**nemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking indirect betaald voordeel in de zin van artikel 119, tweede alinea, van het EEG-Verdrag;**

**2. verstaat dat de andere vragen zonder voorwerp zijn geraakt.**

Lecourt Donner Trabucchi

Monaco Mertens de Wilmars Pescatore Kutscher

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op vijfentwintig mei negentienhonderdeenenzeventig.

De Griffier

A. Van Houtte

De President

R. Lecourt

## CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL A. DUTHEILLET DE LAMOTHE VAN 29 APRIL 1971[1]

*Mijnheer de President,*

*mijne heren Rechters,*

Het krachtens bijzondere delegatie van wetgevende bevoegdheid vastgestelde Koninklijk Besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 ligt in België ten grondslag aan de ouderdomspensioenregeling voor werknemers en aan het „overlevings"-pensioen — ook wel genoemd „pension de réversion" — voor hun rechtverkrijgenden.

Artikel 3, lid 6, bepaalt dat de speciale toepassingsmodaliteiten van deze algemene regeling voor bepaalde werknemers, met name voor het vliegend personeel van de burgerlijke luchtvaart, bij Koninklijk Besluit zullen worden vastgesteld en geeft voorts een niet-uitputtende opsomming van bepaalde toepassingsmodaliteiten (bijzondere regelen voor het ingaan van het recht op pensioen, de pensioengerechtigde leeftijd, de bij de vaststelling van het pensioen in aanmerking te nemen lonen, enzovoort).

Ingevolge deze bepaling zijn onlangs bij het Koninklijk Besluit van 3 november 1969, dat een zuiver verordenend karakter heeft, de bijzondere toepassingsmodaliteiten van het Koninklijk Besluit nr. 50 voor het vliegend personeel van de luchtvaartmaatschappijen vastgesteld.

Artikel I van dit Koninklijk Besluit bepaalt op wie het van toepassing is, onder meer op (ik citeer) „ieder lid van het

1 — Vertaald uit het Frans.

vliegend personeel met uitzondering van de stewardessen".
Om een indruk te krijgen hoezeer stewardessen door deze bepaling in het nadeel kunnen geraken, dient men te rade te gaan met hun contractuele positie.
Volgens hun in het kader van een collectieve overeenkomst gesloten arbeidscontract kunnen zij hun werkzaamheden na het bereiken van de 40-jarige leeftijd niet voortzetten.
Een en ander leidt ertoe dat hun pensioen over de gehele periode waarin zij aan het arbeidsproces deelnemen uitsluitend kan worden berekend volgens de voorwaarden van het algemene stelsel, zodat zij zich in een aanzienlijk minder gunstige positie bevinden dan hun mannelijke collega's.
Deze laatsten hebben, wanneer zij tot hun 55e jaar als vliegend personeel in dienst blijven, recht op een bijzonder pensioen dat gunstiger is dan het in de algemene regeling toegekende; verlaten zij de dienst eerder dan hebben zij — naar bij de mondelinge behandeling bleek — recht op een gemengd pensioen, berekend naar rata van de dienstjaren als vliegend personeel enerzijds en de voor het pensioen naar gemeen recht geldende dienstjaren anderzijds.
Daarentegen wordt de door stewardessen vóór hun veertigste jaar vervulde diensttijd in aanmerking genomen volgens het algemene stelsel, en niet volgens de betere voorwaarden van het bijzondere stelsel; anderzijds hebben zij geen recht op ouderdomspensioen vóór het bereiken van de in het algemene stelsel bepaalde leeftijd — 60 jaar voor vrouwen en 65 jaar voor mannen —.
Zij hebben dus alle reden zich gegriefd te voelen, vooral wanneer zij hun pensioenregeling vergelijken met die van hun collega's in het naburige Frankrijk, waar stewardessen geheel op voet van gelijkheid met het overig boordpersoneel recht hebben op ouderdomspensioen volgens het algemene stelsel van sociale zekerheid enerzijds en — uiterlijk vanaf hun vijftigste jaar — op een aanvullend pensioen zodra zij 15 dienstjaren vervuld hebben, anderzijds.
Weliswaar nam ik gisteren kennis van een vonnis van het Arbeidsgerecht te Brussel — waarop ik nog terugkom — blijkens hetwelk de Sabena uitsluitend voor haar stewardessen een — tot dusver door niemand ter sprake gebracht — „régime de pension extra-légale" heeft ingesteld.
Hoe dan ook, de rechtspositie der stewardessen gaf een hunner, mejuffrouw Defrenne, werkzaam bij Sabena, aanleiding zich langs tweeërlei weg in rechte te voorzien.
Enerzijds wendde zij zich, na wegens het bereiken van de „fatale" leeftijd in haar arbeidsovereenkomst met Sabena vastgesteld, te zijn ontslagen, tot het Arbeidsgerecht te Brussel met verzoek dit uitsluitend wegens haar leeftijd gegeven ontslag onrechtmatig te verklaren en haar schadevergoeding toe te kennen.
Het Arbeidsgerecht verwierp het verzoek bij vonnis van 17 december 1970, op grond van zijn interpretatie van artikel 119 van het Verdrag van Rome. Het is mij niet bekend of dit vonnis definitief is geworden.
Anderzijds verzocht mejuffrouw Defrenne de Raad van State van België om nietigverklaring van artikel I van het Koninklijk Besluit van 2 november 1969, dat de stewardessen uitzondert van de pensioenregeling voor de overige leden van het vliegend personeel.
Na van dit — op artikel 119 van het Verdrag van Rome steunend — verzoek te hebben kennis genomen, schorste de Raad van State de behandeling en stelde Uw Hof overeenkomstig artikel 117 van het Verdrag de volgende vragen:

