

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST VAN 11 APRIL 2008

In de zaak:

DE V.Z.W. K.B.V.B.,ingeschreven in het register der rechtspersonen onder het nummer (...), aangesloten bij de FIFA, UEFA en het BOIC, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1020 Brussel, (...),

Appellante, geïntimeerde op incidenteel hoger beroep, vertegenwoordigd door Mters P. Geuens, advocaat te 2800 Mechelen en Mter E. Matthys en H. Craeninckx, advocaten te . 1000 Brussel;

Tegen:

De Heer Pieter VD., wonende te 3740 Bilzen, (...),

Geïntimeerde, appellant op incidenteel hoger beroep, verschijnend in persoon en bijgestaan door Mter E. Schetlingen, advocaat te 3740 Bilzen;

Na beraadslaging, velt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest :

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald op :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis op tegenspraak gewezen door de Arbeidsrechtbank te Brussel (2de kamer) op 2 december 2005;
- het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 8 maart 2006;

- de besluiten, aanvullende besluiten en synthesebesluiten van geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 30 juni 2006, 9 januari 2007 en 8 maart 2007;
- de besluiten en aanvullende besluiten van appellante neergelegd ter griffie, respectievelijk op 10 november 2006 en 9 februari 2007;
- de bundel met stukken neergelegd ter griffie door appellante partij op 30 januari 2008

Gehoord partijen in hun middelen en beweringen op de openbare terechtzitting van 8 februari 2008; geïntimeerde partij legde een bundel neer, waarna de debatten gesloten werden en de zaak werd medegedeeld aan het Openbaar Ministerie voor schriftelijk advies neer te leggen ter griffie uiterlijk op 22 februari 2008;

Gelet op het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie neergelegd ter partijen vanaf de kennisgeving van dit schriftelijk advies nog beschikten over een termijn van 14 dagen om hun eventuele repliekbesluiten ter griffie neer te leggen en waarna de zaak vanaf die dag ambtshalve in beraad werd genomen en voor uitspraak werd vastgesteld op 11 april 2008.

I. DE FEITEN.

De heer Pieter VD was tewerkgesteld bij de V.Z.W. K.B.V.B., met een aantal arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd, ingaande op 1 september 1994; vanaf 15 juli 1997 was hij tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

Hij houdt voor dat hij ook vóór 1 september 1994 als scheidsrechter werkzaam was doch hiervan wordt geen enkel bewijselement voorgebracht.

Als scheidsrechter was de heer VD deeltijds tewerkgesteld en alhoewel overeenkomstig artikel 11 ibis van de arbeidsovereenkomstenwet een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid schriftelijk moet worden vastgesteld, wordt geen geschreven arbeidsovereenkomst voorgebracht.

Op de loonfiches wordt de deeltijdse tewerkstelling niettemin vermeld en wordt aangegeven dat een voltijdse tewerkstelling 37 uur per week bedraagt.

Nergens wordt aangegeven voor hoeveel uur per week de heer VD werd aangeworven en op het C4-formulier (stuk 10 van de heer VD en stuk 7 KBVB) wordt zowel voor de arbeidstijd als

voor het brutoloon zonder enige precisering verwezen naar een variabele deeltijdse tewerkstelling.

In dat geval dient de werkgever variabele werkroosters bij te houden op grond van artikel 159 van de Programmawet van 22 december 1989, doch ook deze stukken worden niet voorgebracht, zodat enkel de loonfiches een indicatie geven met betrekking tot de van toepassing zijnde deeltijdse arbeidstijd.

Alleszins staat vast dat de heer VD als betaalde scheidsrechter in de eerste en de tweede nationale afdeling van het Belgisch voetbal actief was en ook bekerwedstrijden floot als scheidsrechter van categorie A en dit op grond van een deeltijdse arbeidsovereenkomst (zie pagina 4 van de aanvullende beroepsbesluiten en tevens synthese beroepsbesluiten van KBVB).

De heer VD is geboren op (...) en werd in 2002 vijfenveertig jaar.

Vanaf 5 augustus 2002 schreef hij KBVB een aantal malen aan omwille van het bereiken van de voor scheidsrechters geldende leeftijdsgrens van 45 jaar (zie stukken 1 tot en met 3 van de heer VD).

Op 28 november 2002 meldde de bondsvoorzitter dat het agendapunt in verband met de leeftijdsgrens geagendeerd werd op de CSC vergadering van 30 november 2002.

Op 20 december 2002 werd de heer VD bij aangetekende brief ontslagen met een opzeggingstermijn van 6 maanden ingaande op 1 januari 2003.

De heer VD betwistte dit ontslag en verwees hierbij naar het discriminatieverbod inzake leeftijd (zie de brief van zijn raadsman aan de bondsvoorzitter dd. 11 juni 2003).

Bij het aflopen van zijn opzeggingstermijn van op 30 juni 2003 ontving hij een C4-formulier, waarop als ontslagreden "reorganisatie" werd vermeld.

De heer VD trachtte dan nog opgenomen te worden in het provinciaal scheidsrechterskorps van Limburg, doch dit werd hem geweigerd.

In een brief van de bondsvoorzitter van 27 augustus 2003 werd deze weigering gemotiveerd door het feit dat de heer VD ook niet als vrijwilliger in het scheidsrechterskorps kon worden opgenomen omdat hij al herhaaldelijk had verklaard de KBVB te zullen dagvaarden.

In persartikels verzette de heer VD zich samen met een aantal collega's scheidsrechters tegen een automatische leeftijdsgrens op 45 jaar.

II. DE RECHTSPLEGING.

Op 27 augustus 2003 brengt de heer VD dagvaarding uit lastens de KBVB en vraagt hij een vergoeding gelijk aan 1 jaar loon door hem begroot op 16.578,88 €, te vermeerden met de wettelijke intresten sedert de

datum van het ontslag en waarbij hij ten aanzien van de eerste rechter zal preciseren dat hij hiermee een aanvullende opzeggingsvergoeding bedoelt.

Tevens vraagt de heer VD een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht a rato van 12.500 €, te vermeerderen met de wettelijke intesten sedert de datum van ontslag;

Tenslotte vraagt hij afgifte van juiste sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom en veroordeling tot de kosten; in ondergeschikte orde verzet hij zich niet tegen een aantal onderzoeksmaatregelen.

Voor de eerste rechter zal de KBVB een tegenvordering instellen in verband met de teruggave van een aantal bezittingen, maar hiervan wordt later afstand gedaan.

Bij vonnis van 2 december 2005 beveelt de Arbeidsrechtbank te Brussel de heropening der debatten omtrent de gevorderde opzeggingsvergoeding en vraagt zij dat een aantal documenten worden voorgebracht, zoals de individuele rekening 1997 en de correcte berekening van het loon over de periode van 20 december 2001 tot en met 19 december 2002, samen met het bedrag van de vergoedingen voor buitenlandse prestaties, die de heer VD ontving in het laatste jaar vóór het ontslag.

De KBVB wordt veroordeeld tot een morele schadevergoeding ten bedrage van 12.500 € wegens misbruik van ontslagrecht, alsook tot afgifte van de juiste sociale documenten met aanduiding van de buitenlandse vergoedingen.

Met betrekking tot de vaststelling van de opzeggingstermijn stelt de eerste rechter dat het basisjaarloon hoger is dan de grens bepaald bij artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet, maar dat zij niet beschikt over alle gegevens in verband met het lopend loon, meer bepaald de vergoedingen met betrekking tot de buitenlandse prestaties; ook omtrent de anciënniteit acht de rechtbank zich onvoldoende ingelicht en vraagt zij de voorlegging van de opeenvolgende deeltijdse arbeidsovereenkomsten.

Het basisloon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding werd door de heer VD onjuist berekend, zodat de eerste rechter de individuele rekeningen voor 2001 en 2002 opvraagt.

Wat betreft het misbruik van ontslagrecht verwerpt de eerste rechter een aantal nevenelementen die dienden te verantwoorden dat het ontslag met omwille van de leeftijd van de heer VD zou zijn gegeven.

De eerste rechter weerhoudt dat de leeftijdsgrens in strijd is met het discriminatieverbod, zoals dit voortvloeit uit artikel 4 van de Kaderrichtlijn (Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000); deze Kaderrichtlijn was op het ogenblik van het ontslag nog niet geïmplementeerd in het Belgisch recht, daar de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie slechts later van toepassing werd, maar de eerste rechter meende dat het Belgisch recht richtlijnconform moet worden uitgelegd, zodat het ontslag niet kon worden verantwoord met verwijzing naar de leeftijdsgrens van 45 jaar.

Aldus werd het misbruik van ontslag weerhouden en werd een morele schadevergoeding ex aequo et bono van 12.500 € toegekend.

Wat betreft de afgifte van de juiste sociale bescheiden wees de eerste rechter erop dat alleszins de buitenlandse vergoedingen moesten worden vermeld in verband met de internationale wedstrijden, die de heer VD voor de FIFA leidde, omdat dit gebeurde in toepassing van artikel 32 van de wet van 24 juli 1987 in verband met de terbeschikkingstelling van werknemers.

Partijen houden voor dat dit vonnis betekend werd op 9 februari 2006 en bij verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 8 maart 2006, tekende de KBVB beroep aan tegen dit vonnis.

De KBVB vroeg dat dit vonnis zou worden hervormd en dat de oorspronkelijke vordering van de heer VD zou worden verworpen als zijnde ongegrond.

