet), die d.m.v. zijn art. 3 de discriminatie op grond van leeftijd beoogt te bestrijden.

Het Openbaar Ministerie heeft in zijn advies op een correcte wijze de doelstellingen van deze wetgeving uitgelegd en ze gekaderd in de Europese Richtlijn 2000/78, waarvan deze wet de omzetting vormt. Het arbeidshof kan hiernaar verwijzen.

De wetgever heeft bij deze omzetting voorzien in een in beginsel gesloten systeem, waarbij de schending van het niet discriminatieverbod moet worden teruggebracht tot de in de wet opgenomen lijst van discriminatiegronden (Part. St., Kamer, 2006-2007, 51-2722/001, pp. 14- 16; GwH 12 februari 2009 nr. 17/2009, B,14.3).

Op grond van art. 8 §1 van de antidiscriminatiewet kan een direct onderscheid op grond van leeftijd uitsluitend worden gerechtvaardigd op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, zoals nader omschreven in art. 8 §2.

Artikel 12 bepaalt nog dat op het vlak van de arbeidsbetrekkingen in afwijking van artikel 8 een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie vormt wanneer het 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.

4. Het Openbaar Ministerie wijst verder op de schadevergoedingsregeling en de specifieke bewijslastregeling, zoals opgenomen in art. 28 van de antidiscriminatiewet, dat luidt:

§ 1 Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§ 2 Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§ 3 Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, 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.

Het Grondwettelijk Hof heeft in de overwegingen 91 tot 94 van het arrest 17/2009 van 12 februari 2009 de grondslag van deze bewijslastregeling onderzocht en oordeelde daarbij wat betreft het aanbrengen van objectieve elementen die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden:

B.93.3

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoont dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem

ongunstige behandeling. Hij dient tevens de feiten te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven.

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

Hetzelfde dient te gelden ten aanzien van feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op een van de in de bestreden wetten vermelde gronden kunnen doen vermoeden,

De rechter dient de juistheid van de gegevens die hem zullen worden voorgelegd te beoordelen in overeenstemming met de regels van gemeen recht, waarbij hij geval per geval moet oordelen over de regelmatigheid van de aangebrachte elementen.

De rechter heeft hiervoor de nodige appreciatievrijheid (B.93,4).

De eerste rechter heeft geoordeeld dat de heer D. R. op basis van de e-mail van 9 januari 2012 objectieve elementen aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden,

5. Zoals toegelicht in randnummer 1.6 heeft de heer D. R. na 4 eerdere vruchteloze 'biddings' op 9 januari 2012 een e-mail ontvangen van B., waarin uitdrukkelijk erkend werd dat zijn aanvragen niet weerhouden werden omwille van zijn leeftijd van + 55 jaar.

Anders dan B. wil voorstellen, is deze e-mail geenszins een geïsoleerd feit, Maar situeert hij zich in een reeks van door de heer D. R. aangevraagde biddings, die zowel voor als na de datum van de e-mail plaats vinden.

Hieruit blijkt dat, anders dan B. voorhoudt, de heer D. R. niet instemde met de inhoud van de e-mail. Nadien is hij permanent zijn opleidingsaanvraag blijven herhalen.

De heer D. R. brengt via de uitdrukkelijke erkenning in de bewuste e-mail het vermoeden van discriminatie aan, zoals vereist door art. 28 §1 van de antidiscriminatiewet.

Bijgevolg dient B. te bewijzen dat er geen discriminatie is.

6. Ongeacht de afspraken die B. had met K., op basis waarvan de heer D. R. nog in Congo kon worden ingezet op een Boeing 737, is het echter klaar dat bij gebreke aan opleiding voor de AVRO of de Airbus, de heer D. R. zijn normale activiteit als piloot in de Europese sector niet meer kon uitoefenen. De Boeing 737 werd voor deze sector uit de vlucht genomen. Volgens de cao structurele maatregelen diende dit voltooid te zijn uiterlijk einde 2012 (zie randnummer 1.4).