1. Is het rustpensioen, toegekend in het kader van de door bijdragen van werknemers en werkgevers en door overheidssubsidies gefinancierde sociale zekerheid, te beschouwen als een voordeel dat de werkgever indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt?
2. Kan in de regeling een verschillende leeftijdsgrens voor de mannelijke en vrouwelijke leden van het boordpersoneel van de burgerluchtvaart worden vastgesteld?

3. Verrichten de stewardessen en de mannelijke boordbedienden in de burgerluchtvaart dezelfde werkzaamheden?

Aan het einde van mijn conclusie zal ik op de tweede en derde vraag ingaan. Ik moge echter reeds thans opmerken dat de eerste en belangrijkste vraag, hoe beknopt ook geformuleerd, stellig een verzoek om uitlegging is, hoezeer zulks door sommigen ook in twijfel is getrokken.

Aan het Hof is een uitspraak gevraagd omtrent de vraag of artikel 119 van het Verdrag mag worden toegepast op ouderdomsvoorzieningen als die welke de Raad van State van België in zijn onderzoek betrok — zonder echter te zeggen of sprake is van voorzieningen ingevolge het algemene stelsel dan wel van voorzieningen krachtens de bijzondere regeling voor het boordpersoneel —, hetgeen meebrengt dat het Hof beide gevallen zal hebben te onderzoeken en — wegens bepaalde onzekerheden nopens de aard dezer bijzondere regeling — meerdere mogelijkheden onder ogen zal dienen te zien.

## I

Aangezien Uw Hof thans, naar ik meen voor het eerst, tot uitlegging van artikel 119 van het Verdrag is geroepen, moge ik allereerst oorsprong en strekking van dit artikel kort releveren.

Aan de debatten bij de ratificatie van het Verdrag in sommige parlementen gevoerd en vooral aan de toelichting van de Nederlandse Regering in de Tweede Kamer van de Staten-Generaal kunnen een aantal gegevens omtrent de oorsprong van deze bepaling worden ontleend.

Het schijnt dat het artikel op initiatief van Frankrijk tot stand is gekomen, doch eerst na lange onderhandelingen.

Invoering van het artikel leidde nauwelijks tot moeilijkheden in landen die overeenkomst nr. 100 van het Internationale Arbeidsbureau reeds hadden bekrachtigd — de Duitse Regering wees er in de Bundestag op, dat de strekking en soms ook de redactie dezer overeenkomst dezelfde was die voor het betrokken artikel was voorgesteld —; daarentegen waren drie Lid-Staten, destijds nog toekomstige Lid-Staten, niet tot bekrachtiging overgegaan omdat uitvoering der overeenkomst voor het nationale recht tot zeer ernstige moeilijkheden dreigde te leiden.

De reden dat alle Lid-Staten er uiteindelijk mede konden instemmen schijnt te moeten worden gezocht in de tweeledige doelstelling van dit artikel: een sociale doelstelling, aangezien het medebrengt dat het alle landen van de Gemeenschap noopt het in de overeenkomst van het Internationaal Arbeidsbureau omschreven — vooral sociale — beginsel te aanvaarden, doch tevens een economische doelstelling: aan iedere poging tot „social dumping" door tewerkstelling van vrouwelijke arbeidskrachten tegen een lagere beloning dan mannelijke arbeidskrachten wordt een halt toegeroepen, zodat het artikel de verwezenlijking bevordert van een der fundamentele doelstellingen van de gemeenschappelijke markt, namelijk de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat „de mededinging niet wordt vervalst".

