CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO van 18 mei 2006 [1]

1. Dit prejudiciële verzoek van de Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) betreft de ontwikkeling van de communautaire rechtspraak op het gebied van gelijke beloning. De vraag waar het om draait, is of het zogenoemde arrest Danfoss [2] nog altijd toepassing kan vinden. Hierin heeft het Hof geoordeeld dat werkgevers het gebruik van het anciënniteitscriterium in hun beloningssysteem niet hoeven te rechtvaardigen, zelfs niet wanneer het tot een benadeling van vrouwen leidt, aangezien „anciënniteit en beroepservaring [...] hand in hand gaan en een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden". De onderhavige zaak stelt beloningssystemen die de anciënniteit als beloningscriterium gebruiken, niet rechtstreeks ter discussie, maar kan er wel indirect gevolgen voor hebben. Waar het om gaat, is ten eerste de verdeling van de bewijslast tussen de werkgever en de werknemer om vast te stellen of een indirecte discriminatie die voortvloeit uit een op het anciënniteitscriterium gebaseerd beloningssysteem kan worden gerechtvaardigd, en ten tweede de aard van de vereiste rechtvaardiging en de omvang van de bewijslast. Indien als algemene regel wordt aanvaard dat anciënniteit een geldige maatstaf is om ervaring en bekwaamheid te belonen, dan wordt het voor een werknemer onmogelijk om een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem aan te vechten, zelfs indien een dergelijk systeem in feite vrouwen benadeelt. Maar indien wordt geoordeeld dat een werkgever elk verschil in behandeling dat voorvloeit uit de toepassing van anciënniteit als criterium in het beloningssysteem, moet rechtvaardigen, dan kan het voor de werkgever moeilijk blijken om nauwkeurig en gedetailleerd bewijs te leveren van de mate waarin bekwaamheid en productiviteit toenemen met de anciënniteit.

I — Rechtskader

2. De onderhavige zaak heeft betrekking op de gelijkheid van vrouwen en mannen, een in de artikelen 2 EG en 3, lid 2, EG neergelegd grondbeginsel van het EG-recht dat deel

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Arrest van 17 oktober 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening (109/88, Jurispr. blz. 3199, punt 24).

uitmaakt van de grondslagen van de Gemeenschap.[3] Het beginsel van gelijke beloning voor gelijk of gelijkwaardig werk is neergelegd in artikel 141 EG, dat als volgt luidt:

„1. Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.

2. Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.

Gelijke beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van eenzelfde maatstaf;

b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor eenzelfde functie."

3. Artikel 141 EG is aangevuld door verschillende besluiten van afgeleid recht. Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers[4] garandeert dat ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning geen onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gemaakt. Artikel 1 van deze richtlijn bepaalt:

„Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag en hierna te noemen „beginsel van gelijke beloning", houdt in dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning.

In het bijzonder, wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik wordt gemaakt van een systeem van werkclassificatie, dient dit systeem te berusten op criteria die voor

3 — Arrest van 8 april 1976, Defrenne (43/75, Jurispr. blz. 455, punt 12).

4 — PB L 45, blz. 19.

mannelijke en vrouwelijke werknemers eender zijn, en zodanig te zijn opgezet dat ieder onderscheid naar kunne is uitgesloten."

4. Het begrip indirecte discriminatie op grond van geslacht, dat niet uitdrukkelijk wordt genoemd in artikel 141 EG, is in de rechtspraak [5] ontwikkeld en vervolgens in de wetgeving opgenomen. Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht [6] geeft in artikel 2, lid 2, de volgende definitie van indirecte discriminatie op grond van geslacht: „Voor de toepassing van het in lid 1 genoemde beginsel van gelijke behandeling is van indirecte discriminatie sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht van de betrokkenen."

5. Hoewel de volgende richtlijnen in de onderhavige zaak niet van toepassing zijn, wil ik opmerken dat het begrip indirecte discriminatie nu uniform gedefinieerd is in richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming [7], richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep [8] en richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden [9], zoals gewijzigd bij richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002. [10] Volgens artikel 2 van richtlijn 76/207, zoals gewijzigd, is sprake van indirecte discriminatie: „wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn".

6. Met betrekking tot de verdeling van de bewijslast in zaken betreffende gelijke behandeling wordt in artikel 4 van richtlijn 97/80 ook bepaald dat wanneer een verzoeker „feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel

5 — Arrest van 31 maart 1981, Jenkins (96/80, Jurispr. blz. 911).

6 — PB 1998, L 14, blz. 6.

7 — PB L 180, blz. 22.

8 — PB L 303, blz. 16.

9 — PB L 39, blz. 40.

10 — PB L 269, blz. 15.

van gelijke behandeling niet werd geschonden".[11]

7. De verhouding tussen artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80, waarin het begrip indirecte discriminatie wordt gedefinieerd, en artikel 4 van dezelfde richtlijn betreffende de verdeling van de bewijslast zal van doorslaggevend belang zijn om de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden en te bepalen wanneer een beloningssysteem waarin de anciënniteit een beloningselement is, tot indirecte discriminatie kan leiden.

II — Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

8. Cadman is in dienst van de Health and Safety Executive (hierna: „HSE"), het nationale bureau voor gezondheids- en veiligheidsrisico's op het werk in Groot-Brittannië.

9. Cadman trad in juni 1990 in dienst van de HSE als inspecteur fabrieken. Aan het einde van haar opleiding in juni 1993 kreeg zij een promotie. In 1996 kwam zij aan het hoofd van een buitendienst te staan en promoveerde zij tot hoofdinspecteur gezondheid en veiligheid in salarisschaal 2. In februari 2001 werd zij overgeplaatst naar een operationele functie als hoofd van een beheerseenheid van de buitendienst.

10. Sinds Cadman in dienst is bij de HSE, is het beloