

HET ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

VAN 15 MEI 2015

Een slachtoffer van leeftijdsdiscriminatie heeft met betrekking tot de begroting van zijn schade de keuze tussen ofwel vergoeding van de werkelijk geleden schade, al dan niet in natura, ofwel de forfaitaire schadevergoeding voorzien door artikel 20, § 2, van de antidiscriminatiewet. Het feit niet te hebben geopteerd voor het herstel in natura maakt geen rechtsmisbruik uit. In een procedure zoals in kort geding kan men immers enkel de schade op forfaitaire wijze vorderen. Een schadeherstel in natura kan niet gebeuren zonder de omvang van de schade concreet te evalueren. De wetgever sluit een dergelijke concrete beoordeling door de rechter zoals in kort geding uit en behoudt deze voor aan de gewone rechter. Bij een forfaitaire vordering dient dan ook geen concrete beoordeling in de vorm van een proportionaliteitstoets meer plaats te vinden.

1. In het tussenarrest van 5 september 2014 heeft het arbeidshof bij toepassing van artikel 20, § 1, van de antidiscriminatiewet vastgesteld dat (...) ten aanzien van de heer D. een discriminerende leeftijdsbehandeling toegepast had door hem laattijdig een opleiding aan te bieden om als gezagvoerder te kunnen fungeren van een (...) of van een ander vergelijkbaar toestel zoals de (...). De gevorderde maatregelen tot staking waren echter zonder voorwerp geworden omdat ondertussen de te verschaffen opleiding was aangevat ; de gevraagde aanplakking en publicatiemaatregel werd afgewezen.

2. De heer D. vordert bij toepassing van artikel 20, § 2, van de antidiscriminatiewet een forfaitaire schadevergoeding van 73.778 EUR.

Het arbeidshof heeft in het tussenarrest de partijen uitgenodigd om standpunt in te nemen over de vraag of rekening houdend met de artikelen 18 en 20, § 2, van deze wet er mogelijk een herstel in natura had plaatsgevonden, wat primeert op een geldelijk schadeherstel bij equivalent. De heer D. diende na aanvang van de opleiding op 20 maart 2014 een theoretisch examen af te leggen, waarin hij niet slaagde; maar niettemin was (...) bereid om hem verder bij te staan in het volledig doorlopen van de opleiding.

Het arbeidshof vroeg inlichtingen over de verdere uitvoering van dit aanbod en welke gevolgen dit kon hebben op de toepassing van het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De debatten werden hiertoe heropend.

3. Partijen delen mee dat ingevolge aanhoudende ziekte van de heer D. er m.b.t. de opleiding sinds het mislukken in het theoretisch examen geen concrete evolutie is geweest. De heer D. handhaaft zijn vraag tot betaling van een forfaitaire schadevergoeding.

De forfaitaire schadevergoeding in de antidiscriminatiewet en het aansprakelijkheidsrecht.

5. Met de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 heeft de wetgever de regelgeving, vervat in de vorige Wet van 25 februari 2003, willen aanpassen aan de Europese discriminatierichtlijnen, zijnde de Richtlijn 2002/78 van 27 november 2000 (Pb. L 2 december 2000) — zie artikel 2 van de wet.

6. Artikel 17 van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten de sancties vaststellen, waarbij wordt aangemerkt dat deze ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, maar dat ze doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.

Hierdoor heeft de Europese regelgever de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie willen integreren, waarbij bij wijze van voorbeeld kan verwezen worden naar het arrest D. (H.v.J. C-180/95 van 22 april 1994) waarnaar ook in de Memorie van Toelichting bij de antidiscriminatiewet wordt verwezen (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/001, 60).

Dit arrest zegt in overweging 21 dat aan de vergoeding van schade niet de voorwaarde van schuld mag worden verbonden, hoe gemakkelijk het bewijs daarvoor ook kan worden geleverd (vgl. H.v.J. C-177/88 van 8 november 1990, r.o. 22).