Dit verklaart wellicht waarom artikel 119 van het Verdrag van andere aard is dan de twee daaraan voorafgaande artikelen van het hoofdstuk, gewijd aan de sociale bepalingen.

In deze artikelen 117 en 118 zijn namelijk alleen algemene doestellingen op sociaal gebied vastgelegd: het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen en de samenwerking tussen de Lid-Staten op sociaal gebied, met name de sociale zekerheid, de werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden.

Artikel 119 heeft een geheel andere strekking:

„Iedere Lid-Staat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.

Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -sala-

ris, en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt.
Gelijkheid van beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:
a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van een zelfde maatstaf,
b) dat de beloning voor gelijke arbeid in tijdloon dezelfde is voor een zelfde functie."

In dit artikel worden dus niet, zoals in de artikelen 117 en 118, slechts doelstellingen voor harmonisatie van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of samenwerking tussen de Lid-Staten omschreven, het schept ook een verplichting voor de Lid-Staten.
Men had zich kunnen afvragen of dit artikel, behalve — c. q. ten gevolge van — de daarin aan de Lid-Staten opgelegde verplichting ook subjectieve rechten voor de onderdanen van de Lid-Staten deed ontstaan, of het „rechtstreekse werking" had.
Doch deze vraag rijst thans in ieder geval niet meer en wel om twee redenen:

1. Ofschoon de uitvoering bepaalde Lid-Staten voor ernstige moeilijkheden plaatste en de aanvankelijk voorziene termijn door een conferentie van de Lid-Staten is verlengd tot 31 december 1964, lijdt het voor mij geen twijfel dat artikel 119 althans sedert dit tijdstip subjectieve rechten heeft doen ontstaan, waarop de werknemers in de Lid-Staten een beroep kunnen doen en waarvan de nationale rechters de eerbiediging hebben te verzekeren.

2. Te meer geldt dit voor België, waar een *rechtens overbodig, doch zeer lofwaardig* initiatief van de regering, bedoeld om moeilijkheden bij de uitlegging door de rechter te voorkomen en aan deze verdragsbepaling meer bekendheid te geven, ertoe heeft geleid dat in het Koninklijk Besluit nr. 40 van 27 oktober 1967 betreffende de vrouwenarbeid een artikel werd opgenomen dat als volgt luidt:

„Overeenkomstig artikel 119 van het Verdrag tot oprichting van de EEG, goedgekeurd bij de wet van 2 december 1957, kan elke werkneemster bij het bevoegde rechtscollege een vordering instellen om het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers te doen toepassen."

Het is derhalve begrijpelijk dat de Raad van State van België zich niet schijnt te hebben afgevraagd en in ieder geval aan ons Hof niet de vraag heeft voorgelegd of artikel 119 rechtstreekse werking heeft. De Raad van State achtte dit — met ons — evident.

## II

Gaan wij thans in op de eerste vraag van de Raad van State van België.
Bij de schriftelijke en de mondelinge behandeling is wellicht de indruk gewekt dat het Hof ter beantwoording van deze vraag partij zal hebben te kiezen in het omvangrijke geschil dat thans de aanhangers der twee verschillende opvattingen over de beloning van de werknemer verdeeld houdt.
Volgens sommige voorstanders van de opvatting die soms wordt aangeduid als de leer van „het sociale salaris", die overigens meer economisch dan juridisch van aard is, omvat het salaris of de beloning alle bedragen die, ongeacht de oorzaak, aan de werknemer worden betaald of verschuldigd zijn, niet alleen *als tegenprestatie voor,* maar ook *naar aanleiding van* de arbeid.
Anderen zijn van mening dat het salaris uitsluitend *de prijs voor een dienst is* en slechts de bedragen omvat welke de werkgever voor deze dienst betaalt, zolang de arbeidsovereenkomst loopt.
Naar gemeenschapsrecht kan bezwaarlijk een keus tussen beide opvattingen worden gemaakt omdat enerzijds de standpunten van de verschillende Lid-Staten uiteenlopen en bij voorbeeld de Franse Cour de Cassation een terminologie bezigt welke bijna woord voor woord wordt weersproken door de arresten van het Hof van Cassatie van België die door de Belgische Regering zijn aangehaald, en anderzijds vooral ook omdat

in een en dezelfde staat dikwijls verschillende oplossingen prevaleren, naar gelang men een zaak beziet vanuit het eigenlijke arbeidsrecht, het sociale zekerheidsrecht of het belastingrecht.