In ondergeschikte orde, in zoverre het Arbeidshof zou oordelen dat een aanvullende opzeggingsvergoeding verschuldigd is, vraagt de KBVB de heropening van de debatten om partijen toe te laten het basisloon voor de opzeggingsvergoeding te berekenen.

De heer VD vraagt de bevestiging van het vonnis en hij herneemt zijn aanbod in verband met diverse onderzoeksmaatregelen, maar hij tekent incidenteel beroep aan, daar de veroordeling tot afgifte van de juiste sociale documenten naar zijn mening diende te gebeuren onder verbeurte van een dwangsom van 250 € per dag vertraging.

III. BEOORDELING.

1. Ontvankelijkheid.

Gezien de betekening van het bestreden vonnis op 9 februari 2006 werd het hoger beroep tijdig gesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is derhalve ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel hoger beroep.

2. Ten gronde.

Het Arbeidshof zal eerst het rechtsmisbruik onderzoeken, dat samenhangt met de vraag in hoeverre rekening moet gehouden worden met een eventueel discriminatieverbod wegens leeftijd om vervolgens de andere vorderingen van de heer VD te bespreken.

A. Is er een discriminatieverbod op leeftijd?

De KBVB dringt niet meer aan op de nevenelementen die zij voor de eerste rechter naar voren had gebracht in verband met de motieven voor het ontslag van de heer VD en zij betwist thans niet meer dat de werkelijke reden gelegen is in het feit dat betrokkene de leeftijd van 45 jaar had bereikt gelet op de fysieke gevolgen, die zij ziet samengaan met deze leeftijdsperiode.

Ter zitting wordt bovendien erkend dat de heer VD een goede scheidsrechter was.

De eerste rechter verwees in verband met de leeftijdsdiscriminatie naar de Kaderrichtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 en stelde dat, ongeacht het feit dat deze Richtlijn nog niet geïmplementeerd was in het Belgisch recht, het Belgisch ontslagrecht toch richtlijnconform moest worden geïnterpreteerd.

De Kaderrichtlijn 2000/78/EG is vastgesteld op de grondslag van artikel 13 E.G.-Verdrag, dat luidt :

" Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden...

Artikel 1 van de Kaderrichtlijn van 2000/78/EG van 27 november 2000 (hierna aangeduid als de Richtlijn) bepaalt:

" Deze Richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden "

In artikel 2 van de Richtlijn worden directe en indirecte discriminatie omschreven met verwijzing naar één van de in artikel 1 genoemde gronden.

In artikel 3.1.c wordt uitdrukkelijk gesteld dat deze Richtlijn van toepassing is met betrekking tot ontslag.

Op grond van artikel 4 kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is.

In artikel 6 wordt met betrekking tot verschillen op grond van leeftijd uitdrukkelijk gesteld dat het legitiem doel betrekking kan hebben op doelstellingen van het beleid op het terrein van werkgelegenheid, arbeidsmarkt of beroepsopleiding, mits de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

In verband met de naleving van de Richtlijn bepaalt artikel 16 het volgende :

" De lidstaten nemen de nodige maatregelen om er zorg voor te dragen dat :

- a. alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, worden afgeschaft;*

- b. *met alle met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijnde bepalingen in individuele of collectieve contracten of overeenkomsten, interne reglementen van ondernemingen en regels waaraan de vrije beroepen en werkgevers- en werknemersorganisaties onderworpen zijn, nietig worden of kunnen worden verklaard of worden gewijzigd".*

In verband met de uitvoering bepaalt artikel 18 :

"De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 2 december 2003 aan deze Richtlijn te voldoen of kunnen de sociale partners, indien deze daarom gezamenlijk verzoeken, belasten met de uitvoering van deze Richtlijn, voor wat de onder collectieve overeenkomsten vallende bepalingen betreft teneinde met bijzondere omstandigheden rekening te houden, kunnen de lidstaten indien nodig - beschikken over 3 extra jaren vanaf 2 december 2003, ofwel een totaal van maximum 6 jaar, om de bepalingen met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd en handicap uit te voeren..."

In al deze bepalingen wordt telkens verwezen naar maatregelen die genomen moeten worden door de lidstaten en dit dus binnen de termijn bepaald in artikel 18.

De Richtlijn geldt dus verticaal en in de huidige stand van het gemeenschapsrecht beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de maatregelen, waarmee de doelstelling van de Richtlijn kan worden verwezenlijkt (zie overweging 68, H.v.J. 16 oktober 2007 inzake C-411/05 - Felix Palacios de la Villa).

Dit neemt niet weg dat de lidstaten zich tijdens de termijn voor implementatie van een Richtlijn dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de Richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen (overweging 45 in H.v.J., 18 december 1997, C-129/96 inzake Inter-Environnement Wallonie en overweging 28 H.v.J. 22 november 2005, C-144/04, Mangold).

De Belgische wetgever heeft de Richtlijn geïmplementeerd via de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 (thans de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007).

Op het ogenblik van het ontslag van de heer VD was deze wetgeving nog niet van toepassing en dit was ook in overeenstemming met de termijn, voorzien in artikel 18 van de Richtlijn.

De heer VD duidt niet aan welke maatregelen België eventueel zou genomen hebben, die voor de uitvaardiging van de antidiscriminatiewetgeving de verwezenlijking van het door de Richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou gebracht hebben.

De eerste rechter houdt voor dat het ontslagrecht niettemin richtlijnconform moet worden uitgelegd, zodat een ontslag niet mag leiden tot discriminatie op grond van leeftijd.

De eerste rechter geeft daarbij echter niet aan welke bepaling van Belgisch ontslagrecht een leeftijdsdiscriminatie zou inhouden.

De eerste rechter situeert de discriminatie in de toepassing van het ontslagrecht door de KBVB.

Vanuit de thans geldenden normen houdt de leeftijdsgrens voor scheidsrechters op 45 jaar een leeftijdsdiscriminatie in (vergelijk Arbeidshof Brussel, 29 februari 2008, inzake Barbry t/ KBVB, A.R. Kart Geding nr. 308), want er zijn alleszins andere middelen dan een leeftijdsgrens om de fysieke mogelijkheden van een scheidsrechter te toetsen; bovendien maakt de heer VD aannemelijk dat hij, ongeacht zijn leeftijd, over voldoende fysieke capaciteiten beschikt om zijn functie verder wit te oefenen (zie medische fiche opgesteld door Dr. D. Garitte (KBVB), dd. 16 februari 2007- stuk 50 van de heer VD).

Maar door op basis van de richtlijnconforme interpretatie het ontslag van de heer VD in strijd te achten met het discriminatieverbod wegens leeftijd past de eerste rechter de alsdan nog niet geïmplementeerde Richtlijn horizontaal toe, aangezien geen enkele maatregel naar Belgisch recht wordt aangeduid op basis waarvan de leeftijdsdiscriminatie wettelijk geïnstitutionaliseerd zou zijn.

In de regel beoogt een richtlijn geen horizontale verhoudingen te bepalen en dit is hier zeker niet het geval, aangezien de artikelen 16 en 18 van de Richtlijn uitdrukkelijk aan de Lidstaten de opdracht geven om de nodige maatregelen te nemen vóór 2 december 2003, eventueel verlengbaar.

Niettemin wijst het Auditoraat-generaal in zijn advies op het arrest Mangold van het Hof van Justitie (H.v.J., 22 november 2005, C-144/04 Mangold/Helm).

In dit arrest lezen we:

" 74.

...bovenal is het beginsel van gelijke behandeling van arbeid en beroep niet in Richtlijn 2000/78/EG zelf verankerd. Luidens artikel 1 van deze Richtlijn heeft deze enkel tot doel een "algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid", terwijl het beginsel dat deze vormen van discriminatie verboden zijn, blijkens de punten 1 en 4 van de considerans van deze Richtlijn zijn oorsprong vindt in diverse internationals instrumenten en in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.

75.

Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet derhalve worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Wanneer een nationale wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van dat recht komt, moet het Hof wanneer het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met een dergelijk beginsel (zie in die zin arrest van 12 december 2002, Rodriguez Cabalero, C-442/00, Jurispr. blz. 1-11915, punten 30 tot en met 32).

76.

Bijgevolg kan de inachtneming van het algemeen beginsel van gelijke behandeling, met name op grond van leeftijd, als zodanig niet afhangen van het verstrijken -van de termijn die de Lidstaten is gelaten voor de omzetting van een Richtlijn die ertoe strekt een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, vooral wat betreft de organisatie van passende beroepsmogelijkheden, de bewijslast, de bescherming tegen represailles, de sociale dialoog, positieve acties en andere specifieke maatregelen voor de tenuitvoerlegging van een dergelijke Richtlijn.

77.

In deze omstandigheden dient de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in het geding is, in het kader van zijn bevoegdheid de voor de justitiabelen uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen, waarbij hij elk eventueel strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten (zie in die zin arresten van 9 maart 1978, Simenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629, punt 21 en 5 maart 1998, Solred, C-347/96, Jurispr. blz. 1-937 punt 30)".

In de rechtsleer is er twijfel of deze overwegingen ertoe leiden dat het leeftijdsdiscriminatieverbod als algemeen beginsel onmiddellijk geldt in de horizontale verhoudingen.

Zoals terecht aangestipt in het advies van het Auditoraat-generaal wordt hierop zeer kritisch gereageerd door Denis Martin, *L'arrêt Mangold Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité communautaire*, J.T.T. 2006, 113.

P. H. spreekt over " toch wel een bijzondere interpretatie " van het Hof van Justitie, maar stelt vast dat het Hof niet verder ingaat op het vraagstuk van de werking van een niet omgezette Richtlijn op horizontale verhoudingen (R.W. 2007-2008, 210).

M. De Vos, *De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhouding : van impasse naar doorbraak*, R.W.2006-2007, 332 is zeer voorzichtig in verband met een mogelijke horizontale werking van een verbod op leeftijdsdiscriminatie ingevolge het arrest Mangold; in voetnoot 42 wijst hij erop dat de mogelijkheid van horizontale werking voor algemene beginselen van gemeenschapsrecht in de rechtsleer niet wordt aanvaard, en hij verwijst hierbij naar T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1991,31).

Eenzelfde gedachtegang vinden wij terug in de conclusie van advocaatgeneraal J. Mazak van 15 februari 2007 bij de zaak C-411/05 Palacios de la Villa).

In de overwegingen 79 en volgende van deze conclusie beschrijft de advocaat-generaal de implicaties van het arrest Mangold en wijst erop dat dit arrest in juridische kringen op felle kritiek is gestuit (overweging 83), maar dat het Hof door de aanvaarding van het algemeen rechtsbeginsel het bezwaar kon omzeilen dat de omzettingstermijn van de Richtlijn 2000/78 ten tijde van

de zaak Mangold nog niet was verstreken, maar tevens stelt de advocaat generaal dat het Hof aldus " de vraag van de " horizontale rechtstreekse werking " van de Richtlijn (kon) omzeilen " (overweging 80).

Hierdoor wordt met zoveel woorden gezegd dat het arrest Mangold zich niet over de horizontale rechtstreekse werking heeft uitgesproken; het Hof hoefde zich hierover ook niet uit te spreken, want in het arrest Mangold stond een Duitse wettelijke norm ter interpretatie en ging het dus over de verticale werking; de concrete toepassing hoort overigens aan de nationale rechter.

Verder stelt de advocaat-generaal vast dat het Hof in het arrest Mangold weliswaar kon vaststellen dat het algemeen beginsel van de gelijke behandeling verankerd zit in tal van internationale instrumenten en gemeenschappelijke constitutionele tradities van lidstaten, maar dit was niet het geval voor het specifieke beginsel van de non-discriminatie op grond van leeftijd als zodanig, wat enkel terug te vinden is in de Finse grondwet (overweging 88).

De advocaat-generaal pleit dan ook voor een grote voorzichtigheid om uit het algemene gelijkheidsbeginsel het bestaan van een bijzonder discriminatieverbod op grond van leeftijd af te leiden (vergelijk overweging 94) en stelt vast dat het Hof van Justitie dit evenmin doet in verband met andere discriminatiegronden zoals de discriminatie op grond van seksuele geaardheid, omdat men het daar aan de gemeenschapswetgever en de lidstaten overlaat om passende maatregelen te nemen (zie overweging 95).

Dit duidt erop dat men er zich voor moet hoeden om al te vergaande conclusies uit het arrest Mangold te trekken, maar bij nader inzien heeft het Hof van Justitie in de zaak Mangold ook uitdrukkelijk gesteld dat de nationale rechter in voorkomend geval " elke eventueel strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten " (overweging 77), wat eveneens een verwijzing inhoudt naar een verticale werking.

Zoals advocaat-generaal J. Mazak aanstipt, heeft het Hof zich dus geenszins uitgesproken over een horizontale rechtstreekse werking (zie in dezelfde zin P. H., hierboven aangehaald).

Zoals gezegd, had de zaak Mangold betrekking op een leeftijdsdiscriminatie die in een Duitse wettelijke bepaling verankerd lag en die inhield dat men meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kon afsluiten voor werknemers van 52 jaar of ouder.

In de zaak Palacios de la Villa betrof het een Spaanse wettelijke bepaling van pensionering op 65 jaar.

Telkens ging het dus om maatregelen van nationale lidstaten, die een mogelijke leeftijdsdiscriminatie inhielden, waarbij het Hof van Justitie zich niet uitgesproken heeft over horizontale verhoudingen.

Het Arbeidshof is dan ook van mening dat het arrest Mangold niet toelaat dat een leeftijdsdiscriminatieverbod in horizontale verhoudingen zou worden afgeleid uit een algemeen rechtsbeginsel van het gemeenschapsrecht.

Dit discriminatieverbod volgt wel uit de antidiscriminatiewetten van 2003 en 2007, maar deze waren nog niet van toepassing op het ogenblik van het ontslag van de heer VD.