Het kader van deze operatie werd overduidelijk geschetst in de cao's van 16 december 2012, zoals weergegeven in de randnummers 1.3 tot 1.5.

Deze cao situeert zich in een ruim tijds kader dat steunt op het strategisch plan 2010.

Gelet op zijn 35ste rangschikking op de senioriteitslijst van 531 collega's, mocht hij zich verwachten aan een veel snellere opleiding en is het niet verantwoord dat hij tot het allerlaatste diende te wachten, zelfs tot na het verstrijken van de transitieperiode.

Door deze behandeling en de uitdrukkelijke verwijzing naar de leeftijd van +55 jaar in de e-mail van 9 januari 2012, is een patroon van ongunstige behandeling op basis van een verboden discriminatiecriterium aangetoond.

De heer D. R. werd immers duidelijk ongunstig behandeld ten aanzien van de lager gerangschikte jongere collega's,

7. Gelet op de harmonisering van de vloot met de erbij horende opleidingsvereisten, vindt men een explicitering van de toepasselijke wezenlijke en bepalende beroepsvereisten in de cao's van 16 december 2012,

Deze bepalen een rangorde van opleiding volgens de zgn. senioriteitslijst, die voor de heer D. R. niet werd gevolgd, ook niet na de ondertekening van de cao's,

Immers de transitieperiode was inmiddels volledig verstreken. Het feit dat thans alle piloten behalve de heer D. R. een dergelijke opleiding hebben mogen ontvangen toont aan dat na het afsluiten van de cao de senioriteitslijst ten aanzien van de heer D. R. niet in acht werd genomen. Uit de talrijke ingebrekestellingen, de verzoeningsvergadering, alsmede huidige procedure volgt dat de heer D. R. wel degelijk aanspraak is blijven maken op de voor hem noodzakelijke opleiding,

Gelet op de in de cao's geschetste context van reconversie, die door niemand wordt betwist en het engagement om de senioriteitslijst te hanteren voor de opleidingen is er in hoofde van B., die zich uitdrukkelijk op deze cao's beroept, geen objectieve en redelijke rechtvaardiging omwille van een legitiem doel, dat een nadelige leeftijdsbehandeling voor de heer D. R. zou kunnen verantwoorden.

8, De frustratie van B. omtrent de weigering van de heer D. R. om een aanpassing van zijn individuele arbeidsovereenkomst te ondertekenen, is daarbij niet ter zake dienend.

Overigens is er dienaangaande iets onlogisch in de houding van B., die voorhoudt enkel de bevestiging te willen hebben van de bepalingen van de cao. Indien deze cao een steekhoudende juridische regeling inhoudt, dan is deze ondertekening overbodig, maar blijktbaar is men daarover toch niet helemaal zeker,. Het hof beperkt zich echter tot de vaststelling dat partijen over de inhoud van de cao discussie hebben.

Het meningsverschil tussen partijen over de geldigheid van de cao's omwille van een ander discussiepunt, is nochtans in huidige context niet ter zake dienend en kan geen verantwoording vormen voor de ongunstige behandeling op grond van leeftijd bij de noodzakelijke reconversie-opleiding n.a.v. het uit dienst nemen van de Boeing 737.

Het probleem ligt hem immers niet in de al dan niet geldigheid van de cao's, maar wel in het feit dat de senioriteitslijst niet werd gehanteerd. Het gaat hem dan ook niet over de geldigheid, maar wel om de toepassing van de cao's.

Ook de mutatiepoging naar de Boeing 737-vluchten van K. kunnen in huidige context bezwaarlijk beschouwd worden als een objectieve en redelijke rechtvaardiging omwille van een legitiem doel.

Het arbeidshof sluit zich aan bij de overtuigende analyse van het Openbaar Ministerie in het advies van 27 juni 2014 (p, 12 tot 14).

Hierin wordt terecht gewezen op het feit dat dit element nergens als beleids optie naar voor gebracht wordt in de cao's van 16 december 2012, die een concretisering inhouden van de algemene tewerkstellingsplicht van de werkgever.

