FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 18. maj 2006 [1]

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, som er indgivet af Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) (Det Forenede Kongerige), vedrører udviklingen af Fællesskabets retspraksis om lige løn. Det centrale spørgsmål i sagen er, om Danfoss-dommen [2] fortsat finder anvendelse. I denne dom fastslog Domstolen, at arbejdsgiveren ikke havde pligt til at begrunde anvendelsen af anciennitet som et kriterium til fastsættelse af løn, selv ikke hvis det stiller kvindelige lønmodtagere ringere, da »højere anciennitet [...] er ensbetydende med større erfaring, og denne normalt sætter lønmodtageren i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre«. Den foreliggende sag stiller ikke direkte spørgsmålstegn ved lønsystemer, der anvender anciennitet som et kriterium for fastsættelse af løn, men den kan påvirke sådanne lønsystemer indirekte. Sagen drejer sig for det første om, hvordan bevisbyrden mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren skal fordeles ved vurderingen af, om indirekte forskelsbehandling, som er forårsaget af et lønsystem, der anvender anciennitet som et kriteriumfor fastsættelse af løn, kan være begrundet, og for det andet om arten af den begrundelse, der kræves, og bevisbyrdens omfang. Hvis det anerkendes som en hovedregel, at anciennitet er en gyldig målestok for belønning af erfaring og effektivitet, vil det være umuligt for en arbejdstager at anfægte et lønsystem, der bygger på anciennitetskriteriet, selv om systemet reelt stiller kvinder ringere. Hvis det derimod fastslås, at en arbejdsgiver skal begrunde enhver forskelsbehandling, som følger af anvendelsen af anciennitetskriteriet i lønsystemet, kan det være vanskeligt for arbejdsgiveren at fremlægge præcise og detaljerede beviser for, i hvilket omfang effektivitet og produktivitet stiger med ansættelsestiden.

I — Relevante retsforskrifter

2. Den foreliggende sag vedrører ligestilling mellem mænd og kvinder, som i henhold til artikel 2 EF og artikel 3, stk. 2, EF er et grundlæggende princip i fællesskabsretten og

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — Dom af 17.10.1989, sag 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, »Danfoss-dommen«, Sml. s. 3199, præmis 24.

hører til Fællesskabets grundlag [3]. Princippet om lige løn for lige arbejde eller arbejde af samme værdi er knæsat i artikel 141 EF, som bestemmer:

»1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

2. Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

Lige løn uden forskelsbehandling baseret på køn indebærer:

a) at den løn, der ydes for samme akkordlønnede arbejde, fastsættes på samme beregningsgrundlag

b) at den løn, der ydes for tidlønnet arbejde, er den samme for samme slags arbejde.«

3. Artikel 141 EF suppleres af en række retsakter i afledt ret. Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder [4] sikrer, at enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår afskaffes. Artikel 1 i direktiv 75/117 bestemmer udtrykkeligt:

»Det i artikel [141 EF] omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt »ligelønsprincippet«, indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.

Især når et fagligt klassifikationssystem anvendes for lønfastsættelsen, må dette system bygge på samme kriterier for mandlige og kvindelige arbejdstagere og indrettes

3 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 12.

4 — EFT L 45, s. 19.

således, at det udelukker forskelsbehandling med hensyn til køn.«

4. Selv om begrebet indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn ikke nævnes udtrykkeligt i artikel 141 EF, er det blevet udviklet gennem retspraksis [5] og derefter indføjet i lovgivningen. Rådets direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn [6] indeholder i artikel 2, stk. 2, en definition af indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn: »Ifølge det i stk. 1 omhandlede ligebehandlingsprincip er der tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral(t), stiller et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere, medmindre denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis er hensigtsmæssig(t) og nødvendig(t) og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer.«

5. Selv om følgende direktiver ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, er det værd at bemærke, at begrebet indirekte forskelsbehandling nu er ensartet defineret i Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse [7], Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [8] og Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [9], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 [10]. Artikel 2 i direktiv 76/207, som ændret, bestemmer, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, når »en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige«.

6. Hvad angår fordelingen af bevisbyrden i ligestillingssager bestemmer artikel 4 i direktiv 97/80 også, at hvis en sagsøger fremlægger »faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at

5 — Dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911.
6 — EFT 1998 L 14, s. 6.
7 — EFT L 180, s. 22.
8 — EFT L 303, s. 16.
9 — EFT L 39, s. 40.
10 — EFT L 269, s. 15.

ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket« [11].

7. Forholdet mellem artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80, hvori begrebet indirekte forskelsbehandling defineres, og artikel 4 i samme direktiv, som vedrører fordelingen af bevisbyrden, er centralt for besvarelsen af de spørgsmål, som er rejst af den forelæggende ret og for vurderingen af, om et lønsystem, i hvilket anciennitetskriteriet er bestemmende for fastsættelse af lønnen, kan føre til indirekte forskelsbehandling.

II — Sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

8. B.F. Cadman er ansat ved United Kingdom Health and Safety Executive (herefter »HSE«), det statslige organ, som har ansvar for arbejdstageres sundhed og sikkerhed i Storbritannien.

9. B.F. Cadman blev ansat ved HSE i juni 1990 som Inspector of Factories (fabriksinspektør). Efter afsluttet uddannelse blev hun forfremmet i juni 1993. I 1996 blev hun chef for en Field Services Unit (udkørende kontrolafdeling) og blev igen forfremmet, denne gang til H.M. Principal Inspector of Health and Safety (chefinspektør for sundhed og sikkerhed) i lønramme 2. I februar 2001 overgik hun til en operativ stilling som chef for en Field Management Unit (chef for en administrerende kontrolafdeling).

10. Under B.F. Cadmans ansættelse ved HSE blev lønsystemet ændret flere gange. Indtil 1992 havde man en tillægsordning, hvorved den enkelte ansatte modtog et årligt tillæg til sin løn, indtil vedkommende havde opnået topløn. I 1992 indførte HSE et præstationsrelateret element, således at det årlige tillægsbeløb blev reguleret i forhold til den ansattes præstationer. Ansatte, der præsterede meget, kunne således hurtigere opnå toplønnen. I 1995 nåede man frem til en Long Term Pay Agreement (langsigtet lønoverenskomst), hvorefter de årlige lønstigninger blev udbetalt i form af aktier i forhold til den ansattes præstationer. Konsekvensen af denne omlægning var, at tempoet, hvormed der skete en tilnærmelse mellem ansatte i samme lønramme med henholdsvis høj og lav anciennitet, blev nedsat. I 2000 ændredes lønsystemet igen, således at de, der befandt sig i en lavere lønramme, fik højere årlige lønstigninger for derved at gøre opstigningen gennem lønrammerne hurtigere.

11 — Den samme mekanisme findes i betragtning 31 til direktiv 2000/78 og betragtning 21 til direktiv 2000/43, hvorefter »[r]eglerne om bevisbyrde bør tilpasses, når der umiddelbart synes at foreligge en sag om forskelsbehandling, og bevisbyrden bør, for at princippet om ligebehandling kan anvendes effektivt, gå over til sagsøgte, når der fremlægges beviser for en sådan forskelsbehandling«.