Eind december 2002 was enkel de wet van 13 februari 1998 houdende de bepaling ter bevordering van de tewerkstelling van toepassing en deze voorzag in een leeftijdsdiscriminatieverbod, doch enkel bij werving en selectie, zodat ook deze bepaling niet tot een ontslagsituatie kan worden uitgebreid.

B. Misbruik van ontslagrecht.

De heer VD en de eerste rechter hebben het misbruik van ontslagrecht gesitueerd in de schending van het vermeend discriminatieverbod wegens leeftijd. Hierboven werd uitgelegd dat het ontslag van de heer VD weliswaar gegrond was op zijn leeftijd, maar dat de Kaderrichtlijn 2000/78 ten tijde van het ontslag nog niet geïmplementeerd was in Belgisch recht, zodat men op basis hiervan alleen geen misbruik van ontslagrecht kon gronden.

Uit de schriftelijke vraag E-2133/02 van Bartho Pronk aan de Europese Commissie van 17 juli 2002 (Publicatieblad Europese Unie, 8 mei 2003) volgt wel dat de mogelijke leeftijdsdiscriminatie ten aanzien van scheidsrechters ter discussie stond en uit het dossier van de heer VD blijkt dat hij samen met een aantal collega's in de media vragen heeft gesteld omtrent dit onderwerp.

Het is dan ook verwonderlijk dat bondsvoorzitter Jan Peeters namens KBVB op 27 augustus 2003 aan de heer VD schreef dat hij niet kon opgenomen worden als vrijwilliger in het scheidsrechterskorps van de provincie Limburg omwille van het feit dat hij om die redenen een dagvaarding overwoog.

Maar deze wederzijdse acties maken niet dat er een misbruik van het ontslagrecht plaatsvond, daar de KBVB niet kennelijk de grenzen te buiten is gegaan van de uitoefening van haar ontslagmacht (vgl. Cassatie, 19 september 1983, R.W. 1983-1984, 1480 en Cassatie, 12 december 2005, www.cass.be 8.05.0035/F); de brief van de bondsvoorzitter had overigens geen betrekking op het ontslag, maar op een situatie nadien.

Bovendien dekt de opzeggingsvergoeding op forfaitaire basis de volledige schade, zowel de morele als de materiële, die voortvloeit uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Cassatie, 7 mei 2001, J.T.T. 2001, 410).

Er kan dan ook geen vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht worden toegekend en het hoger beroep is op dit punt gegrond.

C. De aanvullende opzeggingsvergoeding.

De KBVB heeft een opzeggingstermijn van 6 maanden in acht genomen bij toepassing van artikel 82 § 2 van de arbeidsovereenkomstenwet, omdat het jaarbasisloon van de heer VD minder bedroeg dan 25.277 € (bedrag 2002).

Aldus gaat de KBVB voorbij aan het arrest nr. 35/99 van het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) van 20 april 1999.

In deze zaak werd een prejudiciële vraag gesteld of de loongrenzen die gelden voor zogenaamde lagere en hogere bedienden geen schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaken, wanneer men geen rekening houdt met de vraag of de bediende werkzaam is in een voltijds uurrooster dan wel in een deeltijds uurrooster.

Dit arrest beantwoordde de vraag positief en achtte het gelijkheidsbeginsel geschonden, omdat er voor de voltijdse bedienden over het algemeen een verband bestaat tussen de anciënniteit, de leeftijd, het belang van de functie en het bedrag van het loon, terwijl voor de deeltijdse bedienden het bedrag van het loon verlaagd wordt naargelang van de gepresteerde tijd, zodat voor hen hun reëel loon niet in verband staat met de andere criteria (overweging B.5).

Uiteraard staat het aan de wetgever om te beslissen welke bijzondere regels moeten worden aangenomen om de opzeggingstermijn te berekenen die moet worden toegekend aan deeltijds werkende werknemers, maar in de huidige stand staat het vast dat de artikelen 82 § 2 en 82 § 3 in zoverre zij identieke loonbedragen in aanmerking nemen voor voltijdse en deeltijdse werknemers niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Aldus kan de rechter het jaarloon van een deeltijds tewerkgestelde werknemer omzetten naar een fictief voltijds jaarloon voor de berekening van de opzeggingstermijn, maar de berekening van de aanvullende opzeggingsvergoeding zal steeds moeten gebeuren op basis van het werkelijk deeltijdloon (Arbeidshof Antwerpen, 3 april 2000, R.W. 2000-2001, 911 met erratum op 1072; zie ook noot C. Mergan en C. Wantiez, J.T.T. 1999, 316- 317).

De vraag of een voltijdse betrekking als scheidsrechter fysiek en technisch mogelijk is, is hierbij niet aan de orde.

