



Repertoriumnumme

Datum van

uitspraak **13 juni**

2017

Rolnummer

2016/AR/110

Artikel 792, 2-3 Ger.W.
op 16/6/2017.
Kennisgeving aan partijen
en ongetekend afschrift aan
hun respectievelijke
raadslieden.

Kopie

art. 792 Ger.W.

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof Gent

Afdeling Brugge

vierde kamer

Arrest

D.(...) nv, met maatschappelijke zetel te (...), met KBO-nummer (...),
appellante,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door haar afgevaardigd bestuurder M.(...) en door mr. D.(...) en mr. L.(...), beiden
advocaten te (...), (...).

tegen

1. **Het INTERFEDERAAL CENTRUM VOOR GELIJKE KANSEN EN BESTRIJDING VAN DISCRIMINATIE EN RACISME (UNIA)**, openbare instelling, met zetel te 1000 BRUSSEL, Koningstraat 138, met KBO-nummer 0548.895.779,
eerste geïntimeerde,
eerste appellant op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. V.(...) loco mr. P.(...), advocaat te (...), (...).
2. **S.(...)**, wonende te (...), tweede geïntimeerde,
tweede appellant op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. K.(...), advocaat te (...), (...).

* * *

Gelet op de stukken van het dossier van de rechtspleging, inzonderheid het eensluidend verklaard afschrift van het op tegenspraak gewezen vonnis van de voorzitter van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...), op (...) 2016 (A.R.nr. 15/767/A), dat betekend werd aan appellante op 27 mei 2016 door het ambt van gerechtsdeurwaarder Fiiip Vandemariere met standplaats te R.(...).

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd ter griffie van het arbeidshof Gent, afdeling Brugge, op (...) 2016.

Gelet op de beschikking van de voorzitter van de derde kamer van (...) 2016, in toepassing van artikel 747 §2, Ger.W., tot het bekrachtigen van het akkoord over de conclusietermijnen en de bepaling van de rechtsdag op (...) 2017.

Gelet op de beschikking van de eerste voorzitter van (...) 2016 waarbij werd bepaald dat de vierde kamer kennis neemt van het hoger beroep tegen beslissingen in eerste aanleg gewezen door de voorzitter van de arbeidsrechtbank **in** de geschillen genoemd **in** artikel 587bis, 2° t.e.m. 4°, Ger.W. (voor de toepassing op zelfstandigen).

Gelet op de beschikking van de eerste voorzitter van (...) 2016 waarbij de beschikking van (...) 2016 werd herzien, in die zin dat de conclusietermijnen worden gehandhaafd zoals in de beschikking van (...) 2016 gesteld, maar dat de rechtsdag waarop de zaak zal worden behandeld werd bepaald op (...) 2017 (i.p.v. (...) 2017).

Gelet op de beschikking van de voorzitter van de vierde kamer van (...) 2017 waarbij, ingevolge het verzoekschrift conform artikel 748 Ger. W. de rechtsdag in de beschikking van (...) 2016 werd gehandhaafd.

* * *

1. Feitelijke gegevens

Appellante maakte op haar website een vacature bekend voor de functie van "verkoper van kwalitatieve keukens - regio Turhout". Er kon worden gereageerd op deze vacature door het overmaken van het CV en een foto op het elektronisch adres [\(...\)@\(...\)be](mailto:(...)(...).be) (stuk 1 eerste en tweede geïntimeerde).

Tweede geïntimeerde (op dat ogenblik 59 jaar) heeft met e-mail van (...) 2014 voor deze functie gesolliciteerd waarbij hij zijn cv en foto heeft gevoegd (stukken 2 a en b eerste en tweede geïntimeerde).

A(...), HR verantwoordelijke van appellante, heeft hierop met e-mail van (...) 2014 aan tweede geïntimeerde geantwoord als volgt:

"Laat ons zeggen dat je inderdaad het perfecte profiel hebt met uitzondering van uw leeftijd sorry dat ik daar zo eerlijk over ben maar het is misschien beter dat je weet waarom ik u niet direct uitnodig op gesprek" (stuk 3 geïntimeerden).

Met aangetekende brief van (...) 2014 aan appellante stelde eerste geïntimeerde dat het e-mail bericht (...) 2014 het schriftelijk en materieel bewijs is dat tweede geïntimeerde omwille van zijn leeftijd geweigerd werd en dat het afwijzen van sollicitanten omwille van hun leeftijd wettelijk gezien enkel mogelijk is als het behoren tot een bepaalde leeftijdscategorie omwille van de aard of de context van de functie een zogenaamde wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is.

Eerste geïntimeerde verzocht hierbij aan appellante te laten weten of zij al dan niet betwist dat deze handelwijze een verboden leeftijdsdiscriminatie uitmaakt en deelde mee dat tweede geïntimeerde hem toestemming heeft gegeven om de praktische modaliteiten te bekijken voor een eventuele minnelijke regeling (stuk 4 eerste geïntimeerde).

De raadsman van appellante heeft hierop met brief van (...) 2014 onder meer geantwoord:

"De heer A(...) heeft in de mail te kennen gegeven dat hij de heer S(...) niet zou uitnodigen voor een gesprek niet omwille van zijn leeftijd maar wel omwille van de recente slechte ervaringen met oudere werknemers die de samenwerking geen verdere kans hebben gegeven omdat zij vooral moeite hebben met softwareprogramma's. De heer A(...) heeft enkel laten weten dat hij in eerste instantie andere mensen zocht om ditmaal niet dezelfde ervaring op te doen. Het is spijtig dat de heer A(...) deze toelichting niet heeft voorzien. Het is echter niet dat de heer S(...) zonder meer geweigerd is laat staan dat hij uiteindelijk zou weerhouden zijn. Het is geen kwestie van discriminatie. De kansen die onze cliënte al eerder heeft gegeven aan mensen met een hogere leeftijd bewijzen het tegendeel."

Tevens wordt in deze brief gesteld dat het hier niet gaat om een werknemersrelatie en de wet van 10 mei 2007 in een schadevergoeding voorziet van 650,00 euro wanneer het gaat over discriminatie in een relatie op zelfstandige basis en appellante bereid is zonder nadelige erkenning om een schadevergoeding te betalen van 650,00 euro, de heer M(...) er persoonlijk op staat dat deze vergoeding wordt gegund aan tweede geïntimeerde en hij zijn verontschuldiging aanbiedt voor het ongemak.

Met e-mail van (...) 2014 van eerste geïntimeerde aan de raadsman van appellante laat hij weten dat de standaardvoorwaarden voor een definitieve minnelijke afhandeling bestaan uit de erkenning van de

discriminatie, het herstel ten aanzien van de persoonlijk benadeelde en de garanties van een gewijzigde personeelspolitiek en dat tweede geïntimeerde meent dat een bruto vergoeding van 5.000,00 euro per maand niet overdreven is. (stuk 6 eerste geïntimeerde).

Eerste geïntimeerde stelt appellante in gebreke met aangetekende brief van (...) 2014 waarin onder meer de inhoud van de e-mail van (...) 2014 wordt hernomen waarop niet meer werd gereageerd.

2. Procedure voor en beslissing van de eerste rechter

Met verzoekschrift met aangetekende brief van (...) 2015 aan de griffie van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...), vorderde het Interfederaal centrum voor gelijke kansen en bestrijding van discriminatie en racisme (oorspronkelijk eiser en thans eerste geïntimeerde) zijn verzoekschrift en vorderingen ontvankelijk en gegrond te verklaren; dienvolgens het bestaan vast te stellen van een daad van directe discriminatie door appellante, van S.(...), die erin bestaat dat appellante hem de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd; bijgevolg voor recht te verklaren dat appellante artikel 14 van de Antidiscriminatiewet heeft geschonden; en bijgevolg, met toepassing van artikel 20 § 1 van de Antidiscriminatiewet de staking van de discriminatie te bevelen en dienvolgens aan appellante te verbieden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4,1° van de Antidiscriminatiewet te ontzeggen aan S.(...) en elke andere sollicitant.

Verder met toepassing van artikel 19 van de Antidiscriminatiewet appellante te veroordelen, om bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt, een dwangsom te betalen van 1.000,00 euro vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis.

Te bevelen, onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet-uitvoering: dat het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis gedurende één dag wordt gepubliceerd op kosten van appellante in drie Nederlandstalige kranten met een landelijk bereik, namelijk de Standaard, De Morgen en Het Laatste Nieuws, en in een streekkrant (omgeving R.(...)), en dit in een lettertype dat even groot is als het lettertype gebruikt voor redactionele artikelen van de krant, met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) en van de betrokken personeelsleden van appellante, en desgevallend - indien tevens de onderstaande bekendmakingsregel wordt opgelegd - met weglating van vermeldingen van "D.K.(...)" en dat het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis, naar keuze van appellante (I) ofwel voor een periode van één maand wordt aangeplakt in elke winkel van appellante op een voor de medewerkers, bestuursleden én klanten goed zichtbare en toegankelijke plaats, (II) ofwel voor een periode van zes maanden online wordt opgenomen in het onderdeel "vacatures" van de website van appellante (www.dovykeukens.be) met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) en van de betrokken personeelsleden van appellante; het tussen te komen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, niettegenstaande enig rechtsmiddel, zonder borgtocht en met uitsluiting van het kantonnement; appellante te veroordelen tot de kosten van het geding.

Met verzoekschrift neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...), op (...) 2015 is S.(...), vrijwillig tussengekomen in voornoemd geding; hij vorderde om zijn tussenkomst ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Dienvolgens het bestaan vast te stellen van een daad van directe discriminatie door appellante die erin bestaat dat appellante hem de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd; bijgevolg voor recht

te verklaren dat appellante artikel 14 van de Antidiscriminatiewet heeft geschonden; en bijgevolg met toepassing van artikel 20 § 1, van de Antidiscriminatiewet, de staking van de discriminatie te bevelen en dienvolgens aan appellante te verbieden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4, 1°, van de Antidiscriminatiewet te ontzeggen aan hem.

Verder met toepassing van artikel 19 van de Antidiscriminatiewet, appellante te veroordelen om bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt een dwangsom aan hem te betalen van 1.000,00 euro vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis.

Tevens in toepassing van artikel 18 §2, 2° van de Antidiscriminatiewet appellante te veroordelen tot betaling van een forfaitaire schadevergoeding van 54.720,00 euro meer de vergoedende en de gerechtelijke intresten.

Te bevelen, onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet-uitvoering dat het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis gedurende één dag wordt gepubliceerd op kosten van appellante in drie Nederlandstalige kranten met een landelijk bereik, namelijk de Standaard, De Morgen en Het Laatste Nieuws, en in een streekkrant (omgeving R.(...)), en dit in een lettertype dat even groot is als het lettertype gebruikt voor redactionele artikelen van de krant, met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) en van de betrokken personeelsleden van appellante, en desgevallend - indien tevens de onderstaande bekendmakingsregel wordt opgelegd - met weglating van vermeldingen van " D.K.(...)".

