

Rep.Nr.

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 17 NOVEMBER 2009.

3DE KAMER

Bediendecontract
Op tegenspraak
Definitief

In de zaak:

MC I. J., wonende te X, doch woonst
kiezende ten kantore van Mr C.
DELPORTE, Y.

Appellant, vertegenwoordigd door Mr.
C. DELPORTE, advocaat te Brussel.

Tegen:

N.V. E., met maatschappelijke zetel
gevestigd te Z.

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door
Mr C. ENGELS, advocaat te Brussel.

★

★

★

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer
bepaald :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het vonnis gewezen op tegenspraak door de Arbeidsrechtbank van Brussel op 11 februari 2008;
- het verzoekschrift in hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 14 maart 2008;
- de besluiten en aanvullende besluiten van de geïntimeerde partij d.d. 7 juli 2008 en 8 oktober 2008;
- de besluiten van de appellante partij d.d. 8 september 2008;

Gelet op de door partijen neergelegde stukken.

Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter buitengewone openbare terechtzitting van 29 juni 2009 waarna de debatten gesloten werden en de zaak werd overgemaakt aan het Openbaar Ministerie voor schriftelijk advies.

Gelet op het schriftelijk advies van mevrouw B. STROOBANT, 1^{ste} Substituut bij het Arbeidsauditoraat gedelegeerd bij het Auditoraat-Generaal ontvangen ter griffie op 9 september 2009.

Gelet op de replieken van beide partijen ontvangen ter griffie op 6 oktober 2009, waarna de zaak van rechtswege in beraad werd genomen.

★

★

★

RELEVANTE FEITEN EN RECHTSPLEGING

De heer Mc I., geboren op XX-XX-XXXX werd door E. (afgekort E. vanaf 12-10-2004 aangeworven met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur van 28-9-2004 om er als piloot de functie van "Captain B757" uit te oefenen, ook genoemd "Pilot in Command" hetgeen boordcommandant betekent.
De preambule van de arbeidsovereenkomst vermeldde :

De werkgever maakt deel uit van de D.-groep en staat in voor het D.-luchtvervoer voor Europa en Afrika. De werknemer erkent een goede kennis te hebben van het Engels.

De werkgever heeft de werknemer omwille van zijn bijzondere opleiding als piloot aangeworven onder de volgende voorwaarden : ...

Art 3 van de arbeidsovereenkomst vermeldde dat het werk hoofdzakelijk bestond uit nachtvluchten over Europees en Afrikaans territoriaal gebied. Het betrof een totaal van ongeveer 53 bestemmingen.

Het werkschema was zo geregeld dat er per periode van twee weken 8 vluchten of "stand by" dagen waren (on) en 6 vrije dagen (off) die zoveel mogelijk in blok zouden geprogrammeerd worden in overeenstemming met de operationele verplichtingen en de geldende wettelijke bepalingen.

Tijdens de "stand by" dagen diende de heer Mc I. ter beschikking te staan omdat hij op die dagen onverwachts kon worden opgeroepen en ingeschakeld in een bepaalde vlucht. Er kon op voorhand niet worden bepaald of er een vlucht zou zijn en evenmin wat daarvan de bestemming of de vluchtroute was.

Met een aangetekende brief van 25-4-2006 werd de heer Mc I. ontslagen met een opzegtermijn gelijk aan 3 maanden ingaand op 1-5-2006. De ontslagbrief was als volgt gemotiveerd:

"Geachte Heer,

Wij verwijzen naar ons gesprek aangaande de operationele onmogelijkheid om het inschakelen van Captains en First Officers die de leeftijd van 60 jaar bereikt hebben omwille van o.a. het Frans vliegverbod dat is ingesteld en dat het verbiedt voor een piloot die de leeftijd van 60 jaar heeft bereikt om over Frankrijk te vliegen.

Aan uw arbeidsovereenkomst kan onmogelijk verder een normale uitoefening worden gegeven. Wij zullen hierbij de opzeggingstermijnen zoals voorzien in art 83§1 van de Wet op de Arbeidsovereenkomsten in acht nemen. Conform deze wettelijke bepalingen zullen wij een opzeggingstermijn van 3 maanden respecteren, ingaande op 1 mei 2006.

Dde heer Mc I. was op dat ogenblik 61,5 jaar oud. Samen met de heer Mc I. werden ook andere piloten ontslagen die de leeftijd van 60 jaar hadden bereikt.

Met een aangetekende brief van 16-5-2006 protesteerde de heer Mc I. via zijn raadsman daar hij zich het slachtoffer achtte van een directe discriminatie op grond van zijn leeftijd.

Hij voerde daarbij volgende argumenten aan:

- hij had reeds in januari van het vorige jaar de leeftijd van 60 jaar bereikt en sindsdien was er kennelijk geen probleem geweest om hem op andere routes in te schakelen

Ondanks het bestaande verbod was hij toch soms over Frankrijk gevlogen.

- de International Civil Aviation Organisation had op 10-3-2006 een amendement goedgekeurd m.b.t. de Convention of Civil Aviation met betrekking tot bijlage I van het Verdrag van Chicago die op 23-11-2006 in werking zou treden, kort nadat de opzegtermijn zou verstrijken, hetgeen op 31-10 het geval zou zijn.

Aangezien Frankrijk en Portugal die Conventie ondertekend hadden zouden zij niet meer kunnen verbieden dat boordcommandanten ouder dan 60 jaar over hun luchtruim zouden vliegen.

Gelet op de nakende inwerkingtreding van die wijziging verbaasde hij zich erover dat E. plots voor de resterende termijn geen andere vluchtroutes zou kunnen regelen, terwijl zij dit reeds gedurende een jaar had gedaan.

- Indien het gelet op de reglementering onmogelijk was hem in dienst te houden, verbaasde hij zich erover dat hij toch nog zijn opzeggingstermijn moest presteren.

Aan verschillende piloten stelde de vennootschap nadien een addendum voor waarin was voorzien dat de opzeggingstermijn zou worden verlengd tot 31-12-2006 en dat indien de Franse reglementering zou aangepast zijn tegen die tijd de opzeggingstermijn ongedaan zou worden gemaakt.

De heer Mc I. werd daartoe uitgenodigd voor een onderhoud op 20-6-2006. Bij die gelegenheid zou erop zijn aangedrongen dat hij de bijlage tegen uiterlijk 21-6 om 16u zou ondertekenen, onder dreiging met maatregelen.

Zijn raadsman protesteerde bij brief van 23-6 wegens de ongeoorloofde druk die op de heer Mc I. zou zijn uitgeoefend en stelde dat hij na bespreking van het

voorstel met de heer Mc I. diens antwoord zou meedelen.

Bij brief van 28-6-2006 deelde hij de vennootschap mee dat de heer Mc I. niet op het voorstel wenste in te gaan daar hij zijn vertrouwen was verloren.

Bij brief van 13-7-2006 bracht E. haar officieel standpunt ter kennis van de raadsman van de heer Mc I. waarin zij meedeelde dat de bestaande reglementering het haar onmogelijk maakte de piloten hun contractueel overeengekomen werk te laten uitvoeren zodat er sprake was van overmacht. Zij betwistte dat er sprake was van discriminatie.

In de daarop volgende briefwisseling bleven partijen bij hun standpunt.

Eind 2006, nadat E. het officieel standpunt vanwege de Franse autoriteiten had ontvangen werd daaromtrent verdere bespreking gevoerd in de ondernemingsraad van 4-12-2006.

E. oordeelde dat de contractuele onmogelijkheid voor de heer Mc I. om zijn arbeidsovereenkomst uit te voeren daardoor was weggevallen en bood de heer Mc I. bij aangetekende brief van 21-12-2006 aan om opnieuw als Captain te vliegen voor E..

De raadsman van de heer Mc I. antwoordde met een brief van 24-1-2007 dat de heer Mc I. na rijp beraad weigerde om op het voorstel in te gaan.

Met dagvaarding betekend op 3-8-2006 spande de heer Mc I. een geding aan voor de arbeidsrechtbank. Hij vorderde dat de NV E. zou veroordeeld worden tot betaling van -471.714,12 euro provisioneel als schadevergoeding wegens schending van de discriminatiewet van 25-2-2003, de compensatoire intresten op dat bedrag en de gerechtelijke intresten. Met het bestreden vonnis, verklaarde de arbeidsrechtbank, op eensluidend advies van het Openbaar Ministerie, de vordering ontvankelijk doch ongegrond.

Zij hield de beslissing over de kosten aan en heropende de debatten om partijen toe te laten stelling te nemen i.v.m. de wet van 21-4-2007 over de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten

verbonden aan de bijstand van een advocaat die intussen in werking was getreden.

De arbeidsrechtbank was van oordeel dat op het ogenblik van het ontslag van de heer Mc I., het hem niet toegelaten was over het luchtruim van Frankrijk te vliegen, te landen of op te stijgen. Zij stelde vast dat Frankrijk strafrechtelijke sancties voorziet voor luchtvaartmaatschappijen die piloten laten vliegen in overtreding met die wettelijke bepalingen en dat het op dat ogenblik ook in Italië voor de heer Mc I. wettelijk verboden was om er te landen en/of op te stijgen. Zij besloot daaruit dat de Luchtvaartwetgeving door invoering van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste m.b.t. de leeftijd, een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond vormde en dat er geen sprake was van een ongeoorloofde discriminatie. Zij oordeelde dat de heer Mc I. in gebreke was gebleven aan te geven waarin de discriminatie bestond en evenmin aangaf met wie hij zich kon vergelijken en waaruit zou blijken dat piloten ouder dan 60 jaar toch mogen vliegen in het raam van de bestaande nationale en internationale luchtvaartwetgeving.

★

★

★

VORDERINGEN IN HOGER BEROEP

De heer Mc I. kan zich niet neerleggen bij de uitspraak van de arbeidsrechtbank. Hij vordert dat het hof deze zou vernietigen, en de NV E. zou veroordelen tot betaling van - een provisioneel bedrag 471.714,12 euro als schadevergoeding en de vergoedende intresten daarop vanaf hun opeisbaarheid en de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding - de kosten van beide aanleggen. In het geval het hof het bestreden vonnis zou bevestigen verzoekt hij dat de rechtsplegingsvergoeding in ieder geval zou beperkt worden tot het minimum.

De NV E. verzoekt het hof de vorderingen van de heer Mc I. ongegrond te verklaren en hem te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen.

★

★

★

BEOORDELING**I. ONTVANKELIJKHEID**

Het hoger beroep is regelmatig naar vorm en werd ingesteld binnen de wettelijke termijn. Aan de overige ontvankelijkheidsvereisten is eveneens voldaan. Het hoger beroep is derhalve ontvankelijk.

★

★

★

II TEN GRONDE**Stellingen van partijen**

De heer Mc I. houdt staande dat de ontslag-maatregel een schending uitmaakt van de discriminatiewet van 25-2-2003 die destijds van toepassing was daar de vennootschap een niet toegelaten leeftijdscriterium heeft gehanteerd.

Hij wijst erop dat de bewijslast op de vennootschap rust nu de bewijslast door die wet wordt omgekeerd indien het slachtoffer feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie doen vermoeden.

Hij benadrukt dat zowel in het raam van die wet als in de Europese reglementering (Kaderrichtlijn 2000/78/EG) een verschil in behandeling op het gebied van arbeidsbetrekkingen slechts kan worden gerechtvaardigd indien het op redelijke en objectieve gronden berust. Dit is het geval indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

Er is volgens hem sprake van een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden waarin enkel wezenlijke

en bepalende beroepsvereisten als rechtvaardigingsgrond kunnen gelden.

Betreft het een open systeem dan is er volgens hem geen legitiem doel en zijn de middelen alleszins niet evenredig om dit doel te bereiken en bovendien niet noodzakelijk.

Volgens hem toont de vennootschap de afwezigheid van een ongeoorloofde discriminatie niet aan.

De door haar ingeroepen Conventie van Chicago, maakt volgens hem geen overmacht uit.

Bovendien werd dit verdrag op 10-3-2006 aangepast waardoor het voor piloten ouder dan 60 jaar mogelijk is om als boordcommandant werkzaam te blijven indien er een copiloot meevliegt die jonger is dan 60 jaar. Die bepaling zou op 23-11-2006 in werking treden. Bovendien werd in Frankrijk een gedoogbeleid toegepast.

De nota waarop de vennootschap zich baseert om aan te tonen dat er sprake zou zijn van een verstraking, dateerde reeds van 10 maanden voordien. Frankrijk had aangekondigd dat het gelet op de versoepeling van de nieuwe bepalingen akkoord was piloten ouder dan 60 met een buitenlandse licentie te laten vliegen over zijn territorium, er te landen en en op te stijgen en ook Italië had aangekondigd zijn internationale verplichtingen t.a.v. ander lidstaten te zullen nakomen, zo stelt hij.

De vennootschap kan niet volhouden dat piloten ouder dan 60 minder inzetbaar zijn, nu blijkt dat verschillende onder hen meer dan het normaal aantal vluchten vlogen.

Hij meent dat de arbeidsrechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de wetgever een open rechtvaardigingssysteem heeft voorzien.

Wat de schadevergoeding betreft, meent hij dat deze minstens 6 maanden loon dient te bedragen. Hij inspireerde zich hiervoor op de nieuwe discriminatiewet van 10-5-2007 waarin bij discriminatie in arbeidsbetrekkingen een schadevergoeding voor materiele en morele schade op 6 maanden wordt bepaald.

De NV E. komt met volgende argumenten:

Op basis van de Franse en Italiaanse luchtvaartreglementering verkeerde de heer Mc I. in de onmogelijkheid om zijn arbeidsovereenkomst op de contractueel overeengekomen wijze uit te voeren. De

vennootschap werd dus geconfronteerd met een overmachtssituatie. Deze dient beoordeeld te worden op het ogenblik van het ontslag.

Desondanks heeft zij getracht een constructieve oplossing te vinden voor beide partijen hetgeen echter onmogelijk bleek door operationele onoverkomelijkheden.

De vennootschap heeft daarna de arbeidsovereenkomst met de heer Mc I. opgezegd in overeenstemming met de wettelijke en contractuele bepalingen terzake.

Zij stelt steeds al haar verplichtingen te zijn nagekomen. De bewering dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan leeftijdsdiscriminatie is ongegrond gelet op de feiten, zoals de arbeidsrechtbank op eensluidend advies van het Openbaar Ministerie heeft beslist.

Voor zover het discriminatievraagstuk al aan de orde zou zijn, wat volgens haar niet het geval is, dan meent zij in ieder geval dat de discriminatiewet van 2003 een open rechtvaardigingssysteem inhoudt. Zij meent afdoende aan te tonen dat er voor de getroffen maatregel een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond.