Het feit dat hierbij geen gewag wordt gemaakt van de vluchten van K. toont dan ook aan dat dit gegeven niet kan gelden als een objectieve en redelijke rechtvaardiging omwille van een legitiem doel om een leeftijdsdiscriminatie in verband met de opleiding van de heer D. R. te verrechtvaardigen.

De duur van een buitenlandse zending dient immers volgens art. 3.1.2,2 van de cao structurele maatregelen beperkt te blijven en sluit een permanente inschaling van een piloot van de Europese sector in Afrika uit. De Afrikapolitiek van B. steunt dan ook op een tijdelijke inschaling van de piloot op deze vluchten, zodat het feit dat de heer D. R. dit in het verleden deed, hier geen relevantie vertoont.

Door het uit de vlucht nemen van de Boeing 737 in de Europese sector restte er voor de heer D. R. immers niets anders dan hetzij in Afrika vliegen, hetzij geen opdrachten kunnen vervullen. De andere piloten die tijdelijk in Afrika vlogen, wellicht met hun instemming, hadden wel een opleiding om ook in Europa te kunnen worden ingezet, zodat hun situatie niet vergelijkbaar is met deze van de heer D. R., voor wie het werken in de Europese sector onmogelijk werd door het ontbreken van opleiding.

In die zin mocht de heer D. R. op basis van zijn plaats op de senioriteitslijst een opleiding verwachten die zijn gewoonlijke tewerkstellingsmodus garandeerde, temeer gelet op de regeling, die besloten lag in de cao's van 16 december 2012.

Evenmin ziet men in wat het preferentieel pensioenstelsel te maken kan hebben met de opleidingsvraag om zijn gewoonlijke tewerkstelling te kunnen continueren.

9. Samen met het Openbaar Ministerie stelt het arbeidshof vast dat de talrijke kleine feitjes, contextinterpretaties en reacties, die beiderzijds worden opgeschroefd, niet ter zake dienend zijn om de opleidingsweigering te verantwoorden als relevante wezenlijke en bepalende beroepsvereiste en als een objectieve en redelijke rechtvaardiging van de opleidingsweigering omwille van een legitiem doel.

Deze elementen tonen wel aan dat de samenwerkingsverhouding tussen partijen stroef is.

Ook de heer D. R. gaat daarbij niet volledig vrijuit. Partijen dienen zich bewust te zijn van de uitoefening van hun rechten en plichten volgens de regels van de goede trouw.

Het arbeidshof merkt op dit punt een begin van kentering in het formeel aanbod van B., beschreven in randnummer 1.12 en nodigt de heer D. R. uit hierop constructief en positief in te gaan vanuit de corrigerende werking van de goede trouw.

De stakingsbevelen

10. Terecht stelde het Openbaar Ministerie in het advies van 27 juni 2014 dat, ongeacht de vaststelling van de leeftijdsdiscriminatie, de gevorderde maatregelen m,b.t. het mogen volgen van een opleiding zonder voorwerp is geworden omwille van het formele aanbod van B. om de op 15 februari 2014 aangevatte opleiding volledig te doorlopen.

Ten onrechte merkt de heer D. R. hierbij aan dat dit formele aanbod reeds besloten lag in de bestreden beschikking en dat dit volgens hem geen nieuw element is.

Immers, zijn vordering had enkel betrekking op maatregelen in verband met het hem niet langer ontzeggen van een opleiding en het kunnen starten van een opleiding.

B. had perfect kunnen aanvoeren dat ze deze start had aangeboden, maar dat de heer D. R. door zijn niet slagen in het theoretisch gedeelte van zijn examen zelf aan de basis lag van het niet verder kunnen doorlopen van de opleiding.

B. doet dit niet en gaat een stap verder. Ze preciseert nu dat het voorstel van het volledig doorlopen van de opleiding inhoudt dat men aan de heer D. R. bijkomende bijscholing zal geven om hem vooralsnog in de mogelijkheid te stellen te slagen en zo het welslagen van de opleiding te garanderen (zie punt 21 van de repliek op het advies OM).