Het komt mij echter voor dat het Hof hier niet behoeft te kiezen omdat de auteurs van het Verdrag reeds bij voorbaat hun keus duidelijk hebben bepaald.

Artikel 119 kiest namelijk, door reeds in overeenkomst nr. 100 van het Internationaal Arbeidsbureau voorkomende bepalingen over te nemen, voor een tussenoplossing welke een afwijzing van het maximalistische en van het minimalistische standpunt inhoudt.

In het artikel wordt namelijk bepaald dat het van toepassing is

— enerzijds op het salaris stricto sensu,
— anderzijds op alle aan de werknemer betaalde voordelen, die aan twee voorwaarden voldoen:
  1. zij moeten direct of indirect door de werkgever worden betaalt;
  2. zij moeten de werknemer uit hoofde van de dienstbetrekking worden betaald.

U behoeft dus niet na te gaan of het ouderdomspensioen „uitgesteld loon" of een „niet uit arbeid verkregen loon" is — zoals sommigen beweren —.

U kunt zich beperken tot de vraag of en in welk geval ouderdomspensioen een voordeel vormt dat voldoet aan de twee in artikel 119 gestelde voorwaarden.

III

De moeilijkheid van deze vraag ligt hoofdzakelijk in de verscheidenheid en ingewikkeldheid van de ouderdomspensioenregeling der Lid-Staten.

In de meeste Lid-Staten bestaan er naast elkaar meerdere pensioenregelingen, die elkaar soms aanvullen, soms vervangen en soms ook gecombineerd worden toegepast.

Schematisch kunnen ten minste twee grote groepen ouderdomspensioenregelingen worden onderscheiden:

— enerzijds de algemene pensioenregeling die krachtens het nationale stelsel van sociale zekerheid geldt voor *alle* werknemers,
— anderzijds pensioenregelingen die slechts voor *bepaalde* personen in loondienst of bepaalde werknemers gelden.

A — Ons inziens is artikel 119 van het Verdrag stellig niet van toepassing op de eerste categorie, de algemene pensioenregeling voor werknemers; ik acht in zoverre de opmerkingen van de Belgische Regering en de Commissie geheel overtuigend.

Weliswaar is het verleidelijk om dit artikel ruim te interpreteren en het van toepassing te achten op alle voordelen die personen in loondienst uit hoofde van hun positie als werknemer ontvangen, met inbegrip van hetgeen hun door sociale zekerheidsfondsen belast met uitvoering van de algemene regeling wordt uitgekeerd.

Deze opvatting is ongetwijfeld aantrekkelijk, indien men alleen let op artikel 119 en het economisch doel van dat artikel vooropstelt; men is er dan zeker van dat elke mogelijkheid tot „social dumping" wordt geëlimineerd en dat „op de weg van de vooruitgang" de „onderlinge aanpassing van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden" wordt bereikt, welke één der doelstellingen van de gemeenschappelijke markt vormt.

Deze opvatting stuit echter af op drie mijns inziens onoverkomelijke bezwaren.

1. In de eerste plaats een aan de tekst ontleend bezwaar. Artikel 119 is van toepassing op voordelen die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt. Enerzijds ontvangt echter een werknemer niet wegens het vervullen van een bepaalde betrekking in dienst van een bepaalde werkgever de uitkering krachtens de algemene regeling, doch alleen uit hoofde van het feit dat hij werknemer is; hij zou die uitkering ook in een andere dienstbetrekking ontvangen, ongeacht of hij een andere werkgever had, en in de meeste gevallen zelfs wanneer hij niet in loondienst werkzaam was.
2. Anderzijds bestaat er, zelfs indirect, geen enkel verband tussen werkge-

versbijdrage en uitkering. Naar ik meen is in alle nationale wetgevingen bepaald dat de werknemer het recht op uitkering niet verliest, wanneer de werkgever de bijdrage niet betaalt; in bepaalde landen worden deze bijdragen bovendien geïnd als belastingen of is het stelsel opgenomen in de rijksbegroting — hetgeen geheel in de lijn ligt —. De uitkeringen ingevolge de algemene regeling van sociale zekerheid, met inbegrip van de ouderdomspensioen, zijn naar ik meen evenmin indirect door de werkgever verstrekte voordelen als de wegen, de riolering en de waterleiding, waarvan de werknemer als burger gebruik mag maken en die mede worden bekostigd uit door de werkgever betaalde belastingen.

3. Bij deze uit de tekst van artikel 119 zelf voortvloeiende argumenten komt ten slotte een bezwaar, ontleend aan vergelijking van het artikel met artikel 118, dat slechts de doelstelling van nauwe samenwerking der Lid-Staten op het gebied van sociale zekerheid vastlegt, doch niet zo nauwkeurig omschreven verplichtingen inhoudt als voortvloeien uit de toepassing van artikel 119.

B — Veel neteliger zijn de vraagstukken samenhangende met ouderdomspensioenregelingen die slechts gelden voor bepaalde werknemers uit hoofde van hun dienstbetrekking bij bepaalde werkgevers of van de aard van deze dienstbetrekking.

Dagelijkse ervaring leert dat de uitkeringen ingevolge deze bijzondere pensioenregelingen voor de werknemer van ten minste even groot belang zijn als zijn loon.

Men behoeft de krant maar op te slaan om te constateren dat vandaag de dag in vele landen en bedrijfstakken de onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers bijna steeds het loon en de bijzondere pensioenregelingen betreffen en veelal resulteren in een „package deal" op deze twee punten, waarbij één van beide partijen tegen gunstiger pensioenvoorzieningen bepaalde looneisen laat varen of omgekeerd.

Ik meen dat een aantal van deze bijzondere regelingen onbetwistbaar het karakter hebben van voordelen die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking „betaalt".

a) Naar het mij voorkomt geldt dit in de eerste plaats voor de *pensioenen die de werkgever rechtstreeks* aan de vroegere werknemer *betaalt*. Ik meende dat dit pensioenstelsel bezig was te verdwijnen, doch bij het bestuderen van deze zaak is mij gebleken dat het in bepaalde landen nog van groot belang is. In dergelijke gevallen schijnt het door de werkgever betaalde pensioen wel onder de in artikel 119 bedoelde voordelen te vallen. Weliswaar is het een eerst later genoten voordeel. Daar staat echter tegenover dat de pensioeninhouding die doorgaans, zolang de werknemer in actieve dienst is, te zijnen laste wordt toegepast, in werkelijkheid slechts een inhouding op zijn loon is welke hij aanvaardt als tegenprestatie voor het in uitzicht gestelde pensioen. Bovendien is het stellig de dienstbetrekking, die hij weliswaar niet meer vervult doch wel moet hebben vervuld, die hem voor dit voordeel in aanmerking doet komen. Aan de beide in artikel 119 gestelde voorwaarden schijnt dus te zijn voldaan.

b) Ik meen dat, al ligt dit niet zozeer voor de hand, hetzelfde geldt voor een tweede groep bijzondere pensioenregelingen, de *zogenaamde aanvullende stelsels*. Dit zijn stelsels die ten doel hebben werknemers van bepaalde ondernemingen en met bepaalde functies in het genot te stellen van een pensioen naast het door de algemene organisatie van sociale zekerheid uitgekeerde pensioen. Zij worden enerzijds gekenmerkt door zelfstandigheid ten opzichte van het algemene stelsel van sociale zekerheid, zowel ten aanzien van het beheer als wat betreft de financiering die door een bedrijfskas of overkoepelende bedrijfskas geschiedt. Anderzijds berusten zij dikwijls op een overeenkomst, doch door de uitbreiding van het werkingsgebied der

collectieve overeenkomst — waarin zij aanvankelijk waren opgenomen — zijn zij veelal algemeen verbindend geworden. Een aantal van deze aanvullende stelsels heeft zelfs een wettelijke status, zo bij voorbeeld in Frankrijk de aanvullende regeling voor het vliegend personeel ingevolge artikel 186 van de „Code de l'aviation civile et commerciale".

De voorgaande analyse van het direct door de werkgever betaalde pensioen schijnt mij eveneens op te gaan voor het door bedrijfsorganisaties of overkoepelende bedrijfsorganisaties uitgekeerde aanvullende pensioen. De uitlegging kost hier echter meer hoofdbrekens dan in het eerste geval.

Enerzijds kan de door de werknemer betaalde bijdrage niet in alle opzichten worden gelijkgesteld met de juist besproken pensioeninhouding.

Anderzijds — en dit is van nog meer belang — geschiedt de betaling niet rechtstreeks door de werkgever, maar indirect door het fonds van een bedrijfsorganisatie of overkoepelende bedrijfsorganisatie, die doorgaans ieder jaar, na reservering, het totaal der door de werknemers gestorte bijdragen verdeelt.

Ik meen echter dat deze aanvullende pensioenen kunnen worden geacht te vallen onder de voordelen bedoeld in artikel 119 van het Verdrag, en wel om twee redenen:

1. Het feit dat het pensioen gedeeltelijk wordt gefinancierd door bijdragen van werknemers in actieve dienst is mijns inziens niet voldoende om toepasselijkheid van artikel 119 uit te sluiten; daarin wordt namelijk niet bepaald dat het slechts van toepassing is op voordelen welke *alleen* door de werkgever worden gedragen, terwijl anderzijds de hier gebezigde term „indirecte betaling" mijns inziens juist doelt op situaties zoals die zich met betrekking tot de aanvullende pensioenen voordoen.
2. Het volgens artikel 119 noodzakelijk verband tussen voordeel, werkgever, werknemer en dienstbetrekking is voor de aanvullende pensioenen mijns inziens voldoende komen vast te staan. Het lijdt geen twijfel dat het aanvullende pensioen slechts verschuldigd is voor bepaalde dienstbetrekkingen. Het is voorts slechts verschuldigd wanneer deze betrekkingen worden vervuld bij bepaalde ondernemingen.

Dit treedt bijzonder duidelijk aan de dag bij de zeer ernstige moeilijkheden die zich op dit gebied in bepaalde landen — bij voorbeeld Frankrijk — voordoen bij fusies en overnemingen van ondernemingen — welke thans hand over hand toenemen —.

Afgezien van overeenkomsten tussen de pensioenfondsen van bedrijfsorganisaties of overkoepelende bedrijfsorganisaties en wettelijke maatregelen, lopen niet slechts werknemers in actieve dienst, maar ook gepensioneerden het risico van algehele wijziging, ja drastische verlaging, van hun aanvullend pensioen in het veel voorkomende geval dat het overnemende bedrijf voor haar werknemers een andere aanvullende pensioenregeling heeft weggelegd dan het overgenomen bedrijf.

Men zie bij voorbeeld het exposé van een Franse afgevaardigde van het „département du Rhône" aan de minister van Sociale Zaken, opgenomen in het „Journal Officiel de la République française" nr. 3016, 1969, blz. 251; hieruit blijkt dat behoudens overeenkomsten tussen de pensioenfondsen of overheidsmaatregelen, overneming van een plaatselijk bedrijf door een grotere onderneming zou leiden tot vermindering van de pensioenen van de vroegere werknemers van het overgenomen bedrijf met 50 tot 250 Franse franken per maand.

Een dergelijk voorbeeld, dat men stellig niet alleen in Frankrijk behoeft te zoeken, bewijst duidelijk dat het bij het aanvullend pensioen steeds weer gaat om de werkgever, de werknemer en zijn vroegere dienstbetrekking, in onderling verband beschouwd.

C — Nog veel moeilijker ligt het bij pensioenen, uitgekeerd krachtens de dusgenaamde bijzondere of speciale stelsels van sociale zekerheid.

Bij alle verscheidenheid hebben zij twee kenmerken gemeen.

1. Ze hangen ten nauwste samen met het algemene stelsel van sociale zekerheid, hetzij des dat de pensioenuitkeringen ook door de fondsen belast met uitvoering der algemene regeling worden gedaan, hetzij in dier voege dat de uitkering geschiedt door bijzondere fondsen die financieel en administratief gebonden zijn aan — soms zelf afhankelijk zijn van — de lichamen met uitvoering van het algemene stelsel belast, zodat hun werkzaamheden vallen onder het globale, nationale omslagstelsel.
2. Zij verschaffen aan werknemers in bepaalde dienstbetrekkingen een aantal bijzondere voordelen, waartegenover in de regel ook een hogere werkgevers- en werknemersbijdrage staat.

Vele landen kennen deze stelsels voor verschillende beroepscategorieën, mijnwerkers en zeelieden bijna overal, spoorweg- en trampersoneel en personeel van gas- en elektriciteitsbedrijven in bepaalde landen, en in België ook blijkbaar het vliegend personeel van de burgerluchtvaart ingevolge het Koninklijk Besluit waaruit deze zaak is voortgevloeid.

Zijn deze bijzondere stelsels voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag van Rome gelijk te stellen met de juist besproken aanvullende stelsels?

Ik wil U niet verhelen dat ik aarzel bij de beantwoording van deze vraag.

Verschillende overwegingen pleiten ervoor de bijzondere stelsels voor de toepassing van artikel 119 met aanvullende stelsels gelijk te stellen.

De eerste overweging, waarvoor ik Uw aandacht meen te moeten vragen ofschoon zij slechts van secundair belang is, houdt in dat in de praktijk tussen de beide typen stelsels moeilijk verschil kan worden gemaakt.

De Belgische regeling voor het vliegend personeel met uitzondering van stewardessen schijnt bij voorbeeld een bijzonder stelsel van sociale zekerheid te zijn, terwijl de Franse regeling voor vliegend personeel een aanvullend stelsel is.

Kan in verband met het bovenstaande worden gezegd dat de beloning in deze beide stelsels verschillend geregeld is? Het is een heel moeilijk te beantwoorden vraag, die in ieder geval veel studie vereist.

De tweede overweging is naar mijn mening veel belangrijker, namelijk dat in beide stelsels niet de arbeid op zichzelf, maar de aard, het specifiek karakter van de arbeid — en van de dienstbetrekking — bepalend zijn voor de aanspraak op pensioen; en naar wij zojuist zagen, gaat het daarbij om een der voorwaarden voor toepassing van artikel 119.

Een derde overweging ten slotte heeft ons voor een werkelijk gewetensprobleem gesteld:

Is het normaal de toepasselijkheid van een Verdragsartikel te doen afhangen van de bestuursinrichting en van de naam die de wetgever of de uitvoerende macht van een Lid-Staat geeft aan een pensioenregeling, welker bijzonder karakter van de aard der vervulde dienstbetrekking afhangt?

Ziet men alleen naar artikel 119 en zijn sociaal-economische doelstelling dan schijnen deze overwegingen te moeten leiden tot toepassing op bijzondere èn aanvullende stelsels.

Zoals ik echter al heb opgemerkt kan artikel 119 slechts in verband met de artikelen 117 en vooral 118 worden uitgelegd.

In dit laatste artikel wordt — zoals ik eveneens reeds releveerde — uitdrukkelijk bepaald dat de Lid-Staten op het gebied van sociale zekerheid nauw moeten samenwerken ten einde tot harmonisatie der stelsels te komen; in tegenstelling tot artikel 119 wordt hier echter het verwezenlijken van welomschreven doeleinden binnen bepaalde termijnen niet voorgeschreven. En in het algemene stelsel van sociale zekerheid opgenomen stelsels kunnen van dat algemeen stelsel moeilijk worden losgemaakt.

1. Zij laten werknemers en personen in loondienst vallen onder het alomvattende globale omslagstelsel waarnaar dit nationale stelsel tendeert.
2. Weliswaar wordt tussen de werknemers onderscheid gemaakt naar ge-

lang van hun dienstbetrekking — waarmede schijnt te zijn voldaan aan één der in artikel 119 gestelde voorwaarden —. Wil een aan de werknemer toegekend voordeel geacht worden onder dit artikel te vallen, dan moet echter nog een tweede voorwaarde zijn vervuld; en dat schijnt niet het geval te zijn.

Bestaat er blijkbaar veelal tussen het voordeel — het pensioen — en de eigen inspanning van de werkgever bij een aanvullend pensioenstelsel slechts een zeer verwijderd verband, vrijwel iedere samenhang verdwijnt bij een bijzonder pensioenstelsel.

De rechtspositie of hoedanigheid van de werkgever speelt dan geen enkele rol meer voor de uitkering of de omvang der uitkering.

Terwijl in een aanvullend stelsel de aansluiting van de werkgever bij een bepaald bedrijfspensioenfonds van doorslaggevende betekenis kan zijn voor het recht op — of de hoogte der — uitkering (zoals ik in het voorgaande met een voorbeeld heb aangetoond), is dit bij een bijzonder stelsel van sociale zekerheid zeker niet het geval.

Alleen in de uitvoeringsbepalingen van een dergelijk stelsel zien werkgever en werknemer hun positie anders geregeld dan in het algemene stelsel; van een wezenlijk verschil tussen beide stelsels is echter geen sprake.

De werkgeversbijdrage staat geheel los van het pensioen, zodat het pensioen in geen van beide stelsels kan worden beschouwd als een voordeel dat de werkgever direct aan de werknemer betaalt in de zin van artikel 119.

En ten slotte: wie — met mij — het in artikel 119 neergelegde grondbeginsel van gelijke reële beloning voor man en vrouw strikt wenst te zien geëerbiedigd, bedenke anderzijds dat men door het artikel terreinwinst te laten behalen ten koste van de sociale zekerheid, veelal het gevaar loopt de hoofdzaak aan de bijzaak op te offeren.