Enigszins merkwaardig argumenteert de KBVB dat de gepresteerde uren die op haar loonbescheiden voorkomen fictief zijn en niet reëel om daar uit af te leiden dat de werkelijke prestaties niet bekend zijn.

Er moet hierbij herinnerd worden aan het artikel 1 bis van de arbeidsovereenkomstenwet en artikel 196 van de Programmawet van 22 december 1989 en bezwaarlijk kan KBVB zich beroepen op het feit dat zij de wet niet correct toepast om voor te houden dat het aantal deeltijdse uren niet kan worden bepaald.

Uit de individuele rekening 2002, zoals voorgebracht door de heer VD onder zijn stuk 46 volgt nochtans dat een voltijdse tewerkstelling 37 uur bedraagt en dat er tijdens het jaar 2002, 270 uren werden aangerekend.

Een 37-urenweek geeft op jaarbasis 1.702 uren. Op basis van de verhouding 270/1.702 kan de omzetting van deeltijds naar voltijds dus gebeuren.

Maar partijen zijn het ook niet eens over het basisloon.

Voor de berekening van het basisloon moet niet enkel rekening gehouden worden met het lopende loon maar ook met alle voordelen verworven krachtens de overeenkomst (art. 39 arbeidsovereenkomstenwet).

De heer VD heeft dit loon op 16.578,85 €, maar de KBVB heeft kritiek op het feit dat hij aldus het vakantiegeld foutief berekent en ten onrechte de arbitragevergoeding, de vergoedingen internationale wedstrijd, trainingsvergoeding en de diverse kilometervergoedingen in rekening brengt.

De arbitragevergoeding is alleszins een vergoeding die verband houdt met de prestaties van de heer VD; het is minstens een voordeel verworven krachtens de overeenkomst; stuk 29 van de KBVB kan hieraan geen afbreuk doen omdat hierin de fiscale administratie een vergelijking maakt met vrijwilligersvergoedingen en enkel een uitspraak doet over de niet- belastbaarheid;

Hetzelfde dient gezegd over de trainingsvergoedingen en de premies; nergens wordt door de KBVB aangetoond dat dergelijke vergoedingen onkosten zouden zijn.

Ook de vergoedingen internationale wedstrijd vergoeden de prestatie van een scheidsrechter, die een dergelijke wedstrijd leidt.

Uit de stukken 38 en 47 van de heer VD blijkt dat de aanduiding voor deze internationale wedstrijden gebeurt door de Koninklijke Belgische Voetbalbond en dat ook de betaling door hen gebeurt.

Het feit dat de KBVB dit gebeurlijk nadien doorrekent naar UEFA is zonder belang, daar uit voornoemde stukken alleszins volgt dat de prestaties bij dergelijke wedstrijden gebeuren in het kader van de arbeidsovereenkomst van de heer VD.

De KBVB kan wel gevolgd worden waar hij opmerkt dat de diverse kilometervergoedingen onkostenvergoedingen zijn, die geen voordeel zijn verworven krachtens de overeenkomst.

Aangezien het ontslag van de heer VD gebeurde bij brief van 20 december 2002, dient voor de berekening van de opzeggingsvergoeding dan ook het loon en de voordelen verworven krachtens overeenkomst in aanmerking te worden genomen, zoals die tijdens het jaar 2002 werden verdiend.

De heer VD brengt onder zijn stukken 46 de gegevens hieromtrent voor en het is derhalve niet nodig de debatten te heropenen, daar de partijen over de samenstelling van het loon tegenspraak hebben gevoerd.

Uit de individuele rekening, gevoegd bij stuk 46 van de heer VD, die overeenkomt met stuk 26 van de KBVB, volgt dat er betaald werd voor:

- 270 gepresteerde uren :	9.857,50 €,
- enkel en dubbel vakantiegeld	1.272 ,00€
- Internationale wedstrijd 30 oktober 2002:	506,32 €,
- Trainingsvergoedingen :	206,25 €,
- Premies :	700,00 €
Totaal :	12.542,07 €

Wanneer men dit deeltijds basisjaarloon omzet naar voltijds dan geeft dit 12.542,07 € : $270 \times 1.702 = 79.061,49$ €, wat toelaat de opzeggingstermijn te bepalen bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 1 /; Lass., 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, J.T.T. 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 19904991, 1407).

Naast het loon hebben partijen ook discussie over de anciënniteit.

Uit de stukken 35 en 46 van de heer VD kan afgeleid worden dat de periode van deeltijdse tewerkstelling van 15 juli 1997 tot 30 juni 2003 voorafgegaan werd door identieke deeltijdse jaarcontracten per voetbalseizoen waarbij telkens een ander personeelsregisternummer op de individuele rekeningen voorkomt.

Deze jaarcontracten vingen aan op 1 september 1994.