Dat het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis, naar keuze van appellante (I) ofwel voor een periode van één maand wordt aangeplakt in elke winkel van appellante op een voor de medewerkers, bestuursleden én klanten goed zichtbare en toegankelijke plaats, (II) ofwel voor een periode van zes maanden online wordt opgenomen in het onderdeel "vacatures" van de website van appellante (www.dovykeukens.be) met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) en van de betrokken personeelsleden van appellante; het tussen te komen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, niettegenstaande enig rechtsmiddel, zonder borgtocht en met uitsluiting van het kantonement; appellante te veroordelen tot de kosten van het geding.

Uiterst ondergeschikt alvorens recht te doen in toepassing van artikel 877 Ger.W. appellante te bevelen de door haar gehanteerde vergoedingen kenbaar te maken voor de functie van "zelfstandige verkoper van keukens" om dan te oordelen als naar recht.

In zijn laatste conclusie, neergelegd ter griffie op 5 februari 2016 vorderde eerste geïntimeerde zijn vorderingen ontvankelijk en gegrond te verklaren en:

- dat appellante tweede geïntimeerde de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd en aldus een daad van directe discriminatie gesteld en artikel 14 van de Antidiscriminatiewet geschonden;
- dat de rechtbank met toepassing van artikel 20 § 1, van de Antidiscriminatiewet de staking van de discriminatie dient te bevelen en dienvolgens appellante te verbieden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4, 1°, van de Antidiscriminatiewet te ontzeggen aan de tweede geïntimeerde en elke andere sollicitant;

- appellante te veroordelen met toepassing van artikel 19 van de Antidiscriminatiewet, om bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt een dwangsom aan eerste geïntimeerde te betalen ten bedrage van 1.000,00 euro en dit vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis;
- te bevelen aan appellante, onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet-uitvoering om:
 - o het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis op kosten van appellante gedurende één dag te laten publiceren in drie Nederlandstalige kranten met een landelijk bereik, namelijk De Standaard, De Morgen en Het Laatste Nieuws, en in een streekkrant (omgeving R.(...)), en dit in een lettertype dat even groot is als het lettertype gebruikt voor redactionele artikelen van de krant, met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) [tweede geïntimeerde] en van de betrokken personeelsleden van appellante, en desgevallend - indien tevens de onderstaande bekendmakingsmaatregel wordt opgelegd - met weglating van vermeldingen van "D.K.(...)"; en
 - o het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis, naar keuze van appellante (I) ofwel voor een periode van één maand aan te plakken in elke winkel van appellante op een voor de medewerkers, bestuursleden én klanten goed zichtbare en toegankelijke plaats, (II) ofwel voor een periode van zes maanden online wordt opgenomen in het onderdeel "vacatures" van de website van appellante (www.dovykeukens.be); met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) [tweede geïntimeerde] en van de betrokken personeelsleden van appellante;
- het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, niettegenstaande enig rechtsmiddel en zonder borgtocht en met uitsluiting van het kantonement; appellante te verwijzen in de kosten van het geding.

In zijn laatste conclusie, neergelegd ter griffie op (...) 2016 vorderde tweede geïntimeerde zijn vorderingen ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Het bestaan vast te stellen van een daad van directe discriminatie door appellante aan hem, die erin bestaat dat appellante hem de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd; bijgevolg te verklaren voor recht dat appellante het discriminatieverbod artikel 14 van de Antidiscriminatiewet heeft geschonden; en bijgevolg:

- met toepassing van artikel 20 § 1, van de Antidiscriminatiewet, de staking van de discriminatie te bevelen en aan appellante te verbieden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4, 1°, van de Antidiscriminatiewet te ontzeggen aan de tweede geïntimeerde;
- met toepassing van artikel 19 van de Antidiscriminatiewet appellante te veroordelen om bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt een dwangsom aan tweede geïntimeerde te betalen ten bedrage van 1.000,00 euro en dit vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis;
- te bevelen, onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag van niet-uitvoering dat:
 - het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis gedurende één dag wordt gepubliceerd op kosten van appellante in drie Nederlandstalige kranten met een landelijk bereik, namelijk De Standaard, De Morgen en Het Laatste Nieuws, en in een streekkrant (omgeving R.(...)), en dit in een lettertype dat even groot is als het lettertype gebruikt voor redactionele artikelen van de krant, met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) [tweede geïntimeerde] en van de betrokken personeelsleden van appellante, en

- desgevallend - indien tevens de onderstaande bekendmakingsmaatregel wordt opgelegd - met weglating van vermeldingen van "D.K.(...)"; en
- het tussen te komen vonnis of het beschikkend gedeelte ervan binnen de maand na de betekening van het vonnis, naar keuze van appellante (I) ofwel voor een periode van één maand wordt aangeplakt in elke winkel van appellante op een voor de medewerkers, bestuursleden én klanten goed zichtbare en toegankelijke plaats, (II) ofwel voor een periode van zes maanden online wordt opgenomen in het onderdeel "vacatures" van de website van appellante (www.dovykeukens.be); met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) [tweede geïntimeerde] en van de betrokken personeelsleden van appellante;
 - uiterst ondergeschikt en voor zover als nodig, alvorens recht te doen, in toepassing van artikel 877 Ger.W. appellante te bevelen de door haar gehanteerde vergoedingen kenbaar te maken voor een functie van "zelfstandige verkoper van keukens" om dan te oordelen als naar recht;
 - het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, niettegenstaande enig rechtsmiddel en zonder borgtocht en met uitsluiting van het kantonement;
 - appellante te verwijzen in de kosten van het geding.

In haar laatste conclusie, neergelegd ter griffie op (...) 2016 (met fax) en op (...) 2016 vorderde appellante de vorderingen van eerste geïntimeerde en tweede geïntimeerde af te wijzen als onontvankelijk dan wel ongegrond; minstens, ondergeschikt, een gebeurlijke veroordeling zich dient te beperken tot een herleide schadevergoeding; eerste geïntimeerde en tweede geïntimeerde te veroordelen tot betaling van de kosten van het geding, dan wel, minstens, de rechtsplegingsvergoeding geheel of gedeeltelijk om te slaan.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...) zetelend zoals in kortgeding heeft bij vonnis van (...) 2016; ~~de veroordeling aan de eerste geïntimeerde onontvankelijk en ongegrond verklaard zijnde hierop bepaald~~

- het verzoek tot vrijwillige tussenkomst en de hierin gestelde vorderingen ontvankelijk en gegrond verklaard zoals hierna bepaald;
- het bestaan vastgesteld van een daad van directe discriminatie door appellante van tweede geïntimeerde, die erin bestaat dat appellante tweede geïntimeerde de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd, met schending van artikel 14 van de antidiscriminatiewet;
- de staking van de discriminatie bevolen en appellante verboden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4,1° van de antidiscriminatiewet te ontzeggen aan de tweede geïntimeerde en aan elke andere sollicitant, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 euro te betalen aan eerste geïntimeerde bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt, vanaf de betekening van het vonnis;
- de staking bevolen van de discriminatie en de appellante verboden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4,1° van de antidiscriminatiewet te ontzeggen aan de tweede geïntimeerde, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 euro te betalen aan tweede geïntimeerde, bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt, vanaf de betekening van het vonnis;
- onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet-uitvoering vanaf de betekening van het vonnis, aan appellante, om het beschikkend gedeelte van dit vonnis aan te plakken gedurende één maand binnen haar inrichting op de hoofdzetel en op de plaatsten waar sollicitatiegesprekken worden gehouden op een goed zichtbare plaats voor de medewerkers (zowel zelfstandigen als werknemers) en eventuele sollicitanten; in alle winkels van appellante op een goed zichtbare plaats, waarbij alle medewerkers, bestuursleden en klanten kennis kunnen nemen van het tussengekomen vonnis;
- appellante veroordeeld tot de kosten van het geding;
- het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard niettegenstaande enig rechtsmiddel en zonder borgtocht en te zeggen voor recht dat er geen aanleiding bestaat om het kantonement uit te sluiten.

* * *

De eerste rechter was onder meer van oordeel dat:

- Geïntimeerden op voldoende wijze het bewijs hebben geleverd dat S.(...) omwille van zijn leeftijd werd gediscrimineerd toen hij bij appellante solliciteerde als zelfstandig verkoper in februari 2014.
- Het e-mail bericht van A.(...) veelbetekenend is en dergelijke behandeling onmiskenbaar een directe discriminatie inhoudt op grond van leeftijd, minstens het vermoeden van het bestaan van een discriminatie naar voor hebben gebracht.
- Het tegenbewijs niet wordt geleverd door appellante en de bewering dat S.(...) niet werd uitgenodigd omwille van recente slechte ervaringen met oudere werknemers die de samenwerking geen kans hebben gegeven omdat zij vooral moeite zouden hebben met de softwareprogramma's is niet van aard om dit onderscheid te rechtvaardigen.
- Deze vorm van directe discriminatie rechtstreeks toerekenbaar is aan appellante omdat uit de vacature is gebleken dat A.(...) gemandateerd was op om te treden namens appellante in de sollicitatieprocedure.
- de vraag rijst of de vordering tot staken haar belang behoudt wanneer de inbreuk voltrokken is, die erin bestaat dat S.(...) niet werd uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek op grond van leeftijd.
- Een vordering tot staken haar belang behoudt zolang het niet uitgesloten is dat het discriminerend gedrag in de toekomst wordt herhaald zodat de kans op herhaling dient te worden onderzocht.

- Vermits appellante beroep doet op diverse medewerkers en werknemers het niet uitgesloten is dat zij in de toekomst opnieuw beroep wil doen op bijkomende medewerkers is een herhaling van het voornoemd discriminatiegedrag niet uitgesloten.
- Om de maatregel afdwingbaar te maken daaraan een dwangsom dient te worden gekoppeld.
- Het Hof van Justitie de publicatie van een stakingsbevel in de eerste plaats beschouwt als een sanctie en niet als een remedie.
- De publicatie in drie Nederlandstalige kranten met landelijk bereik en een met regionaal bereik niet als evenredig kan worden beschouwd, maar veeleer disproportioneel van aard is.
- Het daarentegen wel aangewezen is dat medewerkers en de toekomstige sollicitanten bij appellante geïnformeerd worden over het verbod tot leeftijdsdiscriminatie zodat zij overtredingen kunnen melden bij de bevoegde instanties en ook klanten en potentiële klanten hierover moeten ingelicht worden.
- S.(...) als slachtoffer van discriminatie op correcte wijze gekozen heeft om zijn vordering tot schadevergoeding te baseren op artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet daar zijn vordering van forfaitaire schadevergoeding zowel morele als materiële schade behelst. S.(...) terecht een morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen in de antidiscriminatiewet die gelijk is aan zes maanden loon.
- Appellante er niet in geslaagd is aan te tonen dat de ongunstige behandeling van S.(...) ook op niet discriminerende wijze zou getroffen zijn zodat de vergoeding niet wordt beperkt tot drie maanden schadevergoeding.
- Bij toepassing van artikel 18 § 2, 2° het begrip werkgever in een ruime specifieke betekenis dient te worden geïnterpreteerd, niet enkel als werkgever in de zin van de arbeidsovereenkomstenwet maar als opdrachtgever die zelfstandigen aanstelt en past in het toepassingsgebied van Richtlijn 200/78/EG.
- De forfaitaire schadevergoeding van zes maanden moeilijk te becijferen is omdat zelfstadige verkopers bij appellante worden vergoed naar gelang dé afhandeling van een keuken waardoor de berekeningswijze van S.(...) niet kan worden gevolgd.
- De forfaitaire schadevergoeding wordt vastgesteld volgens de billijkheidsmethode op 25.000,00 euro meer de vergoedende intresten vanaf (...) 2014.

3. Procedure in hoger beroep

In haar verzoekschrift hoger beroep vordert appellante haar hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en opnieuw recht doende het vonnis a quo integraal te vernietigen.

Akte te nemen van het feit dat eerste geïntimeerde en tweede geïntimeerde in weerwil van het vonnis de tekst van de uitspraak nationaal in de pers hebben gebracht; de oorspronkelijke vorderingen van geïntimeerden af te wijzen als onontvankelijk dan wel ongegrond; ondergeschikt, akte te verlenen dat appellante zich aansluit bij het advies van de Arbeidsauditeur in de eerste aanleg en vraagt om, desgevallend, voor wat betreft de openbaarmaking en om misverstanden te vermijden, te bepalen dat de periode van één maand begint te lopen de 7^{de} kalenderdag na de datum van het tussen te komen arrest; minstens, ondergeschikt, een gebeurlijke veroordeling zich dient te beperken tot een herleide schadevergoeding en akte te nemen dat appellante zich in dit geval aansluit bij de Arbeidsauditeur in eerste aanleg die het bedrag conform artikel 18 §2, 1° Antidiscriminatie op 1.300,00 euro bepaalde.

Ten slotte geïntimeerden te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen, dan wel, minstens, de rechtsplegingvergoeding geheel of gedeeltelijk om te slaan, mede gelet op de verhouding tussen te vorderingen en de uiteindelijke uitspraak.

Partijen werden ingevolge de beschikking van (...) 2016 overeenkomstig artikel 747, §2 van het Gerechtelijk Wetboek behoorlijk opgeroepen voor de openbare terechtzitting van (...) 2017.

In haar conclusie, neergelegd ter griffie op (...) 2016 heeft eerste geïntimeerde incidenteel beroep ingesteld en haar vordering uitgebreid; zij vordert om dit ontvankelijk en gegrond te verklaren en appellante te bevelen onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet uitvoering om het beschikkend gedeelte van het vonnis en van het arrest / de door het arbeidshof opgestelde samenvatting binnen de maand na de betekening van het arrest op kosten van appellante gedurende één dag te laten publiceren in drie Nederlandstalige kranten met een landelijk bereik, namelijk De Standaard, De Morgen en Het Laatste Nieuws, en in een streekkrant (omgeving R(...)), en dit in een lettertype dat even groot is als het lettertype gebruikt voor redactionele artikelen van de krant, met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) [tweede geïntimeerde] en van de betrokken personeelsleden van appellante, en desgevallend -indien tevens de bovenstaande bekendmakingsmaatregel wordt opgelegd - met weglating van vermeldingen van "D.K.(...)".

In haar laatste conclusie, neergelegd ter griffie op (...) 2016 (fax) en op (...) 2016 vordert appellante haar hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren; opnieuw recht doende, het vonnis a quo integraal te vernietigen; akte te nemen van het feit dat geïntimeerden in weerwil van het vonnis de tekst van de uitspraak nationaal in de pers hebben gebracht; de oorspronkelijke vorderingen van geïntimeerden af te wijzen als onontvankelijk dan wel ongegrond; het incidenteel beroep van eerste geïntimeerde af te wijzen als onontvankelijk, dan wel ongegrond; ondergeschikt, akte te verlenen dat appellante zich aansluit bij het advies van de Arbeidsauditeur in de eerste procedure en vraagt om, desgevallend, voor wat betreft de openbaarmaking en om misverstanden te vermijden, te bepalen dat de periode van één maand begint te lopen de 7^{de} kalenderdag na de datum van het tussen te komen arrest; minstens, ondergeschikt, een gebeurlijke veroordeling zich dient te beperken tot een herleide schadevergoeding; akte te nemen dat appellante zich in dit geval aansluit bij de Arbeidsauditeur in eerste aanleg die het bedrag conform artikel 18, §2, 1° Antidiscriminatie op 1.300,00 euro bepaalde; geïntimeerden te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen, dan wel, minstens, de rechtsplegingsvergoeding geheel of gedeeltelijk om te slaan, mede gelet op de verhouding tussen te vorderingen en de uiteindelijke uitspraak.

In zijn laatste conclusie, neergelegd ter griffie op (...) 2017 vordert eerste geïntimeerde het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren, het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Haar vordering, in graad van beroep, om het voorwerp van de gevorderde maatregelen van openbaarmaking uit te breiden tot het tussen te komen arrest of de samenvatting ervan opgesteld door het arbeidshof ontvankelijk en gegrond te verklaren en het "hoger beroep" van tweede geïntimeerde ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Het vonnis van (...) 2016 van de Voorzitter van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R(...) te hervormen in de mate dat de eerste rechter heeft geoordeeld dat de gevorderde publicatie in de kranten niet als evenredig kan worden geschouwd en veeleer disproportioneel van aard is en voor het overige te bevestigen.

Derhalve :

- het bestaan vast te stellen van een daad van directe discriminatie door appellante, van tweede geïntimeerde, die erin bestaat dat appellante, de tweede geïntimeerde de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd, met schending van artikel 14 van de Antidiscriminatiewet geschonden;
- de staking van de discriminatie te bevelen en appellante te verbieden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4, 1°, van de Antidiscriminatiewet te ontzeggen aan de tweede geïntimeerde en elke andere sollicitant onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 euro te betalen aan eerste geïntimeerde bij niet-naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt vanaf de betekening van het arrest; aan appellante te bevelen, onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet-uitvoering vanaf betekening van het arrest, om het beschikkend gedeelte van het vonnis en het arrest aan te plakken gedurende één maand vanaf de betekening van het arrest:
 - binnen haar inrichting op de hoofdzetel en op de plaatsen waar sollicitatiegesprekken worden gehouden op een goed zichtbare plaats voor medewerkers (zowel zelfstandigen als werknemers) en eventuele sollicitanten; en - in alle winkels van appellante op een goed zichtbare plaats, waar alle medewerkers, bestuursleden en klanten kennis kunnen nemen van het tussengekomen "vonnis";
 - aan appellante te bevelen onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag niet-uitvoering, om het beschikkend gedeelte van het vonnis en het arrest/de door het arbeidshof opgestelde samenvatting binnen de maand vanaf betekening van het arrest op kosten van appellante gedurende één dag te laten publiceren in drie Nederlandstalige kranten met een landelijk bereik, namelijk De Standaard, De Morgen en Het Laatste Nieuws, en in de streekkrant (omgeving R.(...)), en dit in een lettertype dat even groot is als het lettertype gebruikt voor redactionele artikelen van de krant, met weglating van de persoonsgegevens van S.(...) [tweede geïntimeerde] en van de betrokken personeelsleden van appellante, en desgevallend - indien tevens de bovenstaande bekendmakingsmaatregel wordt opgelegd - met weglating van vermeldingen van "D.K.(...)";
 - en de vorderingen van de tweede geïntimeerde toe te kennen.

Ten slotte vordert eerste geïntimeerde appellante te veroordelen tot de kosten van het geding in hoger beroep.

Tweede geïntimeerde heeft in zijn laatste conclusie neergelegd ter griffie op (...) 2017 incidenteel beroep ingesteld, hij vordert het hoger beroep minstens ongegrond te verklaren, het vonnis van de arbeidsrechtbank Gent afdeling R.(...) te bevestigen in al zijn onderdelen behalve aangaande de publicatie ervan in diverse kranten, het bestreden vonnis te hervormen in de mate dat de eerste rechter heeft geoordeeld dat de gevorderde publicatie in de kranten niet als evenredig kan worden beschouwd en veeleer van disproportionele aard is en appellante te verwijzen in de kosten van beide aanleggen.

Partijen werden tijdens de openbare terechtzitting van (...) 2017 gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies waarna de debatten werden gesloten.

De zaak werd voor advies meegedeeld aan het openbaar ministerie; eerste advocaat-generaal B.(...) heeft zijn schriftelijk advies neergelegd ter griffie op (...) 2017 waarop appellante en eerste geïntimeerde op (...) 2017 ter griffie een repliekconclusie hebben neergelegd.

4. Beoordeling

4.1. Ontvankelijkheid van het hoger beroep en van het incidenteel beroep van geïntimeerden

Het hoger beroep werd tijdig en regelmatig naar vorm ingesteld zodat het ontvankelijk is.

Appellante vordert om het incidenteel beroep van eerste geïntimeerde onontvankelijk te verklaren.

Waarop appellante zich hiervoor steunt is volstrekt onduidelijk vermits eerste geïntimeerde zijn incidenteel beroep heeft ingesteld met conclusie neergelegd ter griffie op (...) 2016 overeenkomstig artikel 1056, 4° Ger.W. zodat het regelmatig naar vorm en tijdig (artikel 1054 eerste lid Ger.W. bepaalt dat zulks te alle tijde mogelijk is) werd ingesteld en derhalve ontvankelijk is.

Het incidenteel beroep van tweede geïntimeerde met conclusie neergelegd ter griffie op 31 januari 2017 werd regelmatig naar vorm ingesteld zodat het eveneens ontvankelijk is.

4.2. Ten gronde

4.2.1. De ontvankelijkheid van de vorderingen.

Appellante vordert om de oorspronkelijke vorderingen van geïntimeerden onontvankelijk te verklaren zonder dat zij hierover enige toelichting heeft gegeven in haar conclusie.

De vordering(en) van eerste geïntimeerde met verzoekschrift en de vordering(en) van tweede geïntimeerde met een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomsst werden regelmatig ingesteld zodat zij beiden ontvankelijk zijn zoals de eerste rechter terecht oordeelde.

4.2.2. Heeft appellante een daad van discriminatie gesteld tegenover tweede geïntimeerde ?

4.2.2.1. Appellante is het niet eens met de eerste rechter die het bestaan heeft vastgesteld van een daad van discriminatie door appellante van S.(...) die erin bestaat dat appellante deze persoon de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd met schending van artikel 14 van de Antidiscriminatiewet.

Zij ontkent niet dat A.(...), HR verantwoordelijke van appellante, zich door de leeftijd van S.(...) heeft laten leiden om begrijpelijke redenen die losstaan van zijn leeftijd, zij ontkent met klem dat zij enige opdracht heeft gegeven om te discrimineren, en stelt dat zij niet discrimineert en integendeel met een belangrijke groep oudere werknemers en medewerkers werkt en dat als er sprake zou kunnen zijn van discriminatie deze haar niet kan worden toegerekend en zij zich van in het begin heeft gedistantieerd van alles wat zou kunnen wijzen op discriminatie, meer in het bijzonder leeftijdsdiscriminatie met voorlegging van de lijsten van haar personeelsbestand.

S.(...), tweede geïntimeerde heeft met e-mail van (...) 2014 gesolliciteerd bij appellante voor de functie van "verkoper van kwalitatieve keukens - regio T.(...)" ingevolge de vacature van appellante op haar website; hij had op dat ogenblik de leeftijd van 59 jaar.

A.(...) heeft hierop met e-mail van (...) 2014 aan tweede geïntimeerde geantwoord als volgt:

"Laat ons zeggen dat je inderdaad het perfecte profiel hebt met uitzondering van uw leeftijd sorry dat ik daar zo eerlijk over ben maar het is misschien beter dat je weet waarom ik u niet direct uitnodig op gesprek" (stuk 3 geïntimeerden).

Het betreft de functie van een zelfstandig verkoper.

4.2.2.2. Het door geïntimeerden aan appellante verweten stellen van een daad van discriminatie tegenover tweede geïntimeerde betreft een daad van discriminatie inzake leeftijd in de context van de arbeidsverhoudingen zoals blijkt uit het gedinginleidend verzoekschrift van eerste geïntimeerde en het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst van tweede geïntimeerde gehandhaafd in hun conclusie in hoger beroep (nr. 22 in de conclusie van eerste geïntimeerde).

Artikel 14 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna Antidiscriminatiewet), die de omzetting is van richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, verbiedt elke vorm van discriminatie die onder het toepassingsgebied van deze wet valt.

Luidens artikel 4, 4° van de Antidiscriminatiewet is "leeftijd" een beschermd criterium.

Er is sprake van directe discriminatie luidens artikel 4, 6° van de Antidiscriminatiewet wegens een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de bepalingen van titel II van de wet.

Artikel 4, 1° van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat voor de toepassing van deze wet onder "arbeidsbetrekkingen" wordt verstaan *"de betrekkingen die onder meer omvatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregeling"* niet alleen voor arbeid in loondienst maar ook voor *"arbeid als zelfstandige"*.

Artikel 5 § 2 bepaalt dat wat de arbeidsbetrekkingen betreft deze wet onder meer, doch niet uitsluitend, van toepassing is op de voorwaarden voor toegang tot arbeid waaronder onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

- de werkaanbiedingen of advertenties voor betrekkingen en promotiekansen en dit ongeacht de wijze waarop deze worden bekendgemaakt of verspreid;
- de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces;
- de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd bij de aanwerving of de benoeming.

4.2.2.3. Artikel 7 van de Antidiscriminatiewet bepaalt als algemeen beginsel dat elk direct onderscheid op grond van een beschermd criterium (in huidig geval de leeftijd van tweede geïntimeerde) een directe discriminatie vormt tenzij dit direct onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Inzake het direct onderscheid wegens leeftijd op het vlak van de arbeidsbetrekkingen kan de rechtvaardiging van dat onderscheid enkel worden ingeroepen op grond van "wezenlijke en bepalende beroepsvereisten" (artikel 8 § 1) en vormt luidens artikel 12 § 1 *"een direct onderscheid"*

op grond van leeftijd geen discriminatie 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 elk ander vergelijkbaar legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. "

4.2.2.4. Artikel 28 § 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat wanneer een persoon zich slachtoffer acht van discriminatie feiten heeft aangevoerd die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden de verweerder dient te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

Deze bepaling is de uitvoering van artikel 10 eerste lid van Kaderrichtlijn 2000/78/EG dat aan de lidstaten heeft opgelegd om de verdeling van de bewijslast in te voeren inzake discriminatiegeschillen.

De verdeling van de bewijslast houdt in dat vanaf het ogenblik dat de persoon die zich slachtoffer acht (en / of het Centrum) feiten heeft aangevoerd dat directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden het aan de verweerder is om aan te tonen dat het beginsel van de gelijke behandeling niet werd geschonden (zie o.m. D. De Prins, S. Sottiaux en J. Vrielink: Handboek discriminatierecht, Kluwer 2005,546; C. Bayart en C. Deiteren : Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de ras- kaderrichtlijn in S. Bayart, S. Sottiaux en S. Vandrooghenbroeck (eds.) Actuele topics discriminatierecht, Die Keure, 2010, 71 en L. Vermeulen: Discriminaties in arbeidsrelaties, Cahiers RABG, Larcier, 2015,18).

Het Hof van Cassatie oordeelde reeds in die zin in zijn arrest van 18 december 2008 (weliswaar met betrekking tot de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003) waarin werd gesteld dat het slachtoffer en de groepering enkel de feiten dient te bewijzen die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden en dat wanneer dergelijk vermoedens bestaan, de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder valt (zie Cass. 18 december 2008, Arr.Cass.2008, 3108).

Wat dient te worden verstaan onder feiten die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden en hoe het tegenbewijs door de verweerder dient te worden geleverd blijkt niet uit de tekst van artikel 28 van de Antidiscriminatiewet niet te na gesproken hetgeen in artikel 28 § 2 is vermeld "als richtingaanwijzer" zodat het aan de (nationale) rechter toekomt om dit te bepalen (zie hierover o.m. C. Bayart en I. Bosmans : *"De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector, algemeen overzicht"* in S . Bayart, S. Sottiaux en S. Vandrooghenbroeck (eds.) de nieuwe federale antidiscriminatie wetten, Die Keure, 2008,592).

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in een aantal arresten nadere verduidelijking gegeven zowel wanneer feiten het bestaan kunnen doen vermoeden van discriminatie als hoe de verweerder dit vermoeden kan weerleggen, onder meer in het arrest Feryn (C-54/07) van 10 juli 2008 en het arrest Accept (C-81/12) van 25 april 2013.

In het arrest Feryn stelde het Hof dienaangaande onder de nrs. 30 tot en met 33:

"Artikel 8 van richtlijn 2000/43 preciseert in dit verband dat de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden wanneer feiten directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. Voor de verplichting om het tegenbewijs te leveren die dus rust op degene die zou hebben gediscrimineerd, volstaat dus een vermoeden van discriminatie, mits het op vaststaande feiten is gebaseerd.

Feiten die een discriminerend aanwervingsbeleid doen vermoeden kunnen zijn, de verklaringen waarmee een werkgever publiekelijk te kennen geeft dat hij in het kader van zijn aanwervingsbeleid geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of bepaald ras zal aanwerven.

Die werkgever dient dan te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet heeft geschonden, hetgeen hij meer bepaald kan doen door aan te tonen dat de praktijk die de onderneming bij aanwerving in feite toepast niet overeenstemt met die verklaringen.

Het staat aan de verwijzende rechter, na te gaan of de aan die werkgever verweten feiten vaststaan en te beoordelen of de elementen die deze aanvoert ten betoge dat hij het beginsel van de gelijke behandeling niet heeft geschonden, toereikend zijn."

In het arrest Accept stelde het Hof onder de nrs. 48 tot en met 50:

"De enkele omstandigheid dat verklaringen zoals aan de orde in het hoofdgeding niet rechtstreeks van een bepaalde verwerende partij afkomstig zijn, verhindert immers niet noodzakelijkerwijs de vaststelling ten aanzien van deze partij van "feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden" in de zin van artikel 10, lid 1 van deze richtlijn.

Hieruit volgt dat een werkgever die verweerder is, feiten die kunnen doen vermoeden dat hij een discriminerend aanwervingsbeleid voert niet kan weerleggen met het loutere argument dat de verklaringen die een homofob aanwervingsbeleid suggereren afkomstig zijn van een persoon die beweert en schijnt belangrijk te zijn bij de bedrijfsvoering van deze werkgever, maar niet over rechtsbevoegdheid beschikt om laatstgenoemde inzake aanwervingen te binden.

In een situatie als in het hoofdgeding kan de omstandigheid dat een dergelijk werkgever zich niet duidelijk van de betrokken verklaringen heeft gedistantieerd, een element vormen dat de geadieerde instantie bij een algemene beoordeling van de feiten in de beschouwing kan betrekken."

Met betrekking tot het leveren van het bewijs dat er geen discriminatie is geweest kan tevens worden verwezen naar de voorbereidende werken van de verschillende Belgische discriminatie-wetten waarin wordt uiteengezet dat het vermoeden van discriminatie kan worden weerlegd door :

- "- aan te tonen dat het verschil in behandeling niet werd getroffen op grond van het bewuste beschermde criterium, maar op grond van een ander geoorloofd criterium;*
- aan te tonen dat het slachtoffer van de vermeende discriminatie zich toch niet in een vergelijkbare situatie bevindt in vergelijking met de referentiepersoon die beter werd behandeld;*
- aan te tonen dat het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd op grond van de in de wet bepaalde rechtvaardigingsgronden." (zie Pari. St. Kamer 2006-2007/doc.51, 2720/009, 76).*

4.2.2.5. De inhoud van de e-mail van (...) 2014 van A(...), HR verantwoordelijke van appellante, aan tweede geïntimeerde ingevolge zijn sollicitatie met e-mail van (...) 2014 met bijgevoegde foto en cv op de vacature op de website van appellante "verkoper van kwalitatieve keukens voor de regio T(...)" *Laat ons zeggen dat je inderdaad het perfecte profiel hebt met uitzondering van uw leeftijd sorry dat ik daar zo eerlijk over ben maar het is misschien beter dat je weet waarom ik u niet direct uitnodig op gesprek*" laat aan duidelijkheid niet te wensen over en bevat (zeer) pertinente en (zeer) stevige aanwijzingen van discriminatie.

M.a.w. voldeed tweede geïntimeerde volgens dat bericht blijkbaar aan alle gestelde voorwaarden voor de functie van verkoper van kwalitatieve keukens met uitzondering van zijn leeftijd wat erop neerkomt dat dit het enige criterium is waaraan tweede geïntimeerde volgens A(...) niet aan beantwoordde.

Net zoals de eerste rechter dient te worden besloten dat geïntimeerden met deze e-mail feiten hebben aangevoerd die (minstens) het bestaan van een directe discriminatie op grond van het beschermd criterium leeftijd kunnen doen vermoeden.

Een en ander wordt trouwens door appellante niet betwist vermits zij stelt dat "partijen" m.a.w. ook zij zelf *"het er over eens zijn dat de loutere afwijzing van de heer S.(...) door de heer A.(...) op basis van zijn leeftijd valt af te keuren"* maar voegt er weliswaar onmiddellijk aan toe dat daarmee niet is gezegd dat ook zij hiermee heeft gediscrimineerd.

4.2.2.6. Het komt gelet wat hiervoor werd uiteengezet overeenkomstig artikel 28 § 1 van de Antidiscriminatiewet toe aan appellante om het bewijs te leveren dat er geen discriminatie is geweest van tweede geïntimeerde en of om de ongelijke behandeling te rechtvaardigen.

4.2.2.6.1. In de eerste plaats houdt appellante voor dat zij geen politiek voert om oudere "werknemers" aan de kant te schuiven of te weren met de voorlegging van de lijst van haar zelfstandige medewerkers waaruit moet blijken dat een groot deel ervan een "oudere" leeftijd heeft.

Evenwel gaat het om de weerlegging van een vermoeden van leeftijdsdiscriminatie bij de "aanwerving" m.a.w. bij de werving en selectie meer bepaald het antwoord van A.(...) met e-mail van (...) 2014 op de sollicitatie van tweede geïntimeerde voor de vacature van een verkoper van kwalitatieve keukens wiens leeftijd was gekend ingevolge zijn opgestuurd curriculum.

De verwijzing naar "oudere" personen die in dienst zijn van appellante, dan wel werken op zelfstandige basis, impliceert immers niet dat appellante het bewijs heeft geleverd dat tegenover tweede geïntimeerde geen daad van discriminatie op grond van de leeftijd werd gesteld bij de werving te meer er geen enkele informatie wordt gegeven over de leeftijd van deze "oudere" personen toen zij voor de functie die zij uitoefenen bij appellante hebben gesolliciteerd.

De vermelding door appellante van vier personen met inbegrip van hun leeftijd waarmee recent (vanaf 28 mei 2016) een zelfstandige samenwerking werd gesloten wijst er evenmin op dat appellante in haar wervings- en selectiebeleid niet discrimineert op grond van de leeftijd van de betrokkenen daar geen gegevens worden verstrekt nopens het aantal vacatures dat appellante na februari 2014 heeft uitgeschreven en nopens het aantal sollicitanten met vermelding van hun leeftijd dat hierop heeft gereageerd te meer blijkt dat de samenwerking met deze vier personen dateert nadat de bestreden beslissing van de eerste rechter van (...) 2016 is tussengekomen.

4.2.2.6.2. Appellante stelt dat A.(...) zich heeft laten leiden door de leeftijd van S.(...) om begrijpelijke redenen die losstaan van diens leeftijd en dat het profiel van S.(...) dat mee is bepaald door zijn leeftijd en de slechte ervaringen van A.(...) hebben geleid tot de bewuste e-mail van (...) 2014.

De slechte ervaringen van A.(...) waarover appellante het heeft in haar conclusie om S.(...) niet uit te nodigen voor een gesprek worden duidelijk uiteengezet in de brief van (...) 2014 van de raadsman van appellante aan eerste geïntimeerde die een antwoord vormt op de brief van (...) 2014 van eerste geïntimeerde aan appellante.

In deze brief wordt erop gewezen dat appellante heeft vastgesteld *dat "vele mensen 'op leeftijd' afhaken nadat zij voor de betrokken personen een opleidingspakket had voorzien"*; A.(...) te kennen heeft gegeven in de e-mail van (...) 2014 dat *"hij de heer S.(...) niet zou uitnodigen voor een gesprek niet omwille van zijn leeftijd"*

maar wel omwille van de recente slechte ervaringen met oudere werknemers die de samenwerking geen verdere kans hebben gegeven omdat zij vooral moeite hebben met softwareprogramma's. De heer A.(...) heeft enkel laten weten dat hij in eerste instantie andere mensen zocht om ditmaal niet dezelfde ervaring op te doen. Het is spijtig dat de heer A.(...) deze toelichting niet heeft voorzien" en ten slotte dat "de heer A.(...) is aangesproken op zijn communicatie. Onze cliënte mag hem echter niet aanspreken voor zijn bekommernis om niet nutteloos te investeren in mensen die forfait geven naar aanleiding van hun opleiding. Zij is aan zichzelf verplicht om de inschatting te maken of de betrokken persoon de opleiding zal kunnen voltooien. "

Welnu, het niet uitnodigen door A.(...) van S.(...) voor een gesprek, ingevolge zijn leeftijd, wordt niet objectief en redelijk gerechtvaardigd door een legitiem doel, omdat, zoals blijkt uit de citaten in voornoemde brief van (...) 2014, het volgens de visie van appellante enkel of voornamelijk de oudere sollicitanten zijn die problemen hebben met softwareprogramma 's en of (voortijdig) afhaken bij opleidingen.

Hierdoor maakt appellante een direct onderscheid op grond van leeftijd gesteund op algemeenheden en stereotypen, dat zelfs, zoals ook het openbaar ministerie meent in zijn schriftelijk advies, neerkomt op een daad van directe discriminatie op grond van de leeftijd (zie ook verder).

4.2.2.6.3. Tegelijk kan appellante niet worden bijgetreden dat zij zich van de inhoud van de e-mail van (...) 2014 van A.(...) van in den beginne heeft gedistantieerd, alsmede van alles wat verband houdt met discriminatie daar dit allerminst blijkt uit de houding die zij hierover heeft aangenomen en die door geen enkel concreet feit wordt bevestigd.

Dit blijkt uit de voornoemde brief van (...) 2014 waarin wordt vermeld dat A.(...) werd aangesproken op zijn communicatie en dat hij niet kan worden aangesproken voor zijn bekommernis om niet nutteloos te investeren in mensen die forfait geven naar aanleiding van hun opleiding en dat zij het aan zichzelf verplicht is om de inschatting te maken of de betrokken persoon de opleiding zal kunnen voltooien.

Dit wijst erop dat appellante, afgezien de slechte communicatie, de inhoud van de e-mail van (...) 2014 van A.(...) hiermee niet alleen goedkeurt maar zelfs bevestigt en dat hieruit duidelijk blijkt dat appellante (op zeker ogenblik) een wervings-en selectiebeleid wenst te voeren om "oudere" personen die solliciteren van meet af aan te weren enkel omwille van hun leeftijd.

Vervolgens werd S.(...) zoals eerste geïntimeerde ten andere terecht opmerkt ook nadat appellante in gebreke werd gesteld door haar wegens het stellen van een daad van discriminatie tegenover S.(...) niet uitgenodigd voor een gesprek.

Dat appellante tijdens het geding in haar conclusie voor de eerste rechter, geruime tijd nadat haar bestuurders in elk geval kennis hebben genomen van de inhoud van de e-mail van (...) 2014 van A.(...) middels de brief van eerste geïntimeerde, heeft vermeld zich te distantiëren van deze volgens haar "vermeende" discriminatoire uitspraak kan het arbeidshof niet tot een ander besluit brengen.

4.2.2.6.4. Appellante stelt dat geïntimeerden al te gemakkelijk beweren dat S.(...) enkel omwille van zijn leeftijd niet werd weerhouden daar de sollicitatiebrief van S.(...) louter de criteria herhaalt die op de vacature staan en zijn cv niet aantoont dat hij de procedures en het informatiepakket van appellante meester zou zijn.

Het volstaat de e-mail van (...) 2014 erop na te lezen waarin A.(...) zonder enig ander voorbehoud heeft vermeld "je 'inderdaad het perfecte profiel hebt met uitzondering van je leeftijd."

Het hof wenst hierbij tevens te benadrukken dat het (niet vermelden van het) meester zijn van de procedures en het informatiepakket van appellante geldt voor elke sollicitant en derhalve niet uitsluitend kan worden verbonden met de leeftijd van de "oudere" personen en meer in het bijzonder S.(...), zeker zonder dat zulks concreet kon worden vastgesteld en waarbij deze mogelijkheid bij voorbaat werd ontnomen aan S.(...).

4.2.2.6.5. Dat ook de leeftijd een element van het profiel kan uitmaken en mee in aanmerking kan worden genomen of een kandidaat geschikt is of niet met verwijzing naar het arrest van het Arbeidshof Antwerpen van 22 juni 2011 kan appellante geen soelaas bieden.

Er kan niet worden ingezien waarom in huidig geschil de leeftijd van S.(...) een element van het profiel zou kunnen uitmaken waar de vacature van appellante vermeldt dat zij op zoek was naar een "verkoper van kwalitatieve keukens regio T.(...)" zonder enige bijkomende vermelding.

En al evenmin kan appellante met goed gevolg verwijzen naar het voorbeeld in de Kaderrichtlijn van het stellen van een maximumleeftijd bij de aanwerving gebaseerd op de opleidingseisen die een bepaalde functie inhouden als een legitieme doelstelling die een verschil in behandeling op grond van leeftijd kan verantwoorden.

Zoals de auteur waarnaar appellante verwijst in haar conclusie stelt *"zijn de voorbeelden zelf niet per definitie geoorloofd maar zullen zij dit enkel zijn wanneer aan de rechtvaardigingstoets is voldaan"* (zie C. Bayaert: *"Discriminatie tegenover differentiatie, Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet, arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn"*, Larcier, 2004,304, nr.857).

Ook hier gaat appellante er immers van uit dat enkel "oudere" personen geen of onvoldoende kennis hebben van haar procedures en van het informatiepakket dat zij hanteert, zonder dat zulks concreet werd of kon worden nagegaan, dan wel aangetoond.

Gelet op wat voorafgaat dient te worden besloten dat appellante het bewijs niet heeft geleverd dat de e-mail van (...) 2014 van A.(...) aan S.(...) geen rechtstreekse discriminatie van S.(...) wegens leeftijd is geweest en dat zij evenmin de ongelijke behandeling heeft gerechtvaardigd.

Het staat derhalve vast dat A.(...) in zijn e-mail van (...) 2014 aan S.(...) een daad van directe discriminatie heeft gesteld door hem de toegang tot de arbeidsmarkt te ontzeggen wegens zijn leeftijd.