11. I regnskabsåret 2000/2001 var B.F. Cadmans årsløn på 35 129 GBP, mens fire af hendes mandlige kolleger. der var ansat i samme lønramme, havde en årsløn på hhv. 39 125 GBP, 43 345 GBP, 43 119 GBP og 44 183 GBP. Forskellen i årsløn mellem B.F. Cadman og referencepersonerne, som varierede fra 4 000 til 9 000 GBP, var en følge af, at de fire mandlige referencepersoner havde højere anciennitet hos HSE.

12. Ved stævning indleveret til Manchester Employment Tribunal i juni 2001 påstod B.F. Cadman, at HSE's lønsystem havde en uforholdsmæssigt negativ virkning for kvinder, og at hun derfor var berettiget til at modtage den samme løn som de fire mandlige kolleger. B.F. Cadman støttede sin påstand på Equal Pay Act 1970 (lov af 1970 om lige løn), som gennemfører artikel 141 EF.

13. Section 1 i Equal Pay Act, som er relevant i den foreliggende sag, bestemmer:

»1) Hvis en aftale om ansættelse af en kvinde i en virksomhed i Storbritannien ikke indeholder (direkte eller ved henvisning til en kollektiv overenskomst eller på anden måde) en ligebehandlingsklausul, skal den anses for at indeholde en sådan klausul.

2) En ligebehandlingsklausul er en bestemmelse, som vedrører vilkårene (uanset om de omhandler løn) i en aftale om ansættelse af en kvinde (herefter »kvindeaftalen«), og som har til følge, at

[...]

b) der i tilfælde af, at en kvinde er ansat i et arbejde, der er af samme værdi som det arbejde, der udføres af en mand i samme stilling, gælder følgende:

i) Hvis en bestemmelse (bortset fra ligebehandlingsklausulen) i kvindeaftalen, der er baseret på en evaluering af det arbejde, som skal udføres, er eller bliver mindre gunstig for kvinden end en bestemmelse af samme art i en aftale om ansættelse af en mand, anses den pågældende bestemmelse i kvindeaftalen for ændret, således at den ikke er mindre gunstig.

ii) Hvis kvindeaftalen (bortset fra ligebehandlingsklausulen) på et tidspunkt ikke indeholder en

bestemmelse svarende til en bestemmelse i en mands aftale om ansættelse, der er baseret på en evaluering af det arbejde, som skal udføres, og som giver ham en fordel, skal kvindeaftalen anses for at indeholde en sådan bestemmelse.

[...]

3) Ligebehandlingsklausulen berører ikke forskellen mellem kontrakten indgået med den kvindelige arbejdstager og den mandlige arbejdstager, hvis arbejdsgiveren godtgør, at denne forskel reelt skyldes et materielt kriterium, der ikke er forskellen på køn, og at kriteriet

a) i tilfælde af en ligebehandlingsklausul, der er omfattet af stk. 2, litra [...] b), ovenfor, følger af en reel forskel mellem den kvindelige og den mandlige arbejdstagers situation

[...]«

14. Endvidere er indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn i henhold til section 1 (1)(b)(ii) i Sex Discrimination Act 1975 ulovlig, medmindre den er begrundet.

15. Manchester Employment Tribunal behandlede den af B.F. Cadman anlagte sag mellem den 7. maj og den 8. juli 2002 og fastslog, at B.F. Cadman i medfør af section 1 i Equal Pay Act 1970 var berettiget til at få fastslået, at lønvilkåret i hendes kontrakt skulle ændres således, at det ikke var mindre fordelagtigt end de tilsvarende vilkår i ansættelseskontrakterne for hendes fire referencepersoner.

16. HSE ankede denne afgørelse til Employment Appeal Tribunal (herefter »Appeal Tribunal«), som ved dom af 22. oktober 2003 tog HSE's påstand til følge af to grunde. For det første fastslog den, at der i lyset af Danfoss-dommen ikke forelå et krav om særlig begrundelse fra arbejdsgivers side, hvor lønmæssig forskelsbehandling skyldtes, at man anvendte anciennitetskriteriet i et lønsystem. For det andet fastslog den, at selv hvis der havde foreligget et krav om en sådan begrundelse, havde Employment Tribunal begået en retlig fejl, da den tog stilling til spørgsmålet.

17. B.F. Cadman ankede sagen til Court of Appeal. Equal Opportunities Commission (herefter »EOC«) fik som intervenient adgang til at indgive skriftlige og mundtlige indlæg. EOC godtgjorde for — hvilket ingen af parterne har anfægtet — at kvindelige arbejdstagere, set som en samlet gruppe, i Det Forenede Kongerige og i hele Den Europæiske Union har en lavere anciennitet end mandlige arbejdstagere. Anciennitetskriteriet som en bestemmende faktor for lønfastsættelsen spiller derfor en vigtig rolle i den fortsatte lønforskel mellem kvindelige og mandlige arbejdstagere.

18. HSE har til stadighed forsvaret sin lønpraksis og gjort gældende, at lønforskellen var en følge af B.F. Cadmans lavere anciennitet, og at dette er en væsentlig og objektiv omstændighed, som adskiller hendes situation fra de fire mandlige referencepersoners, således som det fastslås i Danfoss-dommen.

19. B.F. Cadman og EOC har på den anden side gjort gældende, at Domstolen har fraveget sin afgørelse i Danfoss-sagen i sin senere praksis. De gør gældende, at arbejdsgiveren har pligt til at give en objektiv begrundelse for lønforskellen mellem B.F. Cadman og referencepersonerne.

20. Court of Appeal bemærkede, at der er en åbenbar forskel mellem Danfoss-dommen og andre senere domme, navnlig Nimz-dommen [12], Hill og Stapleton-dommen [13] og Gerster-dommen [14], og fastslog, at spørgsmålet »ikke var fri for uklarheder« [15]. Court of Appeal besluttede af denne grund at forelægge følgende tre præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Hvis en arbejdsgivers anvendelse af anciennitetskriteriet ved lønfastsættelsen har forskellig virkning i forhold til de relevante mandlige og kvindelige arbejdstagere, kræver artikel 141 EF da, at arbejdsgiveren særligt begrunder anvendelsen af dette kriterium? Hvis svaret afhænger af omstændighederne, hvilke omstændigheder er der da tale om?

2) Vil besvarelsen af det foregående spørgsmål blive anderledes, hvis arbejdsgiveren anvender anciennitetskriteriet fra sag til sag, således at der foretages en vurdering af, i hvilket omfang anciennitet begrunder en højere løn?

3) Kan der foretages nogen relevant sondring mellem anciennitetskriteriets anvendelse på deltidsansatte arbejdstagere og dets anvendelse på fuldtidsansatte arbejdstagere?«

21. B.F. Cadman, EOC, Det Forenede Kongeriges regering, Irland og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen. De var også repræsenteret under retsmødet, som fandt sted den 8. marts 2006, hvorunder også den franske regering var repræsenteret.

12 — Dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Sml. I, s. 297.

13 — Dom af 17.6.1998, sag C-243/95, Sml. I, s. 3739.

14 — Dom af 2.10.1997, sag C-1/95, Sml. I, s. 5253.

15 — Præmis 23 i dommen, hvori det blev besluttet at forelægge de præjudicielle spørgsmål.

III — Gennemgang

22. Jeg vil indlede besvarelsen af de af Court of Appeal forelagte præjudicielle spørgsmål med en beskrivelse af, hvordan bevisbyrden fordeles i sager om indirekte forskelsbehandling. Derefter vil jeg redegøre for, i hvilket omfang anciennitet kan anvendes i et lønsystem, uden at dette er i strid med artikel 141 EF, med henblik på en konstatering af, om artikel 141 EF skal fortolkes således, at den tillader et lønsystem som det, HSE anvender. Endelig vil jeg behandle spørgsmålet om en tidsmæssig begrænsning af virkningerne af Domstolens dom i den foreliggende sag, som er rejst af Det Forenede Kongeriges regering og Irland.