De vordering tot schadevergoeding dient volgens haar in ieder geval te worden afgewezen aangezien de heer Mc I. het bewijs niet levert dat hij enige schade zou hebben geleden. Zij wijst erop dat hem een voorstel tot wederindiensttreding werd gedaan, op het ogenblik dat Frankrijk zijn standpunt gewijzigd had en dat de heer Mc I. daar niet is willen op ingaan.

Zij wijst in ieder geval de toepassing van de discriminatiewet van 2007 af aangezien de feiten daaraan vooraf gaan.

BEOORDELING DOOR HET HOF

In de opzegbrief van de heer Mc I. en van de andere piloten wordt duidelijk aangegeven dat zij werden ontslagen omdat zij de leeftijd van 60 jaar hadden overschreden. Het ontslag houdt dus wel degelijk verband met het criterium leeftijd en zou daarom in aanvaring kunnen komen met het verbod op discriminatie.

I OVERMACHTSSITUATIE

Luchtvaartreglementering

Volgens E. was het wettelijk kader zoals dat op het ogenblik van het ontslag bestond in Frankrijk en Italië die op de vliegroute lagen van een groot aantal vluchten de aanleiding tot het ontslag van de piloten die ouder waren dan 60 jaar.

E. meent dat zij op basis van de Franse en Italiaanse luchtvaartreglementering geconfronteerd werd met een overmachtssituatie daar die reglementering eraan in de weg stond dat de heer Mc I. en de ander piloten ouder dan 60 jaar, zijn arbeidsovereenkomst op de contractueel overeengekomen wijze zou uitvoeren.

Deze stelling dient eerst onderzocht te worden. Overmacht is een vreemde oorzaak waardoor de uitvoering van een verbintenis onmogelijk wordt gemaakt zonder dat partijen schuld treft.

Het hof merkt hierbij reeds op dat de vennootschap die voorhoudt dat er sprake was van overmacht de overeenkomst heeft opgezegd met een te presteren opzegtermijn en in de opzegbrief enkel verwezen heeft naar de Franse wetgeving.

E. geeft volgend overzicht van de luchtvaartreglementering.

Op internationaal vlak verwijst zij naar de bepaling 2.1.101 van het Verdrag van Chicago (Convention on International Civil Aviation) zoals van toepassing op het ogenblik van het ontslag dat zij als de sleutelbepaling beschouwt. Daarin wordt bepaald:

“Een contracterende Staat die pilotenlicenties heeft uitgegeven, zal de begunstigde van deze licentie niet toelaten, eens hij 60 jaar is geworden, om de functie van commandant te vervullen aan boord van een vliegtuig dat normale internationale burgerluchtvaart verzekert of een bijzondere internationale burgerluchtvaartvlucht verzekert tegen betaling of op basis van een verhuurovereenkomst”.

E. wijst erop dat deze bepaling een leeftijdsgrens stelt van 60 jaar boven dewelke een lidstaat die een

pilotenlicentie uitgegeven heeft, de betrokken piloot niet meer mag toelaten de functie van commandant te vervullen.

Het hof merkt op dat die bepaling E. kennelijk niet heeft verhinderd piloten van ouder dan 60 jaar tewerk te stellen, aangezien de heer Mc I. en andere piloten geruime tijd na het bereiken van de leeftijd van 60 jaar op een normale wijze hun arbeidsovereenkomst hebben uitgevoerd.

In de schoot van de International Civil Aviation Organisation (ICAO) werd op 10-3-2006 een amendement goedgekeurd tot wijziging van die bepaling.

De geamendeerde tekst die op 10-3-2006 werd aangenomen, is van kracht geworden vanaf 23-11-2006, hetzij 7 maanden na de opzegging en luidt als volgt: "2.1.10.1

"Een contracterende Staat die pilotenlicenties heeft uitgegeven, zal de begunstigde van deze licentie niet toelaten om op te treden als commandant aan boord van een vliegtuig dat ingezet wordt bij internationale burgerluchtvaart, eens hij 60 jaar is geworden, of ingeval van luchtvaart met meer dan één piloot waarbij de andere piloot jonger is dan 60 jaar, zijn 65^e verjaardag."

De leeftijdsgrens is voor een boordcommandant dus opgetrokken van 60 tot 65 jaar, op voorwaarde dat er een tweede piloot aanwezig is die jonger is dan 60jaar. Het betreft een versoepeling t.o.v. de voorheen geldende tekst.

E. legt uit dat die bepaling een internationale norm is waarvoor als principe geldt dat elke contracterende staat gebonden is door de inhoud ervan. Het Verdrag van Chicago voorziet echter in een afwijkingsmogelijkheid.

Overeenkomstig art 38 van het verdrag, kan een contracterende Staat afwijken van de ICAO-norm indien hij het onuitvoerbaar acht zijn luchtvaart-reglementering in overeenstemming te brengen met de ICAO-norm. Hij dient dit ter kennis te brengen van de ICAO en deze te informeren over de verschillen tussen de nationale wetgevingen en de internationale norm.

E. stipt hierbij aan dat een contracterende Staat zowel een strengere als een minder strenge nationale regeling kan aannemen.

Het blijkt derhalve niet om een dwingende internationale norm te gaan doch slechts om een aanbeveling.

Op het ogenblik van het ontslag dat in aanmerking moet worden genomen voor het eventueel bestaan van overmacht, was de geamendeerde tekst van art 2.1.10.1 nog niet in werking getreden.

E. stelt dat Italië en Frankrijk die voor 23-11-2006, de enige landen waren die de ICAO-aanbeveling volgden, bovendien hadden laten blijken dat zij hun reglementering niet in overeenstemming zouden brengen met de gewijzigde internationale bepalingen.

Situatie in Frankrijk op het ogenblik van het ontslag

Frankrijk had het art 2.1.10,1 bijlage I van het Chicagoverdrag geïncorporeerd in zijn eigen luchtvaartreglementering.

Art L-421.9 van het Franse Wetboek van Burgerluchtvaart bepaalde dat het vliegend personeel van de burgerluchtvaart van sectie A voorzien in art L 421-3 geen enkele activiteit in hoedanigheid van piloot of co-piloot in de publieke luchtvaart mag uitoefenen na de leeftijd van 60 jaar.

Art D 131-5 van het Frans Wetboek Burgerluchtvaart, stelde dat die wetgeving toepasselijk was op elk vliegtuig dat over het grondgebied van Frankrijk vloog of er landde en derhalve ook op piloten aan boord van vliegtuigen die toe behoorden aan buitenlandse luchtvaartmaatschappijen.

E. benadrukt dat het voor haar piloten van ouder dan 60 jaar bijgevolg verboden was over Frankrijk te vliegen of er te landen. Het hof merkt op dat dit E. kennelijk nooit gehinderd heeft bij de tewerkstelling van haar oudere piloten.

Na de amendering van de oorspronkelijke ICAO-norm, paste Frankrijk zijn wetgeving niet aan. Dit wordt bevestigd in het bericht van de Franse luchtvaartautoriteiten van 12-2-2007, die E. voorlegt, doch daaraan wordt toegevoegd dat Frankrijk vanaf 23-11-2006 geen sanctie meer mocht opleggen aan piloten ouder dan 60 jaar maar jonger dan 65 jaar die het Frans grondgebied zouden overvliegen of er zouden landen daar zij anders art 33 van het Verdrag van Chicago zouden overtreden.