Met betrekking tot het verbod op discriminatie op grond van leeftijd wenst het arbeidshof te verwijzen naar het hetgeen hierover werd gesteld in het arrest C-141/11 Hörnfeldt van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 5 juli 2012 in overweging 37 :

" opgemerkt dient te worden dat het in de richtlijn 2000/78 vervatte verbod van leeftijds discriminatie moet worden gelezen tegen de achtergrond van het recht om te werken dat in artikel 15, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt erkend. Bijgevolg dient bijzondere aandacht te worden besteed aan de deelneming van oudere werknemers aan het beroepsleven en daarmee aan het economische, culturele en sociale leven. Wanneer die personen in het beroepsleven blijven, bevordert dit de diversiteit bij de arbeid, een doelstelling die in punt 25 van de considerans van richtlijn 2000/78 wordt erkend. Dit draagt overigens bij tot de persoonlijke ontplooiing en tot de levenskwaliteit van de betrokken werknemers, hetgeen in overeenstemming is met de in de punten 8,9 en 11 van de considerans van die richtlijn vermelde bezorgdheden van de Uniewetgever".

4.2.2.7.1. Appellante is het niet eens met de eerste rechter die oordeelde dat de directe discriminatie rechtstreeks toerekenbaar is aan appellante en uit de vacature duidelijk blijkt dat A.(...) gemandateerd was om op te treden namens appellante in deze sollicitatieprocedure.

Volgens haar stelt zich de vraag naar de toerekenbaarheid voor de feiten die blijken te geven van discriminatie te meer dit blijkt uit het onderscheid tussen de persoon die discrimineert en deze die opdracht krijgt om dit te doen.

Zij meent dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van een werknemer voor het gedrag van de werknemer, noch de schijn dat een werknemer in naam en voor rekening van de werkgever handelt, automatisch leidt tot de toerekening van de discriminatie aan de werkgever en het niet is omdat A.(...) handelde in uitvoering van zijn taken dat de discriminatie aan haar moet worden toegeschreven omdat de "*ongelukkige handelingen*" van A.(...) een rechtsfeit betreffen en geen rechtshandeling alsmede dat zij aan A.(...) geen opdracht heeft gegeven om te discrimineren.

4.2.2.7.2. Uit de conclusie van appellante met verwijzing naar artikel 1384 Burgerlijk Wetboek, waarin zij tevens heeft vermeld dat A.(...) haar "HR verantwoordelijke" is, dient te worden besloten dat hij moet worden aangezien als haar aangestelde.

De vacature bij appellante voor de functie van verkoper van kwaliteitsvolle keukens in de regio T.(...) waarvoor S.(...) heeft gesolliciteerd vermeldt als te contacteren persoon een e-mail adres met de naam van A.(...) gevolgd door D.K.(...).

De e-mail van A.(...) van (...) 2014 aan tweede geïntimeerde met onderaan de vermelding van zijn naam en van appellante is een handeling in de uitoefening van zijn functie van HR manager van appellante.

Er valt niet te betwisten dat eenieder die aan een fase in de arbeidsrelatie deelneemt of er de voorwaarden van beïnvloedt de bepalingen van de Antidiscriminatiewet dient te respecteren m.a.w. geldt dit ook voor A.(...) (zie M. De Vos: De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie, in M. De Vos en E. Brems (eds.) De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk, Intersentia 2004, 74).

Het niet uitnodigen van S.(...) voor een gesprek voor de sollicitatie van de functie van verkoper omwille van zijn leeftijd door A.(...), die zoals hiervoor uiteengezet een daad van rechtstreekse discriminatie op grond van de leeftijd uitmaakt, en hierdoor een miskening is van artikel 14 van de Antidiscriminatiewet is een onrechtmatige daad (een rechtsfeit).

Appellante is overeenkomstig artikel 1384 Burgerlijk Wetboek burgerrechtelijk aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van deze door A.(...) begane onrechtmatige daad doch zulks houdt nochtans niet in dat appellante hierdoor zelf een daad van discriminatie heeft begaan tegenover S.(...),

Evenwel stelt eerste geïntimeerde terecht dat een schending van de Antidiscriminatiewet m.a.w. het stellen van een daad van discriminatie ook een onrechtmatige daad kan zijn in de zin van artikel 1382 Burgerlijk Wetboek en dat appellante dergelijke fout heeft begaan.

Het antwoord van A.(...) in de e-mail van (...) 2014 aan S.(...) kadert en wijst immers, zoals blijkt uit de brief van (...) 2014 aan eerste geïntimeerde en nader uiteengezet in de conclusie van appellante, op een algemeen beleid van appellante om bij de sollicitatie "oudere" kandidaat werknemers / zelfstandigen van meet af aan

enkel te weren omwille van hun leeftijd op grond van algemeenheden en stereotypen die een ongelijke behandeling niet kunnen rechtvaardigen zoals reeds hiervoor uitvoerig uiteengezet.

Hierdoor maakt de e-mail van (...) 2014 van A.(...) aan S.(...) niet alleen een onrechtmatige daad uit in hoofde van A.(...) maar ook in hoofde van appellante. Het is hierbij niet relevant te weten of appellante al dan niet opdracht heeft gegeven aan A.(...), om bij de werving en selectie voor de vacature van verkoper van kwalitatieve keukens in de regio T.(...) te discrimineren op grond van de leeftijd.

De verwijzing door eerste geïntimeerde van het arrest Accept van het Hof van Justitie van de Europese Unie (C - 81/12) van 25 april 2013 is in tegenstelling tot wat appellante voorhoudt wel degelijk pertinent.

Immers heeft de betrokken voetbalclub door zich te vereenzelvigen met de door een persoon, die niet beschikt over de rechtsbevoegdheid om het beleid van de club te bepalen, te verbinden of te vertegenwoordigen, gedane verklaring aangaande het wervingsbeleid van de club die een discriminatie op grond van seksuele gerichtheid kan doen vermoeden, zelf een daad van discriminatie gesteld m.a.w. een onrechtmatige daad gesteld.

De daad van directe discriminatie van A.(...) in de e-mail van (...) 2014 op grond van leeftijd tegenover S.(...) dient hierdoor aan appellante te worden toegerekend zodat het bestaan dient te worden vastgesteld van een daad van directe discriminatie door appellante tegenover S.(...) in strijd met artikel 14 van de Antidiscriminatiewet bestaande uit het ontzeggen van S.(...) van de toegang tot de arbeid op grond van zijn leeftijd.

Het onderdeel van de beslissing van de eerste rechter die het bestaan van een daad van discriminatie heeft vastgesteld in hoofde van appellante dient, weliswaar deels op grond van andere motieven, te worden bevestigd zodat dit onderdeel van het hoger beroep van appellante ongegrond is.

4.2.3. De stakingsvordering van geïntimeerden

4.2.3.1. De eerste rechter heeft overeenkomstig artikel 20 § 1 van de Antidiscriminatiewet de staking bevolen van de door hem vastgestelde daad van discriminatie van appellante tegenover tweede geïntimeerde en appellante verboden om omwille van een discriminatie op grond van leeftijd de toegang tot een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 4, 1^o Antidiscriminatiewet te ontzeggen zowel aan S.(...) als aan elke andere sollicitant onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 euro bij niet naleving van het stakingsbevel per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt vanaf de betekening van het vonnis te betalen aan eerste en tweede geïntimeerde indien de handeling wordt gesteld tegenover S.(...) en aan eerste geïntimeerde indien de overtreding van het stakingsbevel wordt gesteld tegenover elke andere sollicitant.

Appellante meent dat deze stakingsvordering niet ontvankelijk is bij gebreke aan belang omdat geen van beide geïntimeerden afdoende aantonen dat er een reëel gevaar op herhaling bestaat en een herhalingsgevaar objectief uitgesloten is omdat appellante geen discriminerende politiek voert en zij aan A.(...) geen opdracht heeft gegeven tot het discrimineren.

4.2.3.2. De persoon, waarvan de rechter heeft vastgesteld dat tegenover hem/haar een daad van discriminatie werd gesteld, tevens het Centrum, behoudt het vereiste belang om een vordering tot staken in te stellen zolang het gevaar voor een herhaling van het discriminatoir gedrag objectief niet kan worden uitgesloten (zie o.m. S. Demeestere: De stakingsprocedure op grond van de antidiscriminatiewet in de praktijk,

een voorlopige balans, Or.2007, 130; I. Verhelst en S. Raets: Discriminatie op de arbeidsplaats : gewikt en gewogen, Or.2011,10 en L. Vermeulen: Discriminatie in arbeidsrelaties, Cahiers ABG, Larcier, 2015,44).

Het gevaar voor een herhaling van het discriminerend gedrag van appellante kan, in tegenstelling tot wat appellante voorhoudt, objectief niet worden uitgesloten, zodat geïntimeerden wel degelijk het vereiste belang hebben om de stakingsvordering in te stellen.

Hiervoor werd reeds uiteengezet dat er bij appellante sprake is van een algemeen beleid om bij de sollicitatie "oudere" kandidaat werknemers / zelfstandigen van meet af aan enkel te werven omwille van hun leeftijd op grond van algemeenheden en stereotypen die een ongelijke behandeling niet kunnen rechtvaardigen en het niet relevant is te weten of appellante al dan niet opdracht heeft gegeven aan A.(...) om te discrimineren,

4.2.3.3. Net zoals de eerste rechter stelt het arbeidshof vast dat appellante blijkens haar conclusie voor de exploitatie van haar handelsbedrijvigheid niet alleen werknemers tewerkstelt maar ook beroep doet op zelfstandige medewerkers.

Dat appellante hiervoor vermoedelijk zal overgaan tot een werving selectieprocedure (zoals dat het geval was voor een "verkoper van kwalitatieve keukens in de regio T.(...)" waarop S.(...) is ingegaan) ligt voor de hand zodat een herhaling van het discriminerend gedrag niet uit te sluiten is bij het in de toekomst opnieuw overgaan tot een werving- en selectie procedure "met het oog op het sluiten van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst tot zelfstandige samenwerking" en dit ongeacht de persoon die (in naam en voor rekening van appellante) deze procedure organiseert en voert zodat geïntimeerden het vereiste belang hebben om de stakingsvordering te hebben ingesteld tegen appellante en te handhaven.

Dat een samenwerking met appellante, weze het in dienstverband, weze het op zelfstandige basis, niet kan worden afgedwongen is correct maar is geen reden om geen staking te bevelen vermits het stakingsbevel de staking betreft van de discriminatoire handeling van appellante wegens leeftijd bij de toegang tot de arbeidsmarkt.

Zoals ook de eerste rechter bepaalde dient het stakingsverbod van appellante te worden bevolen en te gelden zowel tegenover eerste geïntimeerde als tegenover tweede geïntimeerde.