A — *Fordeling af bevisbyrden i sager om indirekte forskelsbehandling*

1. Rammer for gennemgangen

23. I modsætning til direkte forskelsbehandling opstår indirekte forskelsbehandling på grundlag af bestemmelser, som efter selve deres ordlyd finder anvendelse på samme måde i forhold til mænd og kvinder. Hvis en neutral bestemmelse reelt stiller kvinder ringere, kan der antages at foreligge indirekte forskelsbehandling [16]. En bestemmelse, som stiller unge eller ældre arbejdstagere ringere ved sin anvendelse, selv om den er neutralt affattet, kan også bevirke, at der foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af alder [17]. Spørgsmålet er ikke blevet rejst af den forelæggende ret, men i den foreliggende sag er det ikke utænkeligt, at anvendelsen af et anciennitetskriterium i et lønsystem under visse omstændigheder kan føre til indirekte forskelsbehandling på grundlag af alder [18]. Det ligger i begrebet indirekte forskelsbehandling, at et materielt begreb om lighed skal opfyldes [19].

24. Direkte forskelsbehandling kan ikke begrundes. I henhold til fast retspraksis og artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80 kan indirekte forskelsbehandling imidlertid være begrundet.

16 — Jf. i denne henseende dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 31, Gerster-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 30, dom af 2.10.1997, sag C-100/95, Kording, Sml. I, s. 5289, præmis 16, og Hill og Stapleton-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 24.

17 — Domstolen fastslog i dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 75, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip.

18 — Det er muligt at forestille sig et lønsystem, som stiller unge arbejdstagere ringere, fordi det belønner anciennitet uforholdsmæssigt og derfor favoriserer ældre arbejdstagere. Omvendt kan en anden type lønsystem, hvor der ikke tages hensyn til arbejdstageres tidligere erfaringer, antages at stille ældre arbejdstagere ringere. Hvad angår adgang til beskæftigelse tillades dog i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2000/78/EF »fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervserfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse«. Generelt er forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af alder genstand for mange forbehold og begrænsninger (jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 27.10.2005 i sag C-227/04, Lindorfer mod Rådet, som verserer for Domstolen, punkt 87).

19 — S. Prechal, »Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes«, CMLRev., vol. 41 (2004), 2. udg., s. 533.

25. Artikel 4 i direktiv 97/80 indeholder bestemmelser om fordelingen af bevisbyrden mellem arbejdsgiver og arbejdstager for så vidt angår sager om indirekte forskelsbehandling. En klager, som gør gældende, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, skal fremlægge bevis for, at den anfægtede bestemmelse faktisk har en forskellig virkning for kvinder. På dette indledende stadium ligger bevisbyrden således hos arbejdstageren. Kravet om, at arbejdsgiveren eller lovgiver skal begrunde en praksis eller politik, som ved første øjekast er neutral, opstår først, hvis der føres et sådant bevis. Når et sådant bevis er fremlagt, skal arbejdsgiveren eller lovgiver, alt afhængig af hvem, der har truffet foranstaltningen, bevise, at foranstaltningen forfølger et legitimt mål, er strengt nødvendig for at nå dette legitime mål, og at den står i et rimeligt forhold hertil [20].

26. B.F. Cadmans påstand om, at hun har været genstand for indirekte forskelsbehandling, skal vurderes på baggrund af disse rammer for undersøgelsen. Court of Appeal har dog spurgt, om Domstolen i Danfoss-dommen faktisk afveg fra disse rammer for så vidt angår anciennitetskriteriet i et lønsystem. Det er derfor nødvendigt at klarlægge betydningen af denne dom i forhold til den senere retspraksis.

20 — Det samme kriterium anvendes af de engelske domstole, uanset om de henviser til Domstolens praksis eller ej. Jf. afgørelsen fra Employment Tribunal i Crossley mod Arbitration Conciliation and Advisory Service-dommen (sag 1304744/98, som var vedlagt B.F. Cadmans indlæg).

2. Domstolens praksis om arbejdsgivers pligt til at begrunde anvendelse af anciennitetskriteriet i et lønsystem

27. I Danfoss-dommen behandlede Domstolen spørgsmål, som var stillet af en dansk voldgiftsret vedrørende et lønsystem, i hvilket der ydedes samme grundløn til medarbejdere i samme løngruppe, men hvor der også blev udbetalt individuelle løntillæg, som blev beregnet på grundlag af den ansattes fleksibilitet, faglige uddannelse og anciennitet. En kvindelig arbejdstager gjorde gældende, at lønsystemet indirekte forskelsbehandlede kvinder. Efter at have vurderet, hvordan bevisbyrden skulle fordeles mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren i lyset af, at lønsystemet savnede gennemsigtighed, vurderede Domstolen lovligheden af de tre ovennævnte kriterier individuelt under hensyn til den forskellige virkning, som disse kriterier kunne have for kvinder. Domstolen fastslog, at anvendelse af fleksibilitetskriteriet var begrundet, for så vidt som det blev anvendt til at honorere kvaliteten af det udførte arbejde. Hvis fleksibilitet blev anvendt for at honorere, at en lønmodtager kan tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, kunne det imidlertid ikke betragtes som et neutralt kriterium, da kvinder »på grund af de huslige og familiemæssige forpligtelser, som ofte påhviler dem, mindre let end mandlige lønmodtagere kan tilrette-

lægge deres arbejdstid på en fleksibel måde« [21]. Hvad angår faglig uddannelse fastslog Domstolen, at »en arbejdsgiver imidlertid [kan] begrunde honorering af en speciel faglig uddannelse, såfremt han godtgør, at en sådan uddannelse er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har« [22].

28. Endelig fastslog Domstolen, og det er den del af dommen, som spørgsmålene i den foreliggende sag drejer sig om, at anciennitet »kan medføre en mindre gunstig behandling af kvindelige lønmodtagere end mandlige, i det omfang kvinder er kommet senere ud på arbejdsmarkedet end mænd eller oftere må afbryde deres karriereforløb« [23]. Derefter fastslog Domstolen, at »[d]a højere anciennitet imidlertid er ensbetydende med større erfaring, og denne normalt sætter lønmodtageren i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre, kan en arbejdsgiver honorere anciennitet uden at skulle bevise, hvilken betydning den har for udførelsen af den pågældende lønmodtagers konkrete arbejdsopgaver« [24].

29. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at anciennitetskriteriet i princippet skal anses for at være begrundet, også selv om arbejdstageren påviser, at det har en uforholdsmæssig virkning for kvinder. Arbejdsgiveren har kun pligt til at give en særlig begrundelse, hvis arbejdstageren kan påvise, at den betydning, som anciennitet tillægges, er helt uforholdsmæssig.

30. Irland og den franske regering har indtaget et mere radikalt standpunkt og har gjort gældende, at det følger af Danfoss-dommen, at anciennitet altid skal betragtes som et legitimt kriterium for lønfastsættelse.

31. B.F. Cadman og EOC har derimod gjort gældende, at Danfoss-dommen skal fortolkes således, at »i en stilling, hvor erfaring sætter en person i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre, kan det være hensigtsmæssigt at anvende anciennitet som en rimelig målestok for de ansattes forskellige kompetence til at udføre deres arbejdsopgaver« [25]. Efter deres opfattelse skal arbejdsgiveren derfor altid give en særlig begrundelse. Det er ikke helt klart, hvad denne særlige begrundelse består i. Kravet synes at kunne strække sig så vidt som til, at arbejdsgiveren fra sag til sag skal begrunde anvendelsen af et lønsystem, som er baseret på anciennitet.

21 — Danfoss-dommen, præmis 21.
22 — Danfoss-dommen, præmis 23.
23 — Danfoss-dommen, præmis 24.
24 — Danfoss-dommen, præmis 24.

25 — Punkt 103 i EOC's skriftlige indlæg.

32. Kommissionen har valgt at betragte Danfoss-dommen som »en specifik dom, der støtter sig på helt særlige omstændigheder« [26], som ikke rejser tvivl om arbejdsgiverens pligt til at give en begrundelse, når et lønsystem har en forskellig virkning for mandlige og kvindelige arbejdstagere.

33. Selv om jeg er enig i den fortolkning, som B.F. Cadman, EOC og Kommissionen har gjort gældende, dvs. at bevisbyrden for så vidt angår begrundelsen for et lønsystem påhviler arbejdsgiveren, mener jeg, af grunde, som jeg herefter vil redegøre for, at det også er vigtigt, at arten af en sådan begrundelse defineres for at hindre, at arbejdsgiveren pålægges en urimelig bevisbyrde.

34. I henhold til artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80 er en forskellig virkning for det ene køn ganske vist ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, hvis virkningen kan begrundes objektivt med et legitimt mål, og foranstaltningerne til at nå dette mål er hensigtsmæssige og nødvendige. Bevisbyrden for så vidt angår en sådan begrundelse behandles dog i direktivets artikel 4, og det er i lyset heraf, at jeg finder det vanskeligt at acceptere de nationale regeringers argumenter. Den franske regering og Irland har endelig gjort gældende, at anciennitet altid vil være et objektivt begrundet, hensigtsmæssigt og nødvendigvis legitimt mål. Som jeg vil redegøre for nedenfor, ser jeg intet grundlag for en så generel og ubetinget accept af anciennitetskriteriet. Det Forenede Kongeriges regering har derimod accepteret, at anciennitet i visse tilfælde ikke er et acceptabelt kriterium, men gør gældende, at bevisbyrden i så fald påhviler arbejdstageren. Jeg kan dog ikke se nogen grund til, at arbejdstageren skal bære bevisbyrden for at påvise, at anciennitetskriteriet tillægges en helt uforholdsmæssig betydning, frem for at arbejdsgiveren skal bevise, at systemet er forholdsmæssigt. En sådan fortolkning er i strid med artikel 4. I stedet tyder såvel ordlyden og bestemmelsens almindelige opbygning som direktivets overordnede mål på, at det er arbejdsgiveren, der i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, og artikel 4 skal fremlægge en objektiv begrundelse for kriteriet, og som skal bevise, at kriteriet både er en hensigtsmæssig foranstaltning for at nå et legitimt mål og nødvendigt hertil. Arten af denne begrundelse, eller med andre ord omfanget af den bevisbyrde, som pålægges arbejdsgiveren, er en anden sag. Det er i denne henseende, at de traditionelle argumenter til fordel for et anciennitetskriterium kan være relevante, og at det kan være nødvendigt at indføre visse begrænsninger af den bevisbyrde, som B.F. Cadman og EOC mener, at arbejdsgiveren skal pålægges.

35. For det første bemærkes, at Danfoss-dommen blev afsagt, inden direktiv 97/80 var blevet vedtaget. Før vedtagelsen af direktivet havde en ret mulighed for at fastslå, at en arbejdsgiver ikke behøver at begrunde anvendelsen af anciennitetskriteriet, således

26 — Punkt 30 i Kommissionens skriftlige indlæg.

som Domstolen gjorde det i Danfoss-dommen. Efter vedtagelsen af direktivet kunne et kriterium, som stiller kvinder ringere, ikke længere udelukkes fra artikel 4's anvendelsesområde (citeret i punkt 6 ovenfor).

36. Der hersker ingen tvivl om, at direktiv 97/80 er relevant i den foreliggende sag, da det i henhold til artikel 3 finder anvendelse på situationer, der er omhandlet i artikel 141 EF.

37. En anerkendelse af den fortolkning, som den franske regering og Irland støtter, vil endvidere være i strid med direktiv 97/80's formål, som i henhold til artikel 1 er »at sikre større effektivitet i de foranstaltninger, medlemsstaterne træffer i henhold til ligebehandlingsprincippet«. Dermed vil også princippet om lige løn, som er knæsat i artikel 141 EF, blive undermineret.

38. Hvis anvendelsen af anciennitetskriteriet som en bestemmende faktor i et lønsystem medfører, at kvinder behandles forskelligt, påhviler det derfor arbejdsgiveren i henhold til artikel 4 i direktiv 97/80 at bevise, at anvendelsen af kriteriet kan begrundes, fordi det er relevant i lyset af virksomhedens overordnede lønsystem og funktion.

39. For det andet er den senere retspraksis relevant for en vurdering af, om Danfoss-dommen stadig kan påberåbes af en arbejdsgiver for at undgå at skulle begrunde et lønsystem, som er baseret på anciennitetskriteriet, og som har en forskellig virkning for kvinder.

40. I Nimz-dommen [27] skulle Domstolen vurdere, om artikel 141 EF kunne fortolkes således, at den tillod bestemmelser, som i henhold til en kollektiv aftale for offentligt ansatte funktionærer i Tyskland fandt anvendelse på deltidsansatte arbejdstagere. I henhold til denne kollektive aftale kunne arbejdstagere forfremmes efter en tjenesteperiode på seks år. Tjenesteperioder, hvori den ansatte havde haft en arbejdstid på mindst tre fjerdedele af normal arbejdstid, skulle medregnes fuldt ud. Tjenesteperioder, hvori den ansatte havde haft en arbejdstid på mellem halvdelen og tre fjerdedele af normal arbejdstid, skulle dog kun medregnes med halvdelen. Den tyske regering støttede sit argument om lovligheden af den anfægtede bestemmelse på, at fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere har mere omfattende erfaringer og hurtigere erhverver kvalifikationer og færdigheder i forbindelse med deres arbejdsopgaver end deltidsbeskæftigede. Domstolen fastslog dog i dommens præmis 15, at artikel 141 EF er til hinder for anvendelse

27 — Nævnt i fodnote 12.

af bestemmelsen, »medmindre arbejdsgiveren godtgør, at den pågældende overenskomstbestemmelse er begrundet i faktorer, som er objektive, hvilket især afhænger af forholdet mellem det udførte arbejdes karakter og den erfaring, udførelsen af arbejdet giver efter et bestemt antal arbejdstimer«.

41. I Gerster-dommen [28] undersøgte Domstolen på ny beregningsmetoden for anciennitet for offentligt ansatte i Tyskland, som var forskellig for fuldtids- og deltidsbeskæftigede arbejdstagere. I denne sag udelukkede Domstolen ikke, at den nationale ret kunne fastslå, at der var en sammenhæng mellem erhvervelse af erfaringer og den omstændighed, at en arbejdstager arbejder på fuld tid frem for deltid, men krævede ikke desto mindre, at proportionalitetskriteriet skulle anvendes [29]. I Kording-dommen [30] fastslog Domstolen, at det tilkom den nationale ret at fastslå, om den omstændighed, at der for en deltidsbeskæftiget ansøger kræves en længere beskæftigelsesperiode end for en fuldtidsbeskæftiget ansøger som betingelse for fritagelse for en eksamen med henblik på at kunne udøve et erhverv, er berettiget af objektive grunde, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

42. Generaladvokat La Pergola støttede i sit forslag til afgørelse i disse to sager en strengere betragtning. Efter hans opfattelse savnede forfremmelsessystemet i Gerster-sagen en indre logik, da det på den ene side ligestillede deltidsbeskæftigede, som arbejdede mere end to tredjedele af den normale arbejdstid, med fuldtidsbeskæftigede, mens ansatte med en arbejdstid, der kun var ubetydeligt kortere end den normale arbejdstid, på den anden side faldt ind under kategorien deltidsansatte [31]. Mere generelt fastslog han, at forfremmelsessystemet byggede på den antagelse, at en deltidsansat tjenestemand skal udføre sit arbejde i længere tid end en fuldtidsansat. Efter hans opfattelse savnedes der i alle henseender bevis for denne antagelse [32].

43. I den næste sag, hvor Domstolen behandlede ligebehandlingsprincippet, nemlig Hill og Stapleton-dommen [33], der vedrørte lønsystemet for irske offentligt ansatte, bekræftede Domstolen, at det påhviler arbejdsgiveren at bevise, at anvendelsen af anciennitet, defineret som den tid, den pågældende faktisk har arbejdet, som kriterium ved indplaceringen på løntrin af arbejdstagere, som overgår fra beskæftigelse på jobdelingsbasis til fuldtidsbeskæftigelse, var begrundet i objektive kriterier, som intet havde at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

28 — Nævnt i fodnote 14.

29 — De valgte midler skulle altså være i overensstemmelse med et legitimt mål i socialpolitikken, være egnede til at gennemføre denne socialpolitiske målsætning og være nødvendige hertil (Gerster-dommen, præmis 40).

30 — Nævnt i fodnote 16, præmis 26.

31 — Jf. forslag til afgørelse i Gerster-sagen, punkt 47.

32 — Punkt 40.

33 — Nævnt i fodnote 13, præmis 43.

44. I den sidste relevante sag, som parterne har påberåbt sig, Nikoloudi-sagen [34], behandlede Domstolen bl.a. anciennitetskriteriet. I henhold til en kollektiv aftale kunne kun fuldtidsbeskæftigede, som havde været beskæftigede i mindst to år, komme i betragtning til en fast stilling. Et af de spørgsmål, som blev rejst under denne sag, var, om anciennitet for deltidsbeskæftigede skulle beregnes forholdsmæssigt, eller om hele den periode, de havde arbejdet på deltid, skulle medregnes. Domstolen erindrede om, at »hvorvidt et sådant kriterium er objektivt, [afhænger] af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde« [35]. Arbejdsgiveren gjorde gældende, at anciennitet var et nødvendigt kriterium for at kunne vurdere arbejdstagerens faglige erfaring. Uden at præcisere, hvilken indvirkning disse faktorer kunne have på det anvendte kriteriums gyldighed, fastslog Domstolen, at anvendelsen af anciennitetskriteriet også kunne anvendes til at belønne loyalitet over for virksomheden [36].

45. Det er påfaldende, at Domstolen ikke lagde Danfoss-dommen til grund for nogen af afgørelserne i disse sager. Generaladvokaterne har forsøgt at forklare udviklingen i retspraksis. Ifølge generaladvokat La Pergolas forslag til afgørelse i Hill og Stapleton-sagen kan Danfoss-dommen kun forstås i den deri beskrevne sammenhæng og på baggrund af de særlige omstændigheder i denne sag, som de forelå oplyst for Domstolen. Generaladvokat Stix-Hackl fastslog ligeledes, at Domstolen havde fraveget Danfoss-dommen i Nimz-sagen, Gerster-sagen og Kording-sagen [37].

46. Senere afgørelser har måske ikke udtrykkeligt fraveget Danfoss-dommen, men der hersker ingen tvivl om, at den er blevet ændret som følge af disse. Det er ikke muligt at drage en slutning alene ud fra den omstændighed, at Domstolen i senere domme ikke udtrykkeligt har forkastet sin konklusion i Danfoss-dommen, da Domstolen kun i meget sjældne tilfælde udtrykkeligt ændrer sin egen praksis, navnlig da ingen af de senere sager udtrykkeligt har krævet, at den reviderede sin tidligere afgørelse [38].

47. Sammenfattende er det åbenbart, at direktiv 97/80 [39], som støttes på artikel 141 EF, har harmoniseret og kodificeret bevisbyrdefordelingen således, at den løsning, som Domstolen valgte i Danfoss-dommen, selv om den er forståelig på baggrund af de særlige omstændigheder i denne sag, ikke kan påberåbes i den foreliggende sag. Efter min opfattelse skal Court of Appeals første spørgsmål besvares således, at hvis en arbejdsgivers anvendelse af anciennitetskriteriet i et lønsystem har forskellig virkning i forhold til de relevante mandlige og kvindelige arbejdstagere, skal denne i henhold til artikel 141 EF samt artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i direktiv 97/80 begrunde anven-

34 — Dom af 10.3.2005, sag C-196/02, Sml. I, s. 1789.

35 — Nikoloudi-dommen, præmis 55.

36 — Nikoloudi-dommen, præmis 63.

37 — Jf. forslaget til afgørelse i Nikoloudi-sagen, punkt 50.

38 — Jf. mit forslag til afgørelse af 1.2.2006 i sag C-94/04, Cipolla, og sag C-202/04, Macrino og Capodarte, som verserer for Domstolen, punkt 28 og 29.

39 — Jf. f.eks. dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 13-19, og af 31.5.1995, sag C-400/93, Royal Copenhagen, Sml. I, s. 1275, præmis 24.

delsen af dette kriterium. Arten af den begrundelse, som skal gives, vil blive diskuteret nedenfor.

B — *Arten af begrundelse, som kræves for, at anciennitetskriteriet kan anvendes i et lønsystem*

48. Arten af begrundelse, som en arbejdsgiver skal give for at afkræfte en formodning om indirekte forskelsbehandling som følge af, at et lønsystem stiller kvinder ringere, skal vurderes i lyset af direktiv 97/80 og retspraksis vedrørende indirekte forskelsbehandling. Dette spørgsmål er centralt, da den grad af bevis, som kræves af en arbejdsgiver, vil muliggøre en retlig undersøgelse af et lønsystem, som anfægtes på baggrund af ligelønsprincippet. Det er nødvendigt at fastslå, om det er tilstrækkeligt med en generel begrundelse for anvendelsen af anciennitetskriteriet i et lønsystem, eller om begrundelsen derimod skal vedrøre den enkelte arbejdstagers situation. I praksis har arbejdsgiverne og lovgiver fremført en række mulige begrundelser for foranstaltninger, som stiller kvinder ringere [40]. Det vil ofte tilkomme den nationale ret at fastslå, om en foranstaltning, som er truffet med det formål at forfølge et legitimt mål, står i forhold hertil henset til den af arbejdsgiveren fremsatte begrundelse.

49. I modsætning til hvad den franske regering og Irland har gjort gældende, er det hævet over enhver tvivl, at Danfoss-dommen ikke kan fortolkes således, at den retfærdiggør alle lønsystemer, som er baseret på anciennitetskriteriet. Men til forskel fra det, som B.F. Cadman og EOC tilsyneladende hævder, kan en arbejdstagers påstand om indirekte forskelsbehandling ikke udløse et krav om, at arbejdsgiveren skal begrunde den løn, som udbetales til én medarbejder i forhold til den, som udbetales til andre. Accept af dette argument vil medføre en risiko for, at arbejdsgiveren vil blive pålagt en uacceptabel byrde, og selve argumentet tager ikke hensyn til, at begrundelsen i henhold til artikel 2, stk. 2, navnlig kan angå kriteriet i sig selv og ikke nødvendigvis hvert enkelt tilfælde af forskellig behandling af arbejdstagere. Med andre ord kan arbejdsgiverens bevisbyrde løftes, hvis det kriterium, som anvendes i lønsystemet, er begrundet, og det vil ikke altid være nødvendigt at give en begrundelse for en forskelsbehandling af enkelte arbejdstagere, som måtte opstå som følge af anvendelsen af kriteriet.

50. Under retsmødet anførte Det Forenede Kongeriges repræsentant, at der findes en lang række grunde til, at en arbejdsgiver vælger at anvende et lønsystem, som er baseret på anciennitet. En erfaren arbejdstager er normalt mere produktiv i arbejdet,

40 — Jf. T.K. Hervey, »EC law on justifications for sex discrimination in working life«, i *Collective bargaining, discrimination, social security and European integration*, Bulletin of comparative labour relations, nr. 48, 2003, s. 103. Blandt de mulige begrundelser, som nævnes, sondrer forfatteren mellem arbejdsrelaterede begrundelser som fysisk formåen, kvalifikationer og uddannelse, virksomhedsrelaterede begrundelser som økonomisk og finansiel effektivitet og begrundelser, som vedrører den almene interesse som behovet for at fremme beskæftigelsen eller ønsket om at fremme mindre virksomheder.

da han eller hun har bedre kendskab til arbejdsgiverens virksomhed og kunder. Et stabilt personale gør det også muligt for arbejdsgiveren at reducere omkostningerne til uddannelse og undgå omkostningstunge ansættelsesprocedurer. Arbejdsgiveren har således et klart forretningsmæssigt incitament til at belønne anciennitet.

51. I sit mundtlige indlæg forklarede den franske regering endvidere, hvorfor en offentlig arbejdsgiver har en lovlig grund til at belønne arbejdstagere med høj anciennitet. I den franske offentlige sektor er anciennitet ikke knyttet til den type af arbejde, som udføres, men retfærdiggøres af den offentlige ansattes forhold til administrationen. Et lønsystem, som er baseret på anciennitetskriteriet, sikrer de offentlige ansattes uafhængighed og neutralitet.

52. Selv om lovligheden af anciennitetskriteriet ikke er blevet bestridt som sådan, opstår der dog spørgsmål om, i hvilket omfang arbejdsgiverens økonomiske interesser skal tilpasses arbejdstagerens interesse i, at ligelønsprincippet overholdes. For selv om det er lovligt for en arbejdsgiver at belønne anciennitet og/eller loyalitet, er der utvivlsomt situationer, hvor et lønsystem, også selv om det er neutralt i sin opbygning, stiller kvinder ringere. I så tilfælde skal der i henhold til artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80 foretages en vurdering af proportionaliteten af det kriterium, som lønsystemet anvender, og som fører til, at kvinder stilles ringere, hvorunder det skal godtgøres, at kriteriet bygger på legitime mål og er proportionalt med de mål, der forfølges.

53. Som Det Forenede Kongeriges regering har anerkendt, har et lønsystem med automatiske lønstigninger, der udelukkende afhænger af anciennitet, en negativ virkning for kvindelige arbejdstagere, da kvinder generelt kommer senere ud på arbejdsmarkedet og oftere afbryder deres karriere af årsager, som er knyttet til moderskab og familiært ansvar.

54. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at Domstolen i Danfoss-sagen tillagde anciennitetskriteriet en særlig status, da »arbejdsgiveren havde ret til at give en generel begrundelse og ikke skulle føre konkrete beviser« [41]. Irland er i vid udstrækning af samme opfattelse. Dette betyder, efter regeringens opfattelse, at da anciennitet kan betragtes som en garanti for bedre præstationer, vil anvendelsen af anciennitetskriteriet i et lønsystem altid være forenelig med artikel 141 EF.

55. Jeg er ikke enig i denne antagelse. Efter min opfattelse opfylder den ikke kravet om

41 — Punkt 26 i Det Forenede Kongeriges regerings skriftlige indlæg.

proportionalitet, som fremgår af artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80, og som definerer begrebet indirekte forskelsbehandling.

56. I henhold til det proportionalitetskrav, som er fastsat i artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80 [42], skal det godtgøres, at det anfægtede kriterium »er hensigtsmæssig(t) og nødvendig(t) og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer«.

57. Hvis en generel begrundelse, som f.eks. at anciennitet bevirker, at en arbejdstager kan udføre sine arbejdsopgaver bedre, i betragtning af artikel 141 EF var tilstrækkelig til at begrunde et lønsystem, som stiller kvinder ringere, ville det stort set være umuligt for en arbejdstager at anfægte et lønsystem af denne grund.

58. Endvidere vil en domstolsprøvelse heller ikke være mulig under sådanne omstændigheder. Derfor fastslog Domstolen i Seymour-Smith og Perez-dommen [43], at »generelle udsagn« ikke var tilstrækkelige til at begrunde en foranstaltning, der indebar forskelsbehandling. Efter min opfattelse medfører det proportionalitetskriterium, som kræves i henhold til artikel 2, stk. 2, at arbejdsgiveren har pligt til at bevise, at det anvendte lønsystem, også selv om det støttes på et legitimt mål, er opbygget således, at det minimerer den forskellige virkning, det har for kvinder. Dette kræver, som jeg vil redegøre for nedenfor, en undersøgelse af, hvordan der tages hensyn til f.eks. anciennitet, og hvilken vægt anciennitet tillægges i forhold til andre kriterier i lønsystemet (som f.eks. præstationer), som er mindre ufordelagtige for kvinder.

59. For bedre at forstå arten af den begrundelse, som kræves, kan det være nyttigt at drage en parallel til sager, der vedrører arbejdskraftens frie bevægelighed, da den afvejning, der skal foretages i disse sager, i visse tilfælde har ligheder med den afvejning, der foretages ved en undersøgelse af anciennitetskriteriet, når der foreligger en mistanke om indirekte forskelsbehandling. I Köbler-dommen [44] fastslog Domstolen, at et særligt anciennitetstillæg, som den østrigske stat i dennes egenskab af arbejdsgiver under visse omstændigheder [45] ydede universitetsprofessorer i tillæg til deres grundløn, var i strid med artikel 39 EF og ikke kunne begrundes med tvingende almene hensyn. Domstolen afvejede arbejdsgiverens ret til at belønne loyalitet i forhold til princippet om arbejds-

42 — Samt i direktiv 2000/78, 2000/43 og 76/207, som ændret.

43 — Dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Sml. I, s. 623, præmis 76.

44 — Dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Sml. I, s. 10239.

45 — Nemlig at de havde været ansat i minimum 15 år ved et østrigsk universitet og havde modtaget det normale anciennitetstillæg i mindst fire år.

kraftens frie bevægelighed [46]. Domstolen fastslog, at belønning af loyalitet er et legitimt mål, men at det ikke var tilstrækkeligt til at begrunde den hindring, som det indebar. Staten havde pligt til at begrunde de særlige betingelser, som lå til grund for belønningen i lyset af dennes virkning på den frie bevægelighed. Da loyalitetsydelsen sandsynligvis ville afholde østrigske professorer fra at udøve deres ret til fri bevægelighed, og derfor førte til en afskærmning af arbejdsmarkedet for universitetsprofessorer, fastslog Domstolen, at den var i strid med artikel 39 EF.

60. På samme måde er det i henhold til artikel 141 EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i direktiv 97/80, ikke tilstrækkeligt at bevise, at et anciennitetskriterium generelt kan have et legitimt mål (at belønne erfaring og loyalitet). Et sådant kriterium skal være proportionalt med dette mål for så vidt angår dets eventuelle ufordelagtige virkning for kvinder.

61. Endelig fremgår det også af retspraksis efter Danfoss-dommen, at anvendelsen af anciennitetskriteriet i et lønsystem som målestok for erfaring ikke i sig selv kan begrunde de eventuelt forskellige virkninger, som lønsystemet måtte have på kvinders løn.

62. Generaladvokat Darmon [47] og generaladvokat La Pergola [48] udtrykte begge tvivl om, hvorvidt hensyn til erfaring skulle accepteres som en almen og abstrakt regel. Også Domstolen har afvist denne opfattelse. På trods af at sagen vedrørte en sammenligning mellem deltids- og fuldtidsbeskæftigede, fastslog Domstolen i Nimz-dommen, at »[g]anske vist er anciennitet ensbetydende med en større erfaring, som principielt sætter arbejdstageren i stand til bedre at udføre sine arbejdsopgaver, men om et sådant kriterium er objektivt, afhænger af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, særlig af forholdet mellem det udførte arbejdes karakter og den erfaring, udførelsen af arbejdet giver efter et bestemt antal arbejdstimer« [49]. Det følger heraf, at Domstolen havde til hensigt at gøre objektiviteten af kriteriet faglig erfaring afhængig af arten af det berørte arbejde. Irlands indsigelse om, at den senere retspraksis kun behandler beregningen af anciennitet for deltidsbeskæftigede, kan ikke tages til følge. Spørgsmålet, om arbejdet blev udført under

46 — Köbler-dommen, præmis 86.

47 — I sit forslag til afgørelse i Nimz-sagen, punkt 15, fastslog generaladvokat Darmon, at »[e]rfaring har nu engang ikke samme afgørende betydning for en ansat, der skal udføre vedligeholdelsesopgaver, som for den, der skal lede en forvaltningsafdeling«.

48 — Generaladvokat La Pergolas forslag til afgørelse i Hill og Stapleton-sagen, punkt 34. Jf. også hans forslag til afgørelse i Gerster-sagen, nævnt i fodnote 14, og Kording-sagen, nævnt i fodnote 16.

49 — Jf. Nimz-dommen, præmis 14. Jf. også Gerster-dommen, præmis 39, og Kording-dommen, præmis 23.

deltids- eller fuldtidsbeskæftigelse, er nemlig irrelevant.

63. På baggrund af de anførte betragtninger kan arten af det bevis, som arbejdsgiveren skal fremlægge for at bevise, at anvendelsen af et anciennitetskriterium ikke fører til indirekte forskelsbehandling, sammenfattes som følger. For det første er en vis grad af gennemsigtighed nødvendig med hensyn til spørgsmålet om, hvorledes anciennitetskriteriet anvendes i lønsystemet, således at en domstolsprøvelse er mulig [50]. Det skal navnlig fremgå klart, hvor stor en vægt anciennitetskriteriet tillægges ved lønfastsættelsen — enten som målestok for erfaring eller som et middel til belønning af loyalitet — i forhold til andre kriterier, som f.eks. præstationer og kvalifikationer. Endvidere skal arbejdsgiveren redegøre for, hvorfor erfaring er værdifuldt for et bestemt arbejde, og hvorfor den belønnes proportionalt. Denne analyse tilkommer det den nationale ret at foretage, men der hersker ingen tvivl om, at f.eks. erfaring er mere værdifuld — og derfor legitimt belønnet — for stillinger, der omfatter ansvar og ledelsesopgaver end for stillinger, der omfatter rutinearbejde, hvor anciennitetskriteriet kun kan lægges til grund for en lille andel af lønnen. Dette kriterium kan være særlig relevant i uddannelsesperioden, men bliver mindre relevant, så snart den ansatte behersker sine arbejdsopgaver i tilstrækkelig grad. Endelig skal den måde, hvorpå der tages hensyn til anciennitet, også minimere den negative virkning, som kriteriet måtte have for kvinder. Efter min opfattelse vil f.eks. et system, der ikke medregner barselsorlov for kvinder og mænd, selv om det ved første blik er neutralt, føre til indirekte forskelsbehandling af kvinder.

64. Arten af bevis, som kræves i sager om indirekte forskelsbehandling, er generel i den forstand, at arbejdsgiveren ikke behøver at begrunde, hvorfor en bestemt arbejdstager får en højere løn end en anden, så længe lønsystemet er logisk struktureret, således at der tages hensyn til såvel arbejdsbeskrivelser som virksomhedens forretningsmæssige behov, og således at den forskellige virkning, som systemet måtte have for kvinder, minimeres. Fremlægges der bevis herfor, er der intet, der kan give grundlag for at antage, at artikel 141 EF er blevet tilsidesat, medmindre arbejdstageren kan bevise, at en ukorrekt anvendelse af systemet medfører indirekte forskelsbehandling. Hvis arbejdsgiveren imidlertid ikke beviser, at anvendelsen af anciennitetskriteriet i lønsystemet er forholdsmæssig, eller hvis det er umuligt at godtgøre, at dette er tilfældet, fordi lønsystemet savner tilstrækkelig gennemsigtighed, har arbejdsgiveren pligt til at begrunde lønforskellene for så vidt angår den særlige situation for den arbejdstager, der anfægter lønsystemet.

50 — Jf. artikel 9, stk. 2, i direktiv 76/207, i henhold til hvilken medlemsstaterne »regelmæssigt [foretager] en undersøgelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for erhvervsudøvelse for at vurdere, om det under hensyntagen til den sociale udvikling er berettiget, at disse fortsat udelukkes«.

65. I den foreliggende sag tilkommer det den nationale ret at vurdere, om HSE i tilstrækkelig grad har begrundet anvendelsen af anciennitetskriteriet ved fastsættelsen af løn til lederne af Field Management Units. I denne forbindelse skal HSE redegøre for, hvordan anciennitet vægtes i forhold til andre kriterier som f.eks. præstationer ved fastsættelsen af arbejdstagernes løn, og hvorfor anciennitetskriteriet er nødvendigt og står i et rimeligt forhold til målsætningen om at belønne erfaring og/eller loyalitet under hensyn til arten af det berørte arbejde.