Vanaf 23-11-2006 bestond er voor piloten met een vreemde licentie tussen 60 en 65 jaar derhalve geen beletsel meer om het Frans grondgebied te overvliegen of er te landen.

E. heeft dit beaamd en heeft overigens om die reden aan sommige piloten ouder dan 60, waaronder de heer Mc I. aangeboden om opnieuw voor haar te werken.

Situatie in Italië

In Italië was de kwestie geregeld in het DPR van 18-11-1988 nr. 566 waarin een minimum- en een maximumleeftijd voor piloten wordt opgenomen. Art 9 daarvan stelde als algemene regel dat er professionele activiteit op basis van pilotenlicenties kon uitgevoerd worden tot 65 jaar doch die limiet was beperkt tot de leeftijd van 60 jaar indien er zich slechts één piloot aan boord bevond. De activiteiten van luchtvaarttransport tot 65 jaar was dus toegelaten wanneer meer dan één piloot aanwezig was.

Die reglementering werd verder uitgewerkt door de Italiaanse luchtvaartautoriteiten ENAC in de technische reglementering op het vlak van uitreiking en hernieuwing van pilotenlicenties wordt in art 3 voorzien dat professionele activiteiten toegelaten door vlieglicenties kunnen uitgevoerd worden tot de leeftijd van 65 jaar. Voor houders van vliegtuiglicenties m.b.t. luchtvaart en niet-luchtvaart transport, wordt de maximum leeftijd vastgesteld op 60 jaar.

Die regel geldt niet voor licentiehouders van buitenlandse luchtvaartmaatschappijen die over het grondgebied van Italië vliegen, doch die maximumleeftijd zou wel gelden voor vluchten die landen en/of opstijgen op Italiaans grondgebied.

E. haalt een arrest aan van het Italiaans Hof van Cassatie van 15-2-2005, waarin zou geoordeeld zijn dat zowel de commandant als de co-piloot jonger moesten zijn dan 60 jaar, in welk geval er een derde piloot kon meevliegen die ouder was. Zij legt dit arrest niet voor zodat niet kan worden nagegaan wat de draagwijdte ervan is.

De wettekst zelf waarnaar zij verwijst lijkt in ieder geval wel toe te staan dat een piloot van

ouder dan 60 jaar actief is indien een andere piloot aanwezig is.

Na het tot stand komen van de geamendeerde ICAO-norm, deelde Italië mee dat het restrictiever zou zijn dan de nieuwe norm en gedurende twee jaar een overgangperiode zou inlassen. Tijdens die overgangperiode zou de maximumleeftijd voor piloten worden opgetrokken tot de leeftijd van 62 jaar. Pas na een evaluatie van de medische gegevens en van alle andere relevante elementen zou overwogen worden de maximum leeftijd op te trekken tot 65 jaar.

E. wijst erop dat zij zich bloot stelde aan strafsancties indien zij de bepalingen die in Frankrijk golden overtrad.

Art L 150-1 van het Frans Wetboek van Burgerluchtvaart voorziet immers strafsancties voor een luchtvaartmaatschappij die haar piloten laat vliegen in overtreding met de toepasselijke wettelijke bepalingen.

De sanctie bestond erin dat zowel de eigenaar van het vliegtuig of de commerciële of technische operator van het vliegtuig kon veroordeeld worden tot een boete van 75.000 euro of tot een gevangenisstraf van maximum één jaar.

Bovendien blijkt uit de administratieve memo van de DGAC nr. 21/00 (van 17/8) dat er daadwerkelijk controles werden gehouden en dat indien een overtreding werd vastgesteld van de geldende regel, het vliegtuig aan de grond zou worden gehouden in afwachting van een wijziging van de boordcommandant.

E. liep inderdaad risico op belangrijke burgerlijke en strafsancties bij overtreding van de regel.

In Italië kon de luchtvaartmaatschappij niet zelf rechtstreeks gesanctioneerd worden door de Italiaanse autoriteiten doch deze kon wel de overtreding meedelen aan de bevoegde nationale autoriteiten en een sanctie voorstellen.

De vlieglicentie van de piloot die de leeftijds-grens niet naleefde kon worden geschorst overeenkomstig art 80 D.P.R. 18-11-1988 n.566.

E. houdt voor dat zij zich naar aanleiding van effectieve controles naar de naleving van de reglementering door de Franse autoriteiten, hierdoor voor operationele onoverkomelijkheden geplaatst zag die een overmachtssituatie uitmaakte

daar de piloten die ouder waren dan 60 jaar hun arbeidsovereenkomst niet op de overeengekomen wijze konden uitvoeren zonder dat zij zich blootstelden aan belangrijke strafrechtelijke en burgerrechtelijke sancties en zouden er tevens verzekerings-technische discussies kunnen ontstaan bij eventuele ongevallen met negatieve publiciteit en negatieve commerciële en economische impact tot gevolg.

Zij toont aan dat inderdaad een vlucht van een andere luchtvaartmaatschappij naar Parijs op 29-4-2006 , derhalve nadat het amendement op de ICAO norm was aangenomen, niet verder kon worden gezet omdat de boordcommandant ouder was dan 60 jaar. Pas door die controles zou E. zich ten volle bewust zijn geworden van de problematiek en diende zij ingevolge de operationele onoverkomelijkheden de overmacht vast te stellen, zo stelt zij.

Krachtens art 32,5° van de wet van 3-7-1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (WAO) is overmacht een van de beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst. Indien het om overmacht gaat die slechts tijdelijk is, schorst zij enkel de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zoals bepaald in art 26, 1 WAO.

Een overmachtssituatie wordt hierdoor gekenmerkt dat zij te wijten is aan een vreemde oorzaak, waaraan de schuldenaar van een verbintenis geen schuld heeft, die niet voorzienbaar was en die onoverkomelijk is. In voorliggend geval zou de overmachtssituatie bestaan ingevolge verbodsbepalingen uitgaande van buitenlandse overheden (de zogenaamde "fait du prince"). De vraag is of hierdoor de juridische onmogelijkheid bestond om de verbintenis om arbeid te verschaffen nog verder uit te voeren, hetgeen een voorwaarde is voor bevrijding van de schuldenaar (Cass. 13-5-1996, JTT 97, p 50).

Dat er inderdaad dergelijke verbodsbepalingen bestonden die E. en de piloten blootstelden aan strafrechtelijke en burgerrechtelijke sancties bij overtreding ervan, acht het hof aangetoond. Dat deze invloed hadden op een groot deel van de uitgeoefende vluchten, acht het hof aannemelijk, gelet op het feit dat de vluchtroutes naar Afrika voor een groot deel over Frans grondgebied lagen.

De situatie waarvan E. gewag maakt bestond echter reeds bij de aanwerving van de heer Mc I. en andere

oudere piloten en kon haar derhalve niet onbekend zijn op het ogenblik dat de contract-voorwaarden werden bepaald. Als nieuw element roept zij in dat er daadwerkelijke controles werden uitgeoefend op de naleving van die bepalingen. Dergelijke controles waren echter perfect voorzienbaar op het ogenblik van de contract-sluiting. Indien er verbodsbepalingen bestaan waarop sancties worden geheven kan de naleving ervan ten allen tijde worden gecontroleerd.

Bovendien was er een versoepeling van die normen te verwachten, gelet op de geamendeerde bepaling van het Verdrag van Chicago die op 10-3-2006 was aangenomen en die E. bijgevolg bekend was op het ogenblik van de opzegging. Dit amendement zou minstens voor gevolg hebben dat aan vliegmaatschappijen en piloten met een vreemde vlieglicentie geen sancties meer konden worden opgelegd zonder de internationaalrechtelijke norm te overtreden. E. heeft dit wel degelijk correct ingeschat daar zij eind 2006 aan sommige piloten ouder dan 60 jaar, waaronder de heer Mc I. heeft aangeboden om opnieuw voor haar te werken.

De door E. geschetste situatie kan bezwaarlijk als overmacht gelden, en gelet op de versoepeling al helemaal niet als definitieve overmacht, nu de wettelijke regelingen waarop zij zich beroept reeds bestonden bij het afsluiten van de overeenkomst en zij bovendien niet aantoonde dat het haar onmogelijk was geworden de arbeidsovereenkomsten van de oudere piloten nog verder te laten uitvoeren. Er is geen sprake van overmacht wanneer de uitvoering van de overeenkomst enkel moeilijker maar niet onmogelijk wordt gemaakt (Cass.14-4-1994, RW 1994-1995, p 435). Het feit dat zij hun een opzegtermijn gaf die zij ook effectief liet presteren wijst reeds op de onhoudbaarheid van haar stelling.

Verder merkt het hof op dat de arbeidsovereenkomst betrekking had op vluchten in Europa en Afrika en niet op welbepaalde vluchten. Aangenomen dat gelet op de verstrakking van het Franse beleid, vluchten naar Afrika, die over Frans grondgebied vlogen niet meer mogelijk waren, dan konden de piloten in ieder geval nog worden ingezet op andere vluchten. Volgens de inlichtingen die partijen verstrekken, waren zij nog minstens op 20 van de 53 vluchtroutes inzetbaar hetgeen niet als onoverkomelijk kan worden beschouwd, nu men mag aannemen dat E. overwegend piloten in dienst heeft die jonger zijn dan 60 jaar

en zij in ieder geval het tegendeel niet aantoonst, noch beweert.

De overweging dat het inzetten van de oudere piloten enkel op de noordelijke vluchten tot onevenwichten zou leiden en de jongere piloten zou benadelen, gelet op de hogere dagvergoedingen heeft E. enkel aan zichzelf te wijten -zij heeft immers gecontracteerd met voorkennis van de situatie - doch lijkt bovendien een vals probleem, de hogere dagvergoedingen en dus kostenvergoedingen, die in noordelijke landen worden betaald hebben wellicht alles te maken met de hogere levensduurte aldaar en zijn geen loon. Nu E. de situatie op het ogenblik van de contractsluiting perfect kende, moest zij er reeds van uitgaan de inzetbaarheid van de piloten in ieder geval beperkt was. Op grond van het principe van de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw, kan zij bezwaarlijk stellen dat de oudere piloten op alle 53 vluchten inzetbaar moeten zijn.

De heer Mc I. maakt bovendien aannemelijk dat de aanpassing van de vluchtroutes inderdaad mogelijk was, nu sommige van de oudere piloten in de gewijzigde omstandigheden meer dan het gemiddeld aantal vluchten vlogen en E. er bovendien in slaagde om tijdens de opzegtermijnen een regeling uit te werken.

Er was derhalve voorkennis van het probleem bij aanwerving en geen onmogelijkheid om de arbeids-overeenkomst verder uit te voeren, gelet op de mogelijkheid tot aanpassing van de vluchtroutes. Het hof acht in die omstandigheden geen overmacht bewezen.

E. heeft kennelijk terecht ingeschat dat haar theorie van de overmacht geen stand zou houden aangezien zij de piloten heeft opgezegd mits een te presteren opzeggingstermijn.

Aan een aantal van hen heeft zij bovendien een overeenkomst voorgelegd met als voorstel de opzegtermijn te verlengen tot na de inwerkingtreding van de wijziging van het Verdrag van Chicago waarna - in voorkomend geval - op de opzegging zou worden teruggekomen en de arbeidsovereenkomst zou worden verdergezet.

Ten slotte heeft zij na de inwerkingtreding van het amendement van de ICAO norm, aan sommige piloten ouder dan 60 jaar, waaronder de heer Mc I., aangeboden om verder voor haar te werken.

II. DISCRIMINATIE

Tijdens de periode waarop het geschil betrekking heeft was de discriminatiewet van 25-2-2003 van toepassing, die de omzetting van de richtlijn 2000/43 van 29-6-2000 en 2000/78 van 27-11-2000 in het Belgisch recht beoogde.

Die wet is derhalve het uitgangspunt voor de beoordeling van het geschil en dient geïnterpreteerd te worden in het licht van de Europese kaderrichtlijn (Kaderrichtlijn 2000/78/EG).

Ook de rechter is er immers toe gehouden te zorgen voor een correcte implementatie van de richtlijn, zodat een richtlijnconforme interpretatie moet worden toegepast.

De wet van 25-2-2003 somde een aantal limitatieve discriminatiegronden op, waaronder de leeftijd.

Art 2§1 van die wet bepaalde:

"Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, rechtstreeks gebaseerd is op het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysische eigenschap."

Overeenkomstig art 2§2 wordt elke vorm van indirecte discriminatie verboden namelijk wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op de personen op wie een van de genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepalingen, maatstaf of handelswijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd.

Art 2 §4 bepaalt:

Elke vorm van directe of indirecte discriminatie is verboden bij:

- de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, tot onbetaalde arbeid of als zelfstandige, met inbegrip van de selectie en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met

inbegrip van de bevorderingskansen, alsook de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en bezoldiging zowel in de privésector als in de overheidssector.”..

Art 2§5

Op het gebied van de arbeidsbetrekkingen zoals gedefinieerd in het tweede en het derde streepje §4, berust een verschil in behandeling op een objectieve en redelijke rechtvaardiging indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van een beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan het doel is.

Art 19§3 van de wet voorzag in een omkering van de bewijslast.

Zodra het slachtoffer van discriminatie feiten aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie doen vermoeden valt de bewijslast dat er geen discriminatie is ten laste van de verweerder.

Bij arrest van het Grondwettelijk Hof van 6-10-2004, werd de in art 2§1 opgenomen discriminatiegronden vernietigd omdat bepaalde gronden als politieke overtuiging en taal er niet in waren opgenomen. Dit had als gevolg dat er een open systeem voor in de plaats kwam waardoor elk verschil in behandeling op welke grond ook werd gevisieerd.

Richtlijn 2000/78/CE van de Raad van 27-11-2000, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. (PB L 303 p16) onderlijnt in de preambule dat het verbod van discriminatie gegrond op de leeftijd een essentieel element is om het doel te bereiken dat oudere werknemers zouden kunnen blijven deelnemen aan het professioneel leven.

De 25^e overweging van de considerans van die richtlijn bepaalt:

Het verbod op discriminatie op grond van leeftijd vormt een fundamenteel element om in de werkgelegenheidsrichtsnoeren gestelde doelen te bereiken en de diversiteit bij de arbeid te bevorderen; niettemin kunnen verschillen in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn en derhalve specifieke bepalingen nodig maken die naargelang de situatie in de lidstaten kunnen verschillen; het is derhalve van essentieel belang

onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding en discriminatie die moet verboden worden.

Art 2 van de richtlijn stelt het verbod aan directe of indirecte discriminatie op grond van leeftijd voorop.

Daarin wordt "het begrip discriminatie" als volgt bepaald:

"1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in art. 1 genoemde gronden;

Voor de toepassing van lid 1 is er:

- a) directe discriminatie wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in art 1 genoemde gronden;
- b) indirecte discriminatie: wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,
 - i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn

.....

Art 3 lid 2 van de richtlijn met als titel "werkingssfeer" bepaalt:

Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot.

...

C)werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden met inbegrip van ontslag en beloning

Art 6 bevat een bijzondere uitzonderingsbepaling met betrekking tot een verschil in behandeling op grond van leeftijd.

Art 6, 1 van de Richtlijn met als titel "Rechtvaardiging" van verschillen in behandeling op grond van leeftijd bepaalt:

....

"Niettegenstaande art 2 lid 2 kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

....

De heer Mc I. betwist de zienswijze van de arbeidsrechtbank dat de Belgische wetgeving een open rechtvaardigingssysteem heeft voorzien vermits de objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond van toepassing is in de arbeidsbetrekkingen, ook buiten het geval van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten en meent dat het om een gesloten systeem gaat waarin de rechtvaardigingsgrond is beperkt tot de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Hij steunt zich hiervoor op art 2§5 van de wet waarin geopteerd werd voor een restrictievere aanpak.

E. meent dat de discriminatiewet van 25-2-2003 in een open systeem van rechtvaardigingsgronden voorziet.

Er is sprake van een open systeem van uitzonderingsgronden indien er een rechtvaardigingsmogelijkheid bestaat zodra daarvoor enige objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden aangevoerd.

Er is sprake van een gesloten systeem van uitzonderingsgronden wanneer een onderscheid enkel kan worden gerechtvaardigd op grond van een limitatief aantal nauw omschreven uitzonderingsgronden.

Er bestaan ook tussenvormen.

De discriminatiewet van 2003 opteerde in art 2§1 voor een algemeen en open rechtvaardigingssysteem voor de directe discriminatie, waarbij het volstaat dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het onderscheid kan worden aangevoerd.

Wat de arbeidsverhoudingen betreft, werd uitdrukkelijk een uitzondering voor wezenlijke en bepalende beroepsvereisten ingevoerd om de wet in overeenstemming te brengen met de Richtlijnen (Parl.ST. Kamer 2001-2002, nr 1578/003).

De formulering van die bepaling is overigens niet zeer duidelijk. Aangezien zij op de richtlijn is geïnspireerd, moet zij allicht aldus worden begrepen dat een verschil in behandeling dat berust op kenmerken die verband houden met één van de discriminatiegronden objectief en redelijk gerechtvaardigd is, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepaalde beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig is aan dat doel (C. Bayart, Discriminatie t.o. differentiatie Bib. Sociaal recht Larcier, 2004 p 240).

Overweging 22 van de Kaderrichtlijn stelde "In een zeer beperkt aantal omstandigheden kan een verschil in behandeling gerechtvaardigd zijn wanneer een met godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid verband houdend kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste daaraan evenredig is; in de informatie die de lidstaten aan de Commissie verstrekken moet aangegeven worden welke omstandigheden het betreft."

Volgens de verantwoording die in de Kamer werd gegeven van art 2§5 van de discriminatiewet, kan een verschil in behandeling enkel als objectief en redelijkerwijs gerechtvaardigd worden beschouwd, wanneer het berust op een kenmerk dat een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. Volgens die verantwoording kunnen in de arbeidsverhouding enkel de beroepsvereisten worden aanvaard als objectieve en redelijke rechtvaardiging, hetgeen erop neerkomt dat het open systeem van de wet wordt gesloten voor arbeidsverhoudingen. (C. Bayart, o.c., p 201 nr 533) (Amendement nr 5.van de regering (Parl.St.Kamer 2001-2002, nr 1578/003; Verslag namens de Commissie van Justitie , Parl.St. Kamer 2001-2002, nr 1407/005;10;Verslag namens de Commissie voor Justitie Parl.St;Kamer 2001-2002 nr 1578/008,40; Verslag namens de Commissie voor Justitie, Parl.St;Senaat 2002-2003, nr 2-1258/3,4)

Uit de formulering van die bepaling kan evenwel niet worden opgemaakt dat de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten de enige rechtvaardigingsgrond vormen (C. Bayart, o.c., nr.883 en 534).

Ook heeft de wetgever niet bepaald in welke omstandigheden de regel m.b.t. de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten speelt.

In haar verdediging van een open rechtvaardigings-systeem, wijst E. erop dat de minister tijdens de parlementaire voorbereiding verklaarde dat het niet nodig was om in het wetsontwerp uitdrukkelijk de uitzonderingen op grond van leeftijd op te nemen aangezien deze reeds onder de algemene bepalingen toegelaten zijn. (Parl. St. Senaat 2002-2003, 2-12/22,9-10; eveneens Parl.St.Kamer 2001-2002, 1407/005,14; Parl. St. Kamer 2001-2002, 1578/008, 53-55)

Dit gaat evenwel in tegen andere verklaringen van de minister volgens dewelke enkel de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten een verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen (C. Bayart, o.c., nr 882).

De heer Mc I. merkt hierbij terecht op dat indien het niet de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest m.b.t. de arbeidsbetrekkingen een restrictievere aanpak te laten gelden, het niet nodig was geweest om een aparte paragraaf te wijden aan de mogelijke redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden in geval van onderscheiden behandeling op het gebied van arbeidsbetrekkingen.

Art 6, 1 van de Kaderrichtlijn schept de mogelijkheid tot afwijking van het principieel verbod tot directe en indirecte discriminatie op grond van leeftijd, op voorwaarde dat deze wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen om dit te bereiken passend en noodzakelijk zijn, hetgeen een open rechtvaardigingsgrond uitmaakt. Tevens worden reeds een aantal doelstellingen vermeld die als legitiem worden beschouwd.

De Richtlijn richt zich evenwel tot de lidstaten. Er bestaan uiteenlopende opvattingen over de vraag of de lidstaten eveneens de mogelijkheid hebben om open rechtvaardigingsgronden te bepalen dan wel of zij in hun wetgeving in een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden moeten voorzien.

In de opvatting dat lidstaten een open rechtvaardigingssysteem mogen voorzien zou de individuele werkgever een verschil in behandeling op grond van leeftijd kunnen rechtvaardigen indien hij een legitiem doel aanwijst en de aangewende middelen voor het bereiken ervan passend en noodzakelijk zijn.

De legitieme doelstellingen die in de Richtlijn worden vermeld om een verschil in behandeling op grond van leeftijd te rechtvaardigen, zijn alle doelstellingen die eigen zijn aan publieke overheden en verder wordt als voorwaarde gesteld dat de lidstaat de uitzonderingen die hij bepaalt moet kunnen rechtvaardigen, hetgeen ertoe leidt dat de lidstaat een gesloten rechtvaardigingssysteem moet voorzien (C. Bayart, o.c., nr. 843).

In een arrest van 5-3-2009, heeft het Hof van Justitie eraan herinnerd dat de richtlijn 2000/78 een algemeen kader beoogde te scheppen om voor eenieder gelijke behandeling in arbeid en beroep te waarborgen, door eenieder een effectieve bescherming te bieden tegen discriminatie op een van de in art 1 genoemde gronden, waaronder leeftijd (C. Bayart, o.c., punt. 23; verwijzing naar arrest Palacios de la Villa punt 42; (The Incorporated Trustees of the National Council of Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07)).

In datzelfde arrest overwoog het Hof o.m:

- art 6 lid 1 van de richtlijn 2000/78 niet aldus kan worden uitgelegd dat het de lidstaten verplicht in hun implementatiemaatregelen een specifieke lijst op te nemen van verschillen in behandeling die door een legitiem doel kunnen worden gerechtvaardigd. Overigens blijkt uit de bewoordingen van die bepaling dat de daarin bedoelde legitieme doelstellingen en verschillen in behandeling slechts een indicatieve waarde hebben, zoals wordt bevestigd door de door de gemeenschapswetgever gebruikte woorden "met inbegrip van" (43)

- bijgevolg uit art 6 lid 1 van de richtlijn 2000/78 niet kan worden afgeleid dat een gebrek aan precisie van de nationale regeling met betrekking tot de doelstellingen die uit het oogpunt van die bepaling als legitiem kunnen worden beschouwd, automatisch

zou uitsluiten dat deze regeling kan worden gerechtvaardigd op grond van die bepaling (44 met verwijzing naar Palacios de la Villa punt 56)

- bij ontbreken van een dergelijke precisie is het echter wel van belang dat het onderliggende doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel, zodat de legitimiteit ervan en het passende en noodzakelijke karakter van de ter bereiking van dit doel gebruikte middelen door de rechter kunnen worden getoetst. (Palacios de la Villa punt 57)

- Uit art 6 lid 1 van de richtlijn 2000/78 blijkt dat de doelstellingen die als "legitiem" in de zin van die bepaling zijn te beschouwen en bijgevolg kunnen rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het principiële verbod van discriminatie op grond van leeftijd, doelstellingen zijn van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en of de beroepsopleiding. Door hun karakter van algemeen belang onderscheiden die legitieme doelstellingen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen, zonder dat echter valt uit te sluiten dat een nationale regel, bij het nastreven van die legitieme doelstellingen een zekere mate van flexibiliteit toekent.

- art 6 van de richtlijn 2000/78 voor verschillen in behandeling op grond van leeftijd een eigen uitzonderingsregeling invoert, wegens het bijzonder karakter van de leeftijd onder de door de richtlijn verboden discriminatiegronden. De 25^e overweging van de considerans van deze richtlijn beklemtoont immers dat het "van essentieel belang is onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding en discriminatie die verboden moet worden (60)

- art 6, lid 1 van de Richtlijn 2000/78 de lidstaten toelaat, niettegenstaande art 2, lid 2 te bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij "in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met

inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn." De 2^{de} alinea van art 6 somt meerdere voorbeelden op van verschillen in behandeling die de in de eerste alinea van die bepaling genoemde kenmerken vertonen en die in beginsel kunnen worden beschouwd als "objectief en redelijk gerechtvaardigd" door een legitiem doel.(61)

- art 6, lid 1 van de richtlijn staat de lidstaten echter toe, in hun nationale recht bepalingen in te voeren die voorzien in verschillen in behandeling op grond van leeftijd, die met name behoren tot de categorie van directe discriminaties, zoals gedefinieerd in art 2 lid 2, sub a van deze richtlijn. Het is trouwens met name in zoverre dat genoemde art 6 lid 2 moet worden uitgelegd als van toepassing in de bewoordingen van zijn eerste alinea, niettegenstaande art 2, lid 2 van genoemde richtlijn. Als afwijking van het principiële discriminatieverbod, is die bevoegdheid echter strikt afgebakend door de in datzelfde art 6, lid 1 gestelde voorwaarden.(62)

- Het staat aan de nationale rechter na te gaan of de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, aan een dergelijk legitiem doel beantwoordt en of de nationale wetgevende of regelgevende autoriteiten, gelet op de beoordelingsvrijheid waarover de lidstaten op het gebied van sociaal beleid beschikken, terecht konden oordelen dat de gekozen middelen passend en noodzakelijk waren voor het bereiken van dat doel.

Het hof meent uit deze rechtspraak te moeten afleiden dat een restrictieve interpretatie van art 2§5 discriminatiewet moet worden toegepast, zodat in voorliggend geval enkel een rechtvaardiging kan gebeuren op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten en geen ruimere rechtvaardigingsgronden daar dit zou indruisen tegen de bepalingen van de Richtlijn.

Inzake geslachtsdiscriminatie oordeelde het Hof van Justitie dat de nationale rechter de nationale rechtvaardigingsgronden buiten toepassing dient te laten wanneer deze strijdig zijn met de Richtlijn.

(Dekker 177/88, 8-11-1990 r.o. 19-27, Habermann C - 421/92, 5-5-1984, r.o. 8-10; Busch C-320/01, 27-2-2003, r.o. 49)

Dat de beroepsvereisten wezenlijk en bepalend moeten zijn houdt in dat het om een noodzaak moet gaan hetgeen moet worden beoordeeld naar de aard van de beroepsactiviteit en de context waarin die wordt uitgevoerd.

Het vereiste moet berusten op een legitiem doel.

Tijdens de voorbereidende werken van de discriminatiewet van 2007 werden een aantal voorbeelden gegeven van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten vb. het recht op privacy, de gevoeligheid van een patiënt, de openbare veiligheid, het behoud van de strijdkracht, als legitiem doel kan gelden: de bescherming van grondrechten o.m. op vlak van de veiligheid: de veiligheid binnen de onderneming, de veiligheid van derden, openbare veiligheid (Parl. doc. Kamer, zitting 2006-2007; nr 2721/001; p 51).

Tenslotte moet het gestelde vereiste evenredig zijn met het nagestreefde doel. Dit houdt in dat het passend en noodzakelijk is en dat moet worden nagegaan of er een evenwicht bestaat tussen het nagestreefde doel en het recht op gelijke behandeling; m.a.w. of er geen andere middelen zijn om dat doel te bereiken die een minder vergaande schending van het recht op gelijke behandeling inhouden (C. Bayart, o.c., p 245).

Met betrekking tot het Europees geslachtsdiscriminatierecht, oordeelde het Hof van Justitie dat de uitzonderingsregeling voor beroepsvereisten een afwijking vormt op het recht op gelijke behandeling die derhalve strikt moet worden uitgelegd (C. Bayart, o.c., p 233 met verwijzing naar: Comm/Duitsland 248/83, 21-5-1985 r.o. 36; Hohnston 222/84, 15-5-1986, r.o. 36; Sirdar, C-273/97 26-10-1999 r.o.23, Kreil C-285/98, 11-1-2000, r.o. 20).

Toepassing in voorliggend geschil;

De arbeidsovereenkomst tussen partijen is onderworpen aan het Belgisch recht waarin overeenkomstig art 2§5 discriminatiewet 2003, wezenlijke en bepalende beroepsvereisten als rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen.

E. is gebonden aan internationale luchtvaartregels en dient zich te conformeren aan de regels die gelden in Staten waarvan het territorium wordt overvlogen. Zij stelde als reden voor de ontslagmaatregel voorop dat zij zich niet wenste bloot te stellen aan sancties en burgerrechtelijke gevolgen die een overtreding met zich mee zou brengen.

In het raam van het Verdrag van Chicago (zie hierboven) wordt kennelijk uitgegaan van bepaalde kenmerken verbonden met de leeftijd die als wezenlijke en bepalende beroepsvereisten worden beschouwd. Als principe werd gesteld dat piloten ouder dan 60 jaar niet als commandant konden functioneren.