Omdat dit aanbod verder gaat dan wat werd gevraagd, kan B. worden bijgetreden dat dit geen verband houdt met de uitvoerbaar verklaring bij voorraad van de bestreden beschikking, zodat het aanbod een zelfstandig karakter heeft en dus niet besloten lag in wat reeds werd beschikt.

Zoals gezegd, ziet het arbeidshof in dit aanbod een begin van mogelijke kentering van de moeilijke en gespannen verhouding tussen partijen.

Het incidenteel beroep in verband met de aanplakking en publicatie van maatregelen

11. De heer D. R. dringt met zijn incidenteel beroep aan opdat de door hem gevraagde aanplakkings- en publicatiemaatregelen zouden worden toegekend om ten aanzien van andere piloten leeftijdsdiscriminatie in verband met de opleiding te vermijden.

Nochtans blijken de andere piloten ondertussen een opleiding te hebben doorlopen.

In de Memorie van Toelichting bij de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007 en 5 juni 2007 (hierna genoemd de antidiscriminatiewet) wordt uitgelegd dat de maatregelen van openbaarmaking slechts mogen opgelegd worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophoudt. Deze bepaling geeft aan dat de bekendmaking

als sanctiemechanisme eerder een remediërend dan een repressief karakter heeft (Parl St., Kamer, 2006-2007, 51-2722/001, p. 62).

Gelet op het feit dat de maatregelen zonder voorwerp zijn geworden en B. een aanbod doet dat het ophouden van de opleiding wegens het niet slagen van de heer D. R. in zijn examens overstijgt, ziet men niet in hoe aanplakking of publicatie nog zou kunnen bijdragen tot het doen ophouden van de gewraakte daad of zijn uitwerking.

Het incidenteel beroep is op dit punt ongegrond.

De schadevergoeding

12. De heer D. R. vordert een schadevergoeding van € 73.278,23 op grond van art. 20 §2 van de antidiscriminatiewet, hetwelk bepaalt:

Op vraag van het slachtoffer kan, de voorzitter van de rechtbank de in artikel 18 §2 bedoelde forfaitaire schadevergoeding aan het slachtoffer toekennen.

Art. 18 bepaalt:

Art. 18 § 1 Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

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

1° met uitzondering van het hierna bedoelde geval, wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, bepaald op 650 euro; dat bedrag wordt verhoogd tot 1300 euro indien de dader niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade;

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 aantoonde 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°.

Hieruit vloeit voort dat de schadevergoeding enkel kan worden toegekend overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

Wat de aard of de vorm van het schadeherstel betreft, wordt in de rechtsleer traditioneel het standpunt ingenomen dat aan schadeherstel in natura de voorkeur moet worden gegeven boven de geldelijke schadeloosstelling, die pas in aanmerking komt als eerstgenoemde vorm van schadeherstel niet mogelijk is (A. V. O., G. Jocque, C. P. en B. De T., " Overzicht van rechtspraak, Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)" in TPR 2007, 997, nr. 15).

Toegepast op de niet discriminatie in contractuele verhoudingen wijzen de auteurs A. Van O. en C. C. erop dat volgens het Hof van Cassatie schadevergoeding primair in natura moet geschieden. (met de door de auteurs in voetnoot 62 aangehaalde cassatierechtspraak) Inzake contractweigering zal de meest efficiënte sanctie, die het dichtst komt bij herstel in natura, bestaan in de gedwongen contractsluiting. Deze sanctie wordt echter in ons rechtssysteem traditioneel niet aanvaard (A. V. O. en C. K., "Contractvrijheid en niet discriminatie in contractuele verhoudingen" in P. H. en L. V. D. W. (eds.), Sociaal en fiscaal recht: 'Elck wat wils, Mechelen, Kluwer. 2013, 107, nr. 24).

Dit impliceert dat naast de uitsluiting van contractdwang de ontslagmacht van de werkgever principieel overeind moet blijven. Hierdoor is het herstel in natura merendeels onmogelijk, zodat de rechter in die gevallen een geldelijke schadeloosstelling moet toepassen, waarvoor de antidiscrimatiewet in art. 18 een forfaitaire vergoedingsmogelijkheid voorziet.