De staking van het discriminatieverbod tegenover tweede geïntimeerde wordt gerechtvaardigd door het feit dat hij alsnog de mogelijkheid moet krijgen, zo hij dit wenst, om te solliciteren bij appellante zonder van meetaf aan te worden geweerd omwille van zijn leeftijd en tegenover alle andere sollicitanten gelet op de wettelijke opdracht van eerste geïntimeerde om te verhinderen dat elke andere persoon bij een werving- en selectieprocedure bij appellante de toegang tot de arbeid zou worden ontzegd omwille van de leeftijd.

4.2.3.4. Al evenmin kan appellante worden bijgetreden dat indien een stakingsvordering lastens haar wordt toegekend zij niet kan worden veroordeeld tot betaling van een dwangsom verwijzend naar artikel 1385 bis Ger.W. dat bepaalt dat een dwangsom niet kan worden opgelegd ten aanzien van vorderingen tot nakoming van arbeidsovereenkomsten.

Luidens artikel 19 van de Antidiscriminatiewet kan de rechter op verzoek van het slachtoffer van discriminatie, of van het Centrum, diegene die de discriminatie heeft gepleegd veroordelen tot de betaling van een dwangsom wanneer aan die discriminatie geen einde is gemaakt.

Hiervoor werd gewezen op het gevaar voor herhaling van het discriminatoir gedrag in hoofde van appellante.

Het verbinden van een dwangsom aan een bevel tot staking van discriminerend gedrag op grond van leeftijd voor de toegang tot de arbeidsmarkt in de meest ruime zin, m.a.w. niet alleen voor een te sluiten arbeidsovereenkomst maar ook voor overeenkomsten tot zelfstandige samenwerking is geen vordering die valt onder de uitzondering voorzien in artikel 1385 bis Ger.W. (op vorderingen inzake de nakoming van arbeidsovereenkomsten) daar de stakingsvordering beoogt om een einde te stellen aan een onrechtmatig gedrag (zie P. Taelman: Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie, in M. De Vos en E. Brems (eds.) De Wet bestrijding discriminatie in de praktijk, Intersentia 2004, 239).

De eerste rechter dient derhalve te worden bijgetreden dat om het stakingsverbod afdwingbaar te maken het aangewezen is om voor de niet naleving ervan appellante te veroordelen tot het betalen van een dwangsom van 1.000,00 euro per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt evenwel vanaf de eerste dag na de betekening van het arrest.

De veroordeling tot betaling van een dwangsom van 1.000,00 euro bij de overtreding van het stakingsverbod door appellante tegenover ieder ander persoon dan tweede geïntimeerde geldt enkel ten opzichte van eerste geïntimeerde.

Dit onderdeel van het hoger beroep van appellante is derhalve ongegrond behalve met betrekking tot de verbeurte van de dwangsom.

4.2.4. De maatregel(en) van openbaarmaking

4.2.4.1. Luidens artikel 20 § 3 eerste lid van de Antidiscriminatiewet kan de voorzitter van de rechtbank bevelen dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel binnen als buiten de inrichtingen van de overtreder of de lokalen die hem toebehoren en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in de kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt.

Artikel 20 § 3 tweede lid van de Antidiscriminatiewet stelt als voorwaarde dat deze maatregelen van openbaarmaking slechts mogen opgelegd worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophoudt.

De eerste rechter heeft aan appellante bevolen om het beschikkend gedeelte van het vonnis gedurende één maand aan te plakken enerzijds binnen haar inrichting op de hoofdzetel en op de plaatsen waar sollicitatiegesprekken worden gehouden op een goed zichtbare plaats voor de medewerkers, zowel werknemers als zelfstandigen) en eventuele sollicitanten en anderzijds in alle winkels van haar op een goed zichtbare plaats waarbij alle medewerkers en klanten kennis kunnen nemen van het tussengekomen vonnis; de vordering van geïntimeerden om appellante op te leggen om het vonnis bekend te maken in kranten werd ongegrond verklaard,

nerzijds meent appellante dat er geen reden is tot de openbaarmaking van de tussen te komen beslissing, zowel de aanplakking als de bekendmaking ervan in kranten, anderzijds menen geïntimeerden dat de eerste rechter ten onrechte de bekendmaking van zijn vonnis in de kranten niet heeft bevolen, zodat zij tegen dit onderdeel van het vonnis incidenteel beroep hebben ingesteld.

4.2.4.2. Het arbeidshof heeft onder punt 4.2.2. reeds uitvoerig uiteengezet waarom de discriminatie van A.(...) in de e-mail van (...) 2014 aan S.(...) aan appellante dient te worden toegerekend ,een redengeving die ook hier van toepassing is, waardoor de bemerkingen van

appellante die hierop betrekking hebben om niet over te gaan tot de bekendmaking van de beslissing niet kunnen bijgetreden worden.

Artikel 17 van Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep bepaalt dat de sancties die de lidstaten vaststellen voor de overtreding van de richtlijn "*doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend*" moeten zijn hetgeen door het Hof van Justitie van de Europese Unie werd bevestigd in het arrest van 10 juli 2008 C -54/07 Feryn (in de overwegingen 38-39).

Het arbeidshof meent dat de maatregel van de openbaarmaking van de huidige beslissing wel degelijk kan bijdragen dat er een einde komt aan het discriminerend gedrag van appellante op grond van leeftijd bij de toegang tot de arbeidsbetrekkingen en niet als onevenredig wordt aangezien.

Het arbeidshof ziet niet in waarom de openbaarmaking van de beslissing mogelijke kandidaten zou afschrikken om te solliciteren, wel integendeel zal het potentiële sollicitanten van een bepaalde leeftijd eerder vertrouwen geven en ertoe aanzetten om bij appellante te solliciteren en niet te vrezen dat zij van meetaf aan worden geweerd enkel omwille van hun leeftijd als zij ervan op de hoogte zijn dat bij een vaststelling van de overtreding van het discriminatieverbod wegens leeftijd door appellante, appellante een dwangsom zal dienen te betalen.

De maatregel van de openbaarmaking van de beslissing kan luidens artikel 20 § 3 van de Antidiscriminatiewet verschillende vormen aannemen te weten de aanplakking, de bekendmaking in de kranten en enige andere wijze (die niet nader wordt gespecificeerd).

Geïntimeerden hebben incidenteel beroep ingesteld tegen het onderdeel van de beslissing van de eerste rechter waar hun respectievelijke vordering tot de bekendmaking van het vonnis in de door hen aangeduide kranten ongegrond werd verklaard omdat deze maatregel disproportioneel is.

4.2.4.3. Een openbaarmaking van het beschikkend gedeelte van de beslissing door aanplakking is wel degelijk aangewezen om ertoe bij te dragen dat appellante er zich bewust van is / wordt en zich er voortaan zal voor behoeden bij haar "werving - en selectiebeleid" om geen daden te stellen van directe discriminatie wegens leeftijd.

Het volstaat hierbij dat de medewerkers van appellante, zowel de werknemers als zij die er werkzaam zijn op zelfstandige basis, alsmede mogelijke sollicitanten, weten, minstens kunnen weten, middels de openbaarmaking van de beslissing door aanplakking, dat de rechter heeft vastgesteld dat appellante een daad van directe discriminatie heeft gesteld op grond van leeftijd en dat dergelijke discriminerend gedrag niet wordt getolereerd en de niet naleving wordt gesanctioneerd met de betaling van een dwangsom.

De maatregel van het bevel aan appellante tot openbaarmaking door aanplakking van het beschikkend gedeelte van huidige beslissing (in het beschikkend gedeelte zal worden aangeduid welke onderdelen van het vonnis van de eerste rechter worden bevestigd en welke hervormd zodat een aanplakking van het beschikkend gedeelte van het vonnis van de eerste rechter niet aangewezen is) dient, in tegenstelling tot wat de eerste rechter heeft bevolen, te worden beperkt binnen haar inrichting tot de plaats waar de maatschappelijke zetel van appellante is gevestigd en alle plaatsen waar sollicitatiegesprekken gehouden en of selectietesten uitgevoerd worden gedurende één maand onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag vanaf de tweede dag na de betekening van de beslissing aan appellante.

Het hoger beroep van appellante is voor het onderdeel van de openbaarmaking van de beslissing door aanplakking in al de winkels van appellante gegrond.

Een bekendmaking van de beslissing in de kranten zoals gevorderd door geïntimeerden is niet vereist om het voornoemd doel te bereiken zodat deze maatregel als onevenredig wordt beschouwd zodat het incidenteel beroep van geïntimeerden ongegrond is.

4.2.4.4. Appellante beklaagt er zich over dat spijs de rechter de bekendmaking van zijn beslissingen in de kranten niet te hebben bevolen het vonnis niettemin in de media is verschenen en aan bod is gekomen met inbegrip van de identificatiegegevens en dit niet anders kon gebeuren dan door de demarche van geïntimeerden of een van beiden.

Het arbeidshof kan enkel vaststellen dat niet wordt betwist dat het bestreden vonnis van de eerste rechter uitvoerig aan bod is gekomen in de media zowel radio, televisie als kranten maar wie daarvan aan de basis ligt kan niet worden bepaald aan de hand van de gegevens die werden aangereikt.

Wel kan worden vastgesteld dat appellante in de voorgelegde krantenuittreksels ten gevolge van deze berichtgeving openlijk haar standpunt heeft kunnen verwoorden en aankondigen dat zij hoger beroep zal aantekenen tegen het vonnis.

Voornoemde mediabelangstelling is allicht mee ingegeven door de naambekendheid van appellante bij het ruime publiek.

Dat het vonnis van de eerste rechter uitvoerig aan bod is gekomen in de media verhindert niet om de huidige beslissing bekend te maken waarbij (onder meer) het bevel van de eerste rechter tot de openbaarmaking van de beslissing door aanplakking wordt bevestigd, weliswaar in hoger beroep beperkt op de wijze zoals hiervoor uiteengezet.

Het in de media komen van een beslissing tot staking van discriminatie kan niet worden gelijkgesteld met een door de rechter bevolen openbaarmaking die is beperkt tot de inhoud van het beschikkend gedeelte van zijn beslissing zonder enige commentaar.

4.2.5. De vordering tot schadevergoeding van S.(...)

4.2.5.1. Tweede geïntimeerde vorderde van appellante als slachtoffer van discriminatie een forfaitaire schadevergoeding wegens morele en materiële schade op basis van artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet ten bedrage van 54.720,00 euro die door de eerste rechter werd herleid tot 25.000,00 euro ex aequo et bono.