7. Niettemin heeft het Grondwettelijk Hof in overweging 36.4 (zie ook 37.2 en het in het beschikkende gedeelte gemaakte voorbehoud m.b.t. de interpretatie in 36.4) van het arrest 2009/17 van 12 februari 2009 gesteld dat de forfaitaire schaderegeling van artikel 18, § 2, van de antidiscriminatiewet in geen geval kan worden geïnterpreteerd in die zin dat zij toelaat een persoon die geen feit van discriminatie heeft gepleegd, te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding, noch in die zin dat zij die schadevergoeding toekent aan een persoon die niet het slachtoffer zou zijn van die discriminatie. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd immers het volgende gepreciseerd :

« Vooraleer er sprake is van de toekenning van een forfaitaire schadevergoeding moet eerst worden vastgesteld dat er gediscrimineerd is. Dit veronderstelt dat er een verboden onderscheid werd gemaakt op grond van beschermde criteria. Er kan nooit schadevergoeding worden toegekend als er geen discriminatie is geweest » (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, 119).

8. Hieruit vloeit voort dat gezien vanuit het aansprakelijkheidsrecht de fout van (...) niet verder moet worden nagegaan, gelet op de vaststelling van discriminatie in het tussenarrest van 5 september 2014.

9. In zijn gewaardeerd advies wijst het Openbaar Ministerie er eveneens terecht op dat het uitgangspunt voor de forfaitaire schadevergoeding is dat discriminatie per definitie schade teweegbrengt. De Ministerraad legde in de betwisting voor het Grondwettelijk Hof de grondslag van de regeling als volgt uit :

« De Ministerraad voert in de eerste plaats aan dat de gehanteerde begrippen voldoende duidelijk zijn gedefinieerd om aan de vereisten van rechtszekerheid te voldoen. Vervolgens betwist hij dat de bestreden wetten een foutloze aansprakelijkheid zouden invoeren aangezien elke schending van een wettelijke of reglementaire norm waarin een bepaalde gedraging geboden of verboden wordt als een onrechtmatige daad moet worden beschouwd. De bestreden wetten stellen slechts een causaal verband vast tussen

de fout (het schenden van het discriminatieverbod) en de schade (waarvan het minimumbedrag forfaitair wordt vastgesteld). Ten slotte wijst de Ministerraad erop dat elke vorm van discriminatie op grond van de beschermde criteria een zekere schade veroorzaakt voor het slachtoffer ervan » (eigen onderlijning) (GrH. 2009/17 van 12 februari 2009, A.21.3).

Hieruit volgt dat, eens de discriminatie is vastgesteld, evenzeer het bestaan van de schade als het oorzakelijk verband komen vast te staan.

Terecht onderlijnde de Ministerraad ook dat de forfaitaire schadebepaling leidt tot een vaststelling van de schade op basis van een minimumbedrag.

10. (...) wil deze schaderegeling ten onrechte voorstellen als punitief en disproportioneel.

11. In de overwegingen 26.4 en 26.9 tot 26.11 van bovenvermeld arrest van het Grondwettelijk Hof werd het strafrechtelijk karakter van de forfaitaire schaderegeling afgewezen, als volgt :

« B.26.9. — Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat ook de forfaitaire vergoeding beoogt de door het slachtoffer van discriminatie geleden schade te vergoeden (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/001, p. 28). Behoudens in geval van discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, heeft die forfaitaire vergoeding uitsluitend betrekking op de schadeloosstelling voor morele schade, niet voor materiële schade (ibidem). In de parlementaire voorbereiding werd opgemerkt dat "de evaluatie van de morele schade in toepassing van het gemene aansprakelijkheidsrecht altijd voor een deel arbitrair (is) en de rechtbanken voor dit punt vaak [verwijzen] naar de officieuze tarieven opgesteld door de doctrine op basis van precedenten in de rechtspraak. Door in de wet zelf een bepaald bedrag voor morele schadeloosstelling op te nemen, beperkt men zich omzeggens tot de 'vervanging van de willekeur van de rechter door de willekeur van de wetgever'" » (1) (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/001, 27).

» Het forfaitair karakter van de schadevergoeding beoogt tevens de stakingsrechter die een discriminatie vaststelt, in staat te stellen onmiddellijk een schadeloosstelling toe te kennen. »

Onder de wet van 25 februari 2003 was dat niet mogelijk "omdat het aangaan van debatten over de beoordeling van de schade niet verenigbaar is met de snelheid van de procedure 'zoals in kortgeding'" ».

B.26.10. De wetgever vermag redelijkerwijs aan te nemen dat net gemeen recht van de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid bepaalde slachtoffers, te dezen de slachtoffers van discriminatie op een van de in de bestreden wetten vermelde gronden, niet voldoende waarborgen biedt dat de door hen geleden schade effectief zal worden vergoed.