13, Maar, in deze zaak is er thans in hoofde van B. geen contractdwang In verband met de modaliteit van de te verstrekken opleidingen, omdat B. zelf een formeel aanbod deed tot het volledig doorlopen van de opleiding en hierbij verder gaat dan wat door de heer D. R. in zijn inleidend verzoekschrift werd gevraagd en dan wat door de eerste rechter werd beslist.

Vraag daarbij is of in deze omstandigheden kan gesproken worden van een reëel herstel in natura, wat mogelijk geconditioneerd wordt door de wijze waarop beide partijen te goeder trouw hun verdere contractuele verhouding uitvoeren.

Bovendien vereisen de regels van het aansprakelijkheidsrecht ook een oorzakelijk verband tussen gebeurlijke fout en schade. Tevens rust op het slachtoffer de plicht tot schadebeperking.

14. In die omstandigheden wenst het arbeidshof alvorens verder recht te doen te vernemen hoe door beide partijen invulling werd gegeven aan het formele aanbod van B. en hoe dit werd voleindigd, gelet op het engagement om de opleiding volledig te laten doorlopen.

Het arbeidshof heropent hiertoe de debatten en nodigt partijen uit om tevens standpunt in te nemen over wat gezegd werd in de randnummers 12 tot en met 14.

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,

Gelet op het grotendeels eensluidend advies van mevrouw Nathalie V. d. B., eerste substituut-arbeidsauditeur bij de arbeidsrechtbank te Brussel, gedelegeerd bij het auditoraat- generaal bij het arbeidshof te Brussel, waarop B. tijdig heeft gerepliceerd.

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger en het incidenteel beroep ontvankelijk,
Bevestigt de bestreden beschikking in zoverre bij toepassing van art. 20 §1 van de antidiscriminatiewet de leeftijdsdiscriminatie werd vastgesteld

Stelt vast dat de gevraagde maatregelen tot staking in verband met de te verschaffen opleiding zonder voorwerp zijn geworden;

Verklaart het incidenteel beroep ongegrond wat betreft de gevraagde aanplakking en publicatiemaatregel en bevestigt op deze punten de afwijzing in de bestreden beschikking;

Doch alvorens verder te gronde te beslissen;

Heropent de debatten om partijen toe te laten de nodige feitelijke opheldering te geven en hun standpunt te verduidelijken in verband met wat gezegd werd in de randnummers 12 tot en met 14.

Het staat de partijen vrij om hierover te concluderen volgens de navolgende conclusiekalender:

Zegt dat de heer D. R. dienaangaande zijn opmerkingen hierover kan neerleggen uiterlijk op 30 september 2014.

Zegt dat nv B. dienaangaande haar opmerkingen hierover kan neerleggen uiterlijk op 30 oktober 2014.

Zegt dat de heer D. R. kan repliceren uiterlijk op 30 november 2014.

Zegt dat nv B. kan repliceren uiterlijk op 31 december 2014.

Stelt de zaak voor verdere behandeling vast op de openbare terechtzitting van de 1ste kamer van dit Hof (zaal 0.8), te 1000 Brussel op vrijdag 6 februari 2015 om 14u30.

Om nadien verder te oordelen als naar recht;

Houdt de beslissing met betrekking tot de kosten aan.

Aldus gewezen en ondertekend door de eerste kamer van het Arbeidshof te Brussel,

samengesteld uit:

Lieven L.	kamervoorzitter
Georgy E.	raadsheer in sociale zaken, werkgever
Ferdy B.	raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende
Bijgestaan door:	
Kelly C.	Griffier

De heer F. B., raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende, die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen‘

Overeenkomstig artikel 785 Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest ondertekend door L. erevoorzitter en G. E., raadsheer in sociale zaken, als werkgever.

K. C., griffier.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 05 september 2014 door:

Lieven L., kamervoorzitter
Bijgestaan door
Kelly C., griffier