Samen met de eerste rechter moet worden vastgesteld dat deze stukken voor 1994 tot en met 15 juli 1997 aansluitende deeltijdse arbeidsovereenkomsten uitmaken, die identiek zijn aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die met ingang van 15 juli 1997 bestond.

Om de anciënniteit te bepalen is het niet nodig na te gaan of de voorwaarden van artikel 10 van de arbeidsovereenkomstenwet zijn nagekomen; het is evenmin vereist dat de in aanmerking te nemen dienst bij dezelfde werkgever vervuld werd ter uitvoering van dezelfde arbeidsovereenkomst, zodat de aansluitende periodes van tewerkstelling kunnen worden samengeteld, mits er een ononderbroken tewerkstelling was.

Ingevolge het deeltijds tewerkstellingsregime werden de prestaties geleverd per voetbalseizoen, zodat de heer VD aldus ononderbroken deeltijds in dienst was, wat door KBVB overigens ook wordt aanvaard voor de periode vanaf 15 juli 1997 tot 30 juni 2003 (vergelijk met de tewerkstelling van leerkrachten tijdens opeenvolgende schooljaren, waarbij de schoolvakanties evenmin als een onderbreking van de anciënniteit worden beschouwd (Arbeidshof Bergen, 17 juni 1999, J.T.T. 2000, 164)).

Aldus moet rekening gehouden worden met een anciënniteit van 1 september 1994 tot 20 december 2002.

De heer VD had derhalve een anciënniteit van 8 jaar en 4 maanden.

Mits een juiste evaluatie te geven aan zijn loon (12.542,07 €), zijn anciënniteit (8 jaar en 4 maanden), zijn leeftijd (geboren op 28 september 1957- 45 jaar en 3 maanden) en zijn functie (scheidsrechter) kan de opzeggingstermijn dan ook worden bepaald op 12 maanden.

Aangezien de heer VD een opzeggingstermijn van 6 maanden presteerde, heeft hij recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding van 6 maanden, die kan worden begroot op $12.542,07 \text{ €} \times 6 : 12 = 6.271,04 \text{ €}$.

D. De afgifte van de sociale documenten.

De KBVB bestrijdt de beslissing van de eerste rechter in zoverre deze de opname van de internationale vergoedingen in de sociale documenten oplegde.

De KBVB houdt voor dat de heer VD deze vergoedingen rechtstreeks van de UEFA bekwam.

Hierboven werd reeds uitgelegd dat dit onjuist is en dat zowel de opdracht tot arbitrage van internationale wedstrijden als de betaling gebeurde via de KBVB (zie stukken 37 en 38 van de heer VD). Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

De heer VD tekent incidenteel hoger beroep aan en beoogt een bijkomende veroordeling tot verbeurte van een dwangsom voor zover de correcte documenten niet worden afgeleverd.

Er worden door de heer VD echter geen gegevens aangebracht die het aannemelijk zouden maken dat de KBVB, na het definitief worden van de uitspraak, zich niet aan de veroordeling zou onderwerpen, zodat het incidenteel hoger beroep ongegrond is.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Gelet op het schriftelijk advies van de Substituut-generaal J.J. Andre neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 19 februari 2008;

Gelet op de repliek van appellante neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 4 maart 2008;

Gelet op de repliek van geïntimeerde neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 5 maart 2008;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en in de hierna bepaalde mate gegrond;

Verklaart het incidenteel hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Hervormt het bestreden vonnis en trekt de zaak aan zich,

Veroordeelt de V.Z.W. KBVB tot betaling aan de heer Pieter VD van een aanvullende opzeggingsvergoeding van 6.271,04 €, te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf de datum der eisbaarheid en de gerechtelijke intresten,

Vernietigt het vonnis van de eerste rechter in zoverre het aan de heer VD een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht toekent,

Bevestigt het vonnis van de eerste rechter in verband met de afgifte van de juiste sociale documenten,

Wijst het meergevorderde af,

Veroordeelt de V.Z.W. KBVB tot betaling van de gerechtskosten van beide aanleggen:

In hoofde de V.Z.W. KBVB :

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg : 214,18 €

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep : 2.000 € (basisbedrag begroot ter zitting)

In hoofde van geïntimeerde :

Dagvaardingskosten : 106,85 €

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg : 205,26 €

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep : 2.000 € (basisbedrag begroot ter zitting)

Aldus gewezen en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3de Kamer van het Arbeidshof te Brussel op 11 april 2008, waar aanwezig waren:

De Heer L. LENAERTS, Raadsheer,

De Heer E. VAN LAER, Raadsheer in sociale zaken als werkgever,

De Heer E. VAN DER SMISSEN, Raadsheer in sociale zaken als werknemerbediende,

Mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.

I. HERREGODTS	L. LENAERTS,
E. VAN LAER.	E. VAN DER SMISSEN.