» Dat probleem blijkt zich inzonderheid voor te doen wat betreft de morele schade, waarvan het bedrag door de rechter vaak moeilijk nauwkeurig kan worden bepaald. Door in een forfaitaire vergoeding te voorzien, wordt aan dat probleem tegemoetgekomen. »

Bij het bepalen van de hoogte van de forfaitaire vergoeding van morele schade (650 of 1.300 EUR) werd rekening gehouden met het feit dat een uniforme regel een grote variëteit van gevallen zou dienen te beogen (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC51-2720/009, 58-59).

» Ten slotte kan de forfaitaire schadevergoeding enkel worden toegekend aan de persoon die zelf het slachtoffer is van een in de bestreden wetten beoogde discriminatie en niet aan de bevoegde instellingen en organisaties die namens hem in rechte kunnen optreden (Parl. St., Kamer ; 2006-2007, DOC 51-2722/001, p. 28).

» B.26.11. — Uit het voorgaande blijkt dat de forfaitaire schadevergoeding geen repressief karakter heeft (eigen onderlijning) (zie eveneens Pad. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51- 2722/ 001, 25 en 55, en DOC 51-2720/009, 20) ».

12. In strijd hiermee wil (...) aan de forfaitaire regeling toch een punitief karakter toedichten, omdat ze zeker in de situatie van de heer D. zou verglijden naar een disproportionele toepassing. Ze zoekt daarvoor steun in een interessante bijdrage van I. S., W. V., E. V. en V. D'H., « De dynamiek; van hel schadevereiste »,

In wezen komen deze auteurs ook tot de bevindingen van het Grondwettelijk Hof; voorzeker onderlijnen ze dat het Hof van Cassatie het strafrechtelijk en punitief karakter van een schadevergoedingsregeling verwerpt (zie p. 27, voetnoot 110; Cass. 10 oktober 1972, Arr. Cass. 1973,146 en Pas. 1973,1,147) ; maar dat neemt niet weg dat ze de vereiste van een ontradend karakter van een schadevergoeding onderkennen (zie p. 22 en de auteurs geciteerd in voetnoot 86), wat door (...) overigens wordt bevestigd.

Het is nochtans dat ontradend karakter van de burgerlijke schaderegeling dat vanuit de Richtlijn 2002/78 en de Europese rechtspraak als vertrekpunt wordt geëist (zie hierboven randnummers 5 en 6).

13. Evenmin is deze regeling disproportioneel, zoals het Grondwettelijk Hof vaststelde in de overwegingen B.26.10, B.33.4, B.36.1, B.37.3 en 38.1 van het aangehaalde arrest, waarin de maatregelen worden geduid en als redelijk worden bestempeld. Deze regeling voorziet dus in een passende vergoeding.

14. Zoals het Openbaar Ministerie op basis van talrijke verwijzingen naar de Memorie van Toelichting en het bovenvermeld arrest van het Grondwettelijk Hof pertinent aantoonde, heeft de wetgever omwille van de verplichtingen opgelegd door de Richtlijn 2002/78 het doeltreffend effect van de (forfaitaire of gemeenrechtelijke) schaderegeling beoogd.

« Om de doeltreffendheid van de voorziene verbodsbepalingen te waarborgen, voert de wet een aantal burgerrechtelijke sancties in, waaronder meer bepaald een bepaling inzake een forfaitaire schadevergoeding,... »

Er moet echter op worden gewezen dat als men ervoor zou kiezen het strafrechtelijk luik van de strijd tegen de discriminatie drastisch in te perken, de invoering van dergelijke forfaitaire schadeloosstelling noodzakelijk zou zijn opdat het Belgisch recht een "doeltreffende, evenredige en afschrikkende sanctie" kan blijven aanbieden tegen discriminatie, zoals vereist door de gemeenschapsrichtlijn « (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/001, 27).

15. Bij de vaststelling van de hoegrootheid van de forfaitaire schadevergoeding dienen de lidstaten ook rekening te houden met het Europeesrechtelijk beginsel van de gelijkwaardigheid van de sancties in vergelijking met de rechtsbescherming die wordt

voorzien bij schendingen van (zuiver) nationale normen (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/ 001, 60; 33/76, H.v.J. C-33/76, 16 december 1976, inzake Rewe, r.o. 5 ; H.v.J. C- 180/95, 22 april 1997, inzake D., r.o. 29).

Om die reden werd de forfaitaire vergoeding bepaald op 6 maanden¹ wat gangbaar is in de Belgische vergelijkbare beschermingsregelingen.

16. Dit forfaitair stelsel houdt in dat de rechter omwille van de Europese richtlijnbeginselen geen verdere waardering van de schade dient te maken, omdat deze forfaitaire regeling alleszins de volledige schade vergoedt.

17. Hieruit vloeit voort dat (...) ten onrechte uit het woordje « kan » in artikel 20, § 2, van de antidiscriminatiewet wil afleiden dat toch nog een dergelijke evaluatie zou moeten gebeuren. Dit woordje doelt op de mogelijkheid van de rechter om deze vergoeding toe te kennen, wanneer de schadelijder hiervoor een keuze maakt; zonder die keuze « kan » de rechter de forfaitaire schadevergoeding niet toewijzen. Maar eens de wettelijke voorwaarden vervuld, wat hier het geval is, moet de rechter de wet toepassen en de forfaitaire schadevergoeding toekennen.

De omstandigheid dat het woord « kan » in een andere wettelijke context een andere betekenis kan hebben, doet daaraan geen afbreuk, (vgl. over de diverse betekenissen van het woord « kunnen », conclusie Openbaar Ministerie bij Cass. 17 mei 1978 in W. v. E., De grote arresten van het Hof van cassatie in sociale zaken, Antwerpen, Maklu, 1996, 784).

De keuzemogelijkheid en het herstel in natura.

18. Zoals de Raad van State opmerkt, sluit deze vergoedingsregeling de schadeloosstelling niet uit voor het nadeel dat het slachtoffer van een discriminerende handeling ondervindt, door de toepassing, naar keuze van het slachtoffer, ofwel van een vergoeding van de werkelijke schade, ofwel van een forfaitair bedrag (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/ 001, 101 ; zie ook 26).

19. Naar het oordeel van het hof, blijven in beide keuzemogelijkheden conform artikel 18, § 1, van de antidiscriminatiewet de regels van het contractuele aansprakelijkheidsrecht van toepassing. Want de fout volgt uit de vaststelling van discriminatie (randnummers 5 tot en met 8), het oorzakelijk verband en het bestaan van schade staan evenzeer vast. (randnummer 9).

20. Met (...) kan ingestemd worden dat de keuzemogelijkheid grotendeels betrekking heeft op de begroting van de schade. Deze kan in een procedure zoals in kortgeding, wat hier het geval is, enkel op forfaitaire wijze worden gevorderd. Wanneer men de werkelijke schade wil begroot zien, dan moet men een andere procedure starten voor de gewone rechter zoals ook in de vroegere wet van 25 februari 2003 reeds voorzien was. De enkele mogelijkheid om een forfaitaire vergoeding te vragen bij een geding zoals in

¹ Met uitzondering van de hier niet ter zake zijnde en ook niet ingeroepen situatie dat de nadelige behandeling ook op niet discriminerende gronden zou getroffen zijn, waar de vergoeding 3 maanden bedraagt (vgl. r.o. 35 arrest D.) ; evenmin is in deze zaak artikel 18, § 2, 2° in fine van toepassing, omdat geen toepassing van artikel 15 i.v.m. de nietigheidssanctie kan worden gemaakt; deze mogelijkheid is limitatief en niet naar analogie toepasbaar

kortgeding wordt verantwoord door de snelheid, die verwacht wordt bij een dergelijke procedure (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2722/001, 26).

21. Het Openbaar Ministerie laat terecht twee pertinente redenen gelden waarom een herstel in natura niet kan samen sporen met de keuze voor een forfaitaire vergoeding. Eerst is er het beschikkingsbeginsel. De cassatierechtspraak, waarop de in het tussenarrest aangehaalde rechtsleer steunt, zegt inderdaad dat hij die schade lijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad het recht heeft het herstel in natura te vorderen, wanneer zulks mogelijk is en geen rechtsmisbruik oplevert (Cass. 20 januari 1993, Arr. Cass. 1993, 74 ; Cass. 26 juni 1980, Arr. Cass. 1979-1980, 686 ; Pas. 1980,1,1341, concl. Velu ; R.C.j.B. 1983,173, noot F. D. ; R.W. 1980-1981, 1661, noot). Dit houdt in dat dergelijk herstel moet gevorderd worden, wat hier uitdrukkelijk niet gebeurt door de keuze van de heer D. voor de forfaitaire schadevergoeding.