Dat zoals appellante beweert S.(...) aanvankelijk genoeg nam met 5.000,00 euro en het niet zeker is dat hij zou gewerkt hebben heeft geen invloed op de grond van de vordering van tweede geïntimeerde.

Immers staat de omvang van de vordering van S.(...) los van het feit of hij gerechtigd is op een schadevergoeding en gaat het in huidig geschil om een vordering tot forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade wegens een daad van directe discriminatie wegens leeftijd voor de toegang tot de arbeidsbetrekkingen, m.a.w. omdat tweede geïntimeerde de toegang werd ontzegd om mogelijks te werken omwille van zijn leeftijd.

4.2.5.2. Appellante meent vervolgens dat artikel 18 §2, 2° van de Antidiscriminatiewet een uitzonderingsbepaling is die zich enkel richt tot de arbeidsrelaties in ondergeschikt verband en de tekst van dat artikel duidelijk maakt dat niet alle arbeidsbetrekkingen worden geïntimeerd zodat de algemene regel voor het bepalen van de schadevergoeding van tweede geïntimeerde van artikel 18 § 2, 1° dient te worden toegepast.

De enkele vermelding van het woord "werkgever" in artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet impliceert niet dat de forfaitaire schadevergoeding voor morele en materiële schade van zes maand brutobeloning beperkt is tot de "werknemers" die het slachtoffer zijn van discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen en niet zou

gelden voor een slachtoffer van discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen die zelfstandige arbeid tot voorwerp heeft.

De Antidiscriminatiewet geeft in artikel 4, 1° een duidelijk overzicht van hetgeen onder het begrip "arbeidsbetrekkingen" valt en vermeldt hierbij expliciet ook de "arbeid als zelfstandige".

Zoals eerste geïntimeerde terecht opmerkt bepaalt artikel 3,1 a van Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep dat ze van toepassing is op alle personen met betrekking tot *"de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige"*.

M.a.w. de Antidiscriminatiewet, die de omzetting is van voornoemde richtlijn beoogt zowel de arbeidsbetrekkingen in het kader van een arbeidsovereenkomst als deze op zelfstandige basis zonder dat hierbij een onderscheid wordt gemaakt tussen beide vormen van uitvoering van arbeid zodat er geen reden is om wel een onderscheid te maken voor het bepalen van de omvang van de forfaitaire schadevergoeding al naargelang het slachtoffer van discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen een werknemer is, dan wel zelfstandige (bij de toegang tot de arbeidsmarkt).

Het voorkomen van het woord "werkgever" in artikel 18 § 2, 2° houdt derhalve niet in dat de toepassing ervan is beperkt tot vorderingen tot forfaitaire schadevergoeding voor morele en materiële schade wegens discriminatie in het kader arbeidsbetrekkingen met een werknemer en er een andere regeling zou gelden voor vorderingen tot schadevergoeding wegens morele en materiële schade wegens discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen voor arbeid op grond van een zelfstandige samenwerking.

Voor beide vormen van uitvoering van arbeid kan het bewijs van de omvang van de schadevergoeding problemen opleveren waardoor de wetgever heeft geopteerd voor een uniforme forfaitaire schadevergoeding.

De voorbereidende werken van de Antidiscriminatiewet laten er geen twijfel over bestaan dat met de vordering tot forfaitaire schadevergoeding voor morele en materiële schade wegens discriminatie inzake arbeidsbetrekkingen in artikel 18 § 2, 2° ook de zelfstandige arbeid geïntimeerd wordt daar uitdrukkelijk is bepaald *"voor alle duidelijkheid merk ik op dat de forfaitaire vergoeding wordt berekend aan de hand van het brutoloon (of de brutobezoldiging van een zelfstandige)"* (zie Pari. Stukken Kamer, 2006-2007, 2720/009, 58).

De eerste rechter heeft derhalve terecht geoordeeld dat voor het stellen van de vordering tot schadevergoeding van tweede geïntimeerde tegen appellante toepassing dient te worden gemaakt van artikel 18 §2, 2° van de Antidiscriminatiewet.

Vermits appellante niet heeft aangetoond dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling tegenover tweede geïntimeerde ook zou getroffen geweest zijn op niet discriminerende gronden heeft de eerste rechter terecht de door tweede geïntimeerde gevorderde schadevergoeding bepaald op zes maanden bruto bezoldiging.

Bij gebreke aan concrete cijfermatige gegevens doordat tweede geïntimeerde zijn vordering tot schadevergoeding heeft gesteund op een theoretisch model en appellante geen enkele nadere toelichting heeft gegeven wat de (gemiddelde) vergoedingen zijn die aan een zelfstandig verkoper worden toegekend heeft de eerste rechter het bedrag van de forfaitaire schadevergoeding bepaald op 25.000,00 euro ex aequo et bono.

Vermits appellante ook in hoger beroep het stilzwijgen heeft behouden met betrekking tot de omvang van de vergoedingen die zij toekent aan zelfstandige verkopers en tweede geïntimeerde "genoegen" neemt met deze schadevergoeding dient ook dit onderdeel van het vonnis van de eerste rechter te worden bevestigd waardoor dit deel van het hoger beroep van appellante eveneens ongegrond is.

Het is aangewezen om dit onderdeel van het vonnis thans ook te vermelden in het beschikkend gedeelte van het arrest.

4.2.6. De kosten van het hoger beroep

Het hoger beroep van appellante dat in zeer beperkte mate gegrond is (de datum van de verbeurte van de dwangsom en de openbaarmaking van de beslissing met beperktere vorm van aanplakking) leidt er niet toe dat zij dient te worden aangezien als de in het gelijk gestelde partij in toepassing van artikel 1017 Ger.W. zodat zij in de kosten van het hoger beroep wordt verwezen.

OP DIE GRONDEN, HET ARBEIDSHOF,

Rechtsprekend op tegenspraak.

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en inzonderheid het artikel 24.

Alle andere en strijdige conclusies verwerpend als ongegrond.

Gelet op het schriftelijk advies van het openbaar ministerie en de schriftelijke repliek van appellante en eerste geïntimeerde.

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en zeer gedeeltelijk gegrond.

Verklaart het incidenteel beroep van eerste geïntimeerde ontvankelijk doch ongegrond.

Verklaart het incidenteel beroep van tweede geïntimeerde ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het vonnis van (...) 2016 van de voorzitter van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...), zetelend zoals in kortgeding (15/767/AR) in de hierna vermelde onderdelen:

"Verklaart de vorderingen ingesteld door het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en Bestrijding van Discriminatie en Racisme ontvankelijk en gegrond zoals hierna bepaald.

Geven de vrijwillig tussenkomende partij S.(...) akte van zijn verzoek om vrijwillig tussen te komen in de procedure opgestart door het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en Bestrijding van Discriminatie en Racisme voor de voorzitter van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...), zoals in kortgeding gekend onder 15/767/A.

Verklaren het verzoek tot vrijwillige tussenkomst en de hierin gestelde vorderingen ontvankelijk en gegrond zoals hierna bepaald.

Stellen het bestaan vast van een daad van directe discriminatie door appellante van S.(...) die erin bestaat dat appellante S.(...) de toegang tot arbeid heeft ontzegd op grond van zijn leeftijd met schending van artikell4 van de Antidiscriminatiewet.

Veroordelen appellante tot de kosten van het geding en vereffenen de kosten aan de zijde het Centrum op 1.320,00 euro rechtsplegingsvergoeding en aan de zijde van S.(...) op 2.750,00 euro.

In het overwegend gedeelte: "Stellen de forfaitaire schadevergoeding van S.(...) gelijk aan de brutobeloning voor zes maanden vast op 25.000,00 euro ex aequo et bono meer de vergoedende intresten vanaf (...) 2014 en meerde gerechtelijke intresten vanaf (...) 2015".

Hervormt het vonnis van (...) 2016 van de voorzitter van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling R.(...) zetelend zoals in kortgeding (15/767/AR) in de beperkte mate zoals hierna bepaald:

En opnieuw wijzend :

Beveelt de staking van de vastgestelde discriminatie en verbiedt appellante om, omwille van een discriminatie op grond van leeftijd, de toegang tot een arbeidsbetrekking, zoals bepaald in artikel 4, 1° van de Antidiscriminatiewet, te ontzeggen aan S.(...) en aan elke andere sollicitant, onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 euro per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt vanaf de eerste dag na de betekening van het arrest, te betalen aan het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en Bestrijding van Discriminatie en Racisme.

Beveelt de staking van de vastgestelde discriminatie en verbiedt appellante om, omwille van een discriminatie op grond van leeftijd, de toegang tot een arbeidsbetrekking, zoals bepaald in artikel 4, 1° van de Antidiscriminatiewet, te ontzeggen aan S.(...) onder verbeurte van een dwangsom van 1.000,00 euro per nieuw vastgestelde overtreding en dit per dag dat de overtreding voortduurt vanaf de eerste dag na de betekening van het arrest, te betalen aan S.(...).

Beveelt appellante om het beschikkend gedeelte van dit arrest gedurende één maand aan te plakken binnen haar inrichting zowel op de maatschappelijke zetel als op alle plaatsen waar sollicitatiegesprekken worden gehouden of selectietesten worden uitgevoerd op een goed zichtbare plaats voor de medewerkers (zowel zelfstandigen als werknemers) en potentiële sollicitanten onder verbeurte van een dwangsom van 500,00 euro per dag vanaf de tweede dag na de betekening van het arrest.

Veroordeelt appellante tot betaling aan S.(...) van een forfaitaire bruto schadevergoeding van 25.000,00 euro meer de vergoedende intresten vanaf (...) 2014 en meer de gerechtelijke intresten vanaf (...) 2015.

Verwijst appellante overeenkomstig artikel 1017, eerste lid Ger.W. in de kosten van het hoger beroep.

Vereffent deze kosten als volgt:

- * aan de zijde van appellante op 2.400,00 euro rechtsplegingsvergoeding (herleid basis bedrag);
- * aan de zijde van eerste geïntimeerde op 1.440,00 euro rechtsplegingsvergoeding;
- * aan de zijde van tweede geïntimeerde op 2.400,00 euro rechtsplegingsvergoeding (herleid basis-betrag).

Aldus gewezen door het arbeidshof Gent, afdeling Brugge, vierde kamer, samengesteld uit raadsheer Herman Hul, voorzitter, Boussemaere, raadsheer in sociale zaken, benoemd als zelfstandige, Virginie Lenssen, raadsheer in sociale zaken, benoemd als zelfstandige, en in openbare terechtzitting van dinsdag dertien juni tweeduizend en zeventien uitgesproken door Herman Hul, voorzitter, met bijstand van Rudi Tavernier, afgevaardigd griffier.

Get.: R. Tavernier - V. Lenssen - M. Boussemaere - H. Hul.