66. For at besvare Court of Appeals første spørgsmål mere udtømmende skal det tilføjes, at hvis en arbejdsgivers anvendelse af anciennitetskriteriet ved lønfastsættelsen har en forskellig virkning i forhold til de relevante mandlige og kvindelige arbejdstagere, har arbejdsgiveren i henhold til artikel 141 EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i direktiv 97/80 pligt til at bevise, at den måde, hvorpå kriteriet anvendes ved lønfastsættelsen for så vidt angår den berørte stilling, tager hensyn til virksomhedens forretningsmæssige behov, og at kriteriet anvendes forholdsmæssigt, således at den ufordelagtige virkning, det har for kvinder, minimeres. Kan arbejdsgiveren ikke begrunde lønsystemets struktur, har denne pligt til særligt at begrunde forskellen i lønniveauet mellem den arbejdstager, der har klaget, og andre arbejdstagere, der udfører samme arbejde.

C — Behov for en tidsmæssig begrænsning af dommens virkninger

67. Irland og Det Forenede Kongeriges regering har argumenteret for en tidsmæssig begrænsning af dommen, såfremt Domstolen fastslår, at arbejdsgiveren altid skal begrunde anvendelsen af anciennitetskriteriet i et lønsystem, hvis en arbejdstager anlægger sag med påstand om, at ligelønsprincippet er tilsidesat som følge af, at lønsystemet stiller kvinder ringere.

68. Til støtte for denne påstand har Det Forenede Kongeriges regering gjort gældende, at Domstolens dom vil få tilbagevirkende kraft, hvilket vil skabe tvivl om retsforhold mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, som er indgået i god tro og i overensstemmelse med Danfoss-dommen. Efter Det Forenede Kongeriges regerings opfattelse kræver retssikkerhedsprincippet, at Domstolens argumentation i Danfoss-dommen skal følges, indtil Domstolen afsiger dom i den foreliggende sag. Det Forenede Kongerige har gjort gældende, at et stort antal kontraktforhold vil blive draget i tvivl, hvis arbejdsgiverne pålægges en pligt til at begrunde deres tidligere lønsystemer, da en arbejdstager i Det Forenede Kongerige kan gøre et krav gældende om lige løn i op til seks år tilbage i tiden. Endvidere vil det være vanskeligt at fremlægge bevis for relevante omstændigheder efter så mange år.

69. I henhold til fast retspraksis kan Domstolen undtagelsesvist begrænse den tids-

mæssige virkning af en dom i en præjudiciel sag, hvis to kumulative betingelser er opfyldt [51]. For det første kan Domstolen under anvendelse af et almindeligt retssikkerhedsprincip begrænse en berørt persons mulighed for at påberåbe sig en fortolket bestemmelse med henblik på anfægtelse af tidligere i god tro stiftede retsforhold. For det andet kræver Domstolen bevis for, at der foreligger en risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig på grund af det store antal retsforhold, der er stiftet i god tro.

70. I den foreliggende sag er Det Forenede Kongeriges argument om, at den foreslåede fortolkning af artikel 141 EF kan medføre, at retsforhold, som er indgået i god tro, drages i tvivl, efter min opfattelse overbevisende. Der var faktisk en vis usikkerhed — og dette forklarer, hvorfor den nationale ret har valgt at udsætte sagen og at forelægge Domstolen de præjudicielle spørgsmål — om, hvordan artikel 141 EF skulle fortolkes for så vidt angår anvendelsen af anciennitetskriteriet i et lønsystem. For det første har Domstolen aldrig udtrykkeligt ændret Danfoss-dommen. For det andet støtter de senere retssager, som vedrører fordelingen af bevisbyrden mellem arbejdsgiver og arbejdstager for så vidt angår løn- eller forfremmelsessystemers mulige diskriminerende virkning, sig ikke på direktiv 97/80. På baggrund af disse omstændigheder kunne medlemsstaterne og de berørte parter med rimelighed gå ud fra, at indirekte forskelsbehandling i artikel 141 EF's forstand ikke beror på anvendelsen af anciennitetskriteriet i et lønsystem [52].

71. Hvad angår den anden betingelse kan det, selv om jeg er overbevist om, at den fortolkning, jeg har foreslået, af artikel 141 EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i direktiv 97/80, fortsat gør det muligt at anvende anciennitetskriteriet i lønsystemer, ikke udelukkes, at den kan påvirke den måde, hvorpå der skal tages hensyn til anciennitetskriteriet, og hvordan det skal afvejes i forhold til andre relevante kriterier. Hvis Domstolen accepterer den fortolkning, som jeg foreslår i den foreliggende sag, kan et stort antal arbejdstagere følgelig blive berørt [53] og gøre krav gældende, som virksomhederne ikke kunne have forudset [54].

72. Under hensyn til alle de berørte parters gode tro for så vidt angår arbejdsgiverens pligt til at begrunde et lønsystem, som er baseret på anciennitet, og som har en forskellig virkning for kvinder, er det hensigtsmæssigt at tage hensyn til retssikkerheden for alle de berørte parter og i princippet gøre det umuligt at genoptage spørgsmål om løn med tilbagevirkende kraft [55]. Jeg foreslår derfor Domstolen, at den foreslåede fortolk-

51 — Jf. i denne henseende dom af 2.2.1988, sag 24/86, Blaizot, Sml. s. 379, præmis 28, af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 41, og af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 74.

52 — Jf. i denne henseende Barber-dommen, nævnt i fodnote 51, præmis 43.

53 — Det Forenede Kongeriges regering anførte under retsmødet, at 36% af alle arbejdstagere aflønnes i henhold til et lønsystem, som er baseret på anciennitetskriteriet.

54 — Jf. i denne henseende Defrenne-dommen, præmis 70.

55 — Jf. i denne henseende Defrenne-dommen, præmis 74, og Barber-dommen, præmis 44.

ning af artikel 141 EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i direktiv 97/80, ikke kan påberåbes til støtte for krav vedrørende indirekte forskelsbehandling, som er opstået forud for afsigelsen af dommen i den foreliggende sag, som følge af et lønsystem, der er baseret på anciennitet, medmindre arbejdstagerne forinden har anlagt sag eller fremsat et tilsvarende krav.

IV — Forslag til afgørelse

73. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Hvis en arbejdsgivers anvendelse af anciennitetskriteriet ved lønfastsættelsen har forskellig virkning i forhold til de relevante mandlige og kvindelige arbejdstagere, har arbejdsgiveren i henhold til artikel 141 EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i Rådets direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn, pligt til at bevise, at den måde, hvorpå kriteriet anvendes ved lønfastsættelsen for så vidt angår den berørte stilling, tager hensyn til virksomhedens forretningsmæssige behov, og at kriteriet anvendes forholdsmæssigt, således at den ufordelagtige virkning, det har for kvinder, minimeres. Kan arbejdsgiveren ikke begrunde lønsystemets struktur, har denne pligt til særligt at begrunde forskellen i lønniveauet mellem den arbejdstager, der har klaget, og andre arbejdstagere, der udfører det samme arbejde.

2) Under hensyn til besvarelsen af det første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

3) Der skal ikke foretages nogen sondring mellem anvendelsen af anciennitetskriteriet på deltidsansatte arbejdstagere og fuldtidsansatte arbejdstagere.

4) Denne fortolkning af artikel 141 EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 2, og artikel 4 i direktiv 97/80, kan ikke påberåbes til støtte for krav vedrørende indirekte forskelsbehandling, som er opstået forud for afsigelsen af dommen i den foreliggende sag, som følge af et lønsystem, der er baseret på anciennitet, medmindre arbejdstagerne forinden har anlagt sag eller fremsat et tilsvarende krav.«