Mijn betoog ten aanzien van de eerste vraag samenvattend, meen ik dat als voordelen die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt in de zin van artikel 119 van het Verdrag alleen zijn te beschouwen ouderdomspensioenen die hetzij rechtstreeks door de werkgever, hetzij indirect door organen van bedrijfskassen c.q. overkoepelende bedrijfskassen aan werknemers die bepaalde dienstbetrekkingen in de onderneming hebben vervuld worden betaald boven de ouderdomspensioenen waarop zij ingevolge het stelsel van sociale zekerheid aanspraak hebben, doch dat dit niet geldt voor pensioenen toegekend krachtens het algemene stelsel of de bijzondere stelsels van sociale zekerheid.

## IV

Wij zijn dan nu toegekomen aan de tweede en derde vraag van de Raad van State van België.

Om met de derde vraag te beginnen: ik meen dat kan worden volstaan met de opmerking dat zij een beoordeling van feitelijke gegevens impliceert, zodat het Hof ons inziens niet bevoegd is daarover ingevolge artikel 177 van het Verdrag bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen.

Bij de tweede vraag rijst een moeilijk uitleggingsprobleem.

Zoals ik U zeide, luidt de door de Raad van State gestelde vraag als volgt:

„Kan in de regeling een verschillende leeftijdsgrens voor de mannelijke en vrouwelijke leden van het boordpersoneel van de burgerluchtvaart worden vastgesteld?"

De gemachtigde van de Belgische Regering heeft zeer terecht opgemerkt, dat de moeilijkheid verband houdt met het feit dat aan het woord „leeftijdsgrens" in de hedendaagse rechtsterminologie tweeërlei betekenis toekomt.

Wordt de term in het ambtenarenrecht gebezigd in zijn traditionele betekenis, namelijk voor de leeftijd waarop men zijn werkzaamheden moet neerleggen, op het gebied van de sociale zekerheid wordt zij veelal gebruikt om de pensioengerechtigde leeftijd aan te duiden, de leeftijd waarop de werknemer aanspraak

kan maken op het normale ouderdomspensioen.
Ik meen dat de Raad van State aan het woord deze laatste betekenis heeft willen hechten en wel om drie redenen:

1. In geen der door de Raad van State onderzochte regelingen, noch in Koninklijk Besluit nr. 50, noch in dat van 3 november 1969, komt een bepaling voor waarin de leeftijdsgrens „stricto sensu" wordt vastgesteld.
2. Wanneer er een leeftijdsgrens „stricto sensu" voor stewardessen bestaat, blijkt daarvan slechts uit een clausule in het arbeidscontract, gesloten in het kader van een c.a.o. Van een „regeling" sprekend heeft de Raad van State dus niet het oog op deze in de contractuele sfeer gelegen handelingen. Overigens rees de vraag of de betreffende clausule geoorloofd is niet bij de Raad van State maar bij het Arbeidsgerecht te Brussel.
3. Ik meen dan ook, dat de Raad van State U heeft willen vragen of artikel 4, lid 2, van Koninklijk Besluit nr. 50, volgens hetwelk mannelijke, respectievelijk vrouwelijke werknemers normaliter eerst bij het bereiken van de leeftijd van 65, respectievelijk 60 jaar voor pensioen in aanmerking kunnen komen — bepaling die men in andere vorm in verschillende Belgische bepalingen op het gebied van de sociale zekerheid terugvindt — verenigbaar is met artikel 119 van het Verdrag.

Ik moge U derhalve voorstellen de tweede vraag als volgt te verstaan:

„Verzetten de in artikel 119 van het Verdrag neergelegde beginselen zich ertegen dat voor het verkrijgen van ouderdomspensioen ingevolge het stelsel van sociale zekerheid door werknemers een verschillende leeftijdsgrens voor mannen en vrouwen wordt vastgesteld?"

Deze vraag geraakt dus zonder voorwerp indien Gij — overeenkomstig mijn voorstel — de eerste vraag beantwoordt in die zin dat ouderdomspensioenen ingevolge het algemene stelsel of de bijzondere stelsels van sociale zekerheid geen voordelen zijn als bedoeld in artikel 119 van het Verdrag.

Ik concludeer dat het U behage uitspraak te doen als volgt:

De ouderdomspensioenen die direct door de werkgever of indirect door bedrijfskassen of overkoepelende bedrijfskassen aan werknemers die bepaalde dienstbetrekkingen in de onderneming hebben vervuld worden betaald boven het ouderdomspensioen waarop zij ingevolge het algemene stelsel van sociale zekerheid aanspraak hebben, vormen een voordeel dat de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt in de zin van artikel 119 van het Verdrag, doch dit geldt niet voor ouderdomspensioenen toegekend krachtens het algemene stelsel of de bijzondere stelsels van sociale zekerheid.