22. Door de vragen in het tussenarrest werd betrokkene uitgenodigd om over dergelijke herstelmogelijkheid na te denken, gelet op het aanbod van (...) dat mogelijk een zodanig herstel kon inhouden. Terecht heeft het Interfederaal centrum voor gelijke kansen in zijn brief van 28 november 2014 op de mogelijkheid gewezen dat betrokkene in de loop van de stakingsprocedure kon ingaan op het formele aanbod van zijn werkgever tot herstel in natura en dat hij kon besluiten afstand te doen van zijn vordering in forfaitaire schadevergoeding ; maar de heer D. doet dit uitdrukkelijk niet omdat hij de discriminatie kadert in het laattijdig aanbieden van de opleiding, waardoor er geen volledig herstel is. Ook al had een andere keuze van de heer D. verder kunnen bijdragen tot de door het arbeidshof in het tussenarrest aangegeven noodzaak tot verbetering van de verhoudingen, toch hoeft deze keuze op zich die noodzaak niet in de weg te staan en kan er omwille van de door de wetgever gewilde keuzemogelijkheid geen rechtsmisbruik weerhouden worden, omdat zo de door de Europese wetgever nagestreefde doelmatigheid van de antidiscriminatiebestrijding vorm gegeven wordt.

Het voltooien van de kentering naar normale sociale verhoudingen binnen de arbeidsverhouding blijft niettemin de verantwoordelijkheid van beide partijen.

23. Tweedens onderstreept het Openbaar Ministerie terecht dat een beoordeling van een schadeherstel in natura, niet kan gebeuren zonder de omvang van de schade te evalueren, wat hoort bij de andere mogelijkheid, zijnde de vordering in schadevergoeding op basis van de daadwerkelijke schade in concrete voor de gewone rechter. Dit gaat dus niet samen met de hier gevraagde forfaitaire schaderegeling.

24. Hieraan kan een derde element worden toegevoegd. In zijn basiswerk over schade onderlijnt prof. J. R. dat de schadeloosstelling in specifieke vorm volledig moet zijn en dat mogelijk het herstel in natura slechts tot een gedeeltelijk schadeherstel leidt ; met verwijzing naar een cassatiearrest van 6 april 1949 (Pas. 1949,1,259) wijst hij erop dat steeds moet worden nagegaan of zij wel voldoende is en niet geldelijk dient te worden aangevuld tot volledige vergoeding van de schade (J. R., « Schade en schadeloosstelling », in A.P.R., Gent, Story S., 1984, 213-214, nrs.281, 282 en 284).

25. Dit brengt ons bij het door de heer D. aangehaalde motief om te kiezen voor de forfaitaire vergoeding (het omwille van zijn leeftijd onverantwoord uitstellen van de opleiding of het laattijdig aanbieden van de opleiding, wat zijns inziens door het

aanbod niet (volledig) hersteld wordt — randnummer 22), maar ook bij de opmerking van het Openbaar Ministerie dat schadeherstel in natura niet kan zonder het reële herstel in concreto te evalueren (randnummer 23). De optie van de wetgever voor de forfaitaire schadevergoedingsmogelijkheid in een betwisting zoals in kort geding sluit deze concrete beoordeling uit en behoudt deze voor aan de gewone rechter.

26. De repliekopmerkingen van (...) doen aan het advies van het Openbaar Ministerie en aan deze beoordeling geen afbreuk en gaan er ten onrechte vanuit dat er bij een forfaitaire vordering toch nog een concrete beoordeling in de vorm van een proportionaliteitstoets zou moeten plaatsvinden.

27. Hieruit vloeit voort dat de vordering van de heer D. terecht gegrond werd verklaard; hij heeft recht op de forfaitaire schadevergoeding van 73.778 EUR, waarvan de becijfering niet wordt betwist.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

Om deze redenen Het arbeidshof,

Gelet op het eensluidend schriftelijk advies van substituut-generaal mevrouw N. V. d. B., waarop (...) tijdig heeft gerepliceerd.

Rechtsprekend op tegenspraak,

Het tussenarrest van 5 september 2014 verder uitwerkend,

Verklaart het hoger beroep ongegrond, voor wat nog niet werd beslist in het tussenarrest.

Bevestigt de bestreden beschikking, behoudens wat betreft de onderdelen i.v.m. de vordering tot staking, waarover in het tussenarrest werd vastgesteld dat ze zonder voorwerp waren geworden.