Vanzelfsprekend geldt in de luchtvaartsector dat de veiligheid maximaal moet verzekerd zijn. Uit de beperking die wordt gesteld om de functie van commandant te mogen uitoefenen na de leeftijd van 60 jaar, sinds de doorgevoerde amendering, 65 jaar, op voorwaarde dat een tweede piloot aanwezig is jonger dan 60jaar, kan men opmaken dat voorbij die leeftijd het risico op incidenten groter wordt geacht, hetgeen wellicht verband houdt met een groter risico bij oudere personen op ernstige gezondheidsincidenten. Gezichtsvermogen en reactiesnelheid kunnen bij medische controle nauwkeurig worden opgevolgd, voor andere mogelijke gezondheidsproblemen is dit moeilijker, vb. risico op beroertes, op hartproblemen etc. De leeftijdsbeperking werd dus ingevoerd met het oog op een maximale veiligheid, hetgeen als een legitiem doel kan worden beschouwd.

De wijziging van de regelgeving wijst op een evolutie, al blijft een beperking gehandhaafd. De doorgevoerde wijziging beoogde wellicht een evenwicht te vinden tussen veiligheidsoverwegingen en het recht op gelijke behandeling voor oudere werknemers.

Frankrijk en Italië (gedeeltelijk) hebben de geamendeerde bepaling niet ingevoerd. Italië heeft wel een overgangsregeling voorzien waarbij afhankelijk van de resultaten van medische controles de leeftijd verder zou worden opgeschoven.

E. zelf beschouwde die leeftijdsvereiste (minder dan 60 jaar) op zichzelf niet als wezenlijk - zij heeft de piloten aangeworven toen ze die leeftijd reeds hadden bereikt of weldra zouden bereiken - doch enkel in die mate dat ze werd opgelegd door vreemde wetgeving die deze leeftijdsvoorwaarden kennelijk

wel als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste beschouwden, waaraan zij zich diende te conformeren op gevaar zichzelf en de piloten bloot te stellen aan strafsancties en burgerrechtelijke sancties (eveneens een legitiem doel).

De vraag moet nog worden beantwoord of in voorliggend geval de gestelde leeftijdsvereiste evenredig is met het nagestreefde doel. Dit houdt in dat ze passend en noodzakelijk is en dat moet worden nagegaan of er een evenwicht bestaat tussen het nagestreefde doel en het recht op gelijke behandeling; m.a.w. of er geen andere middelen waren om dat doel te bereiken die een minder vergaande schending van het recht op gelijke behandeling inhielden (C. Bayart, o.c., p 245).

Het blijkt dat E. de oudere piloten zonder risico op sancties kon inzetten op 20 van de 53 vluchtroutes. Over het aantal vluchten dat dit aantal vertegenwoordigt wordt geen informatie verstrekt. Het is heel goed mogelijk dat naar die 20 bestemmingen meer vluchten gebeurden dan naar de 33 andere. Het hof meent dat E. niet aantoont dat aanpassingen van de vluchtschema's operationeel niet overkomelijk waren en verwijst naar de hierboven ontwikkelde overwegingen onder de titel "overmacht".

Bovendien zouden na het in voege treden van het amendement, ook vluchten boven Frankrijk en Italië kunnen worden uitgeoefend indien de tweede piloot die het vliegtuig bemande jonger was dan 60 jaar. Dit amendement was reeds aangenomen op het ogenblik van de opzegging. Zodra het amendement in werking trad, konden Frankrijk noch Italië nog strafsancties opleggen aan piloten met een vreemde licentie zonder de bepaling van art 33 van het Verdrag van Chicago te schenden. E. was zich daarvan terdege bewust nu zij vanaf het in werking treden van het amendement aan sommige piloten boven de 60 jaar, waaronder de heer Mc I. voorstelde verder voor haar te werken.

Rekening houdend met die omstandigheid is het hof van oordeel dat de vennootschap niet heeft aangetoond dat zij niet over andere middelen dan het ontslag beschikte om het vooropgestelde doel te bereiken die een minder vergaande schending van het recht op gelijke behandeling inhielden.

De gevorderde schadevergoeding

In de destijds toepasselijke discriminatiewetgeving van 2003 werd geen forfaitaire schadevergoeding bepaald in geval van discriminatie.

Overeenkomstig de gangbare principes dient de heer Mc I. derhalve zijn schade te bewijzen en het oorzakelijk verband tussen fout en schade.

Terecht merkt E. op dat hij niet zonder meer een vergoeding kan vorderen gelijk aan zijn loon tot de pensioenleeftijd, nu er geen garantie bestond op tewerkstelling tot zijn pensioenleeftijd en de arbeidsovereenkomst om andere redenen een einde had kunnen nemen.

De heer Mc I. vordert ondergeschikt een forfaitair bedrag gelijk aan 6 maanden loon en begroot zijn schade niet concreet.

De heer Mc I. baseert het gevorderde forfait ten onrechte op de nieuwe discriminatiewet van 30-5-2007, deze is immers slechts van toepassing op feiten die dateren vanaf 9-6-2007.

E. heeft bij brief van 21-12-2006 aan de heer Mc I. voorgesteld om opnieuw in haar dienst te komen werken, nadat zij zekerheid had gekregen over het standpunt van Frankrijk. De heer Mc I. heeft dit voorstel niet aanvaard.

Het hof is van oordeel dat de heer Mc I. naar billijkheid aanspraak kan maken op een vergoeding gelijk aan 2 maanden loon wegens materiële en morele schadevergoeding.

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;

Recht sprekend op tegenspraak;

Gelet op het niet eensluidend schriftelijk advies van mevrouw B. STROOBANT, 1^{ste} Substituut bij het Arbeidsauditoraat gedelegeerd bij het Auditoraat-Generaal ontvangen ter griffie op 9 september 2009 en op de replieken van beide partijen ontvangen ter griffie op 6 oktober 2009;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond in volgende mate;

Hervormt het bestreden vonnis;

Zegt voor recht dat de aan de heer Mc I. op 25-4-2006 betekende opzegging van de arbeidsovereenkomst een ongeoorloofde discriminatie op grond van leeftijd inhoudt;

Veroordeelt de NV E. tot betaling aan heer Mc I. van een schadevergoeding gelijk aan 2 maanden loon, t.b.v. 23.294,52 euro en de vergoedende intresten daarop, overgaand in de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding;

Legt de kosten van beide aanleggen ten laste van de NV E., die als volgt werden begroot :

- voor appellante partij :

€ 146,15 dagvaardingskosten,
€ 7.000 rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg,
€ 7.000 rechtsplegingsvergoeding hoger beroep,

- voor geïntimeerde partij :

€ 7.000 rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg,
€ 7.000 rechtsplegingsvergoeding hoger beroep,
Aldus gewezen door de 3^{de} kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door :

Mevr. G. BALIS: Kamervoorzitter.

De Heren :

J. LINDEMANS: Raadsheer in sociale zaken
als werkgever,

R. VANDENPUT : Raadsheer in sociale zaken
als werknemer-bediende,

En bijgestaan door :

D. DE RAEDT : Griffier,

J. LINDEMANS,

R. VANDENPUT,

D. DE RAEDT,

G. BALIS,

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de
3^{de} kamer van het Arbeidshof te Brussel op 17
november 2009 door Mevr. G. BALIS, Kamervoorzitter,
bijgestaan door D. DE RAEDT, griffier,

D. DE RAEDT,

G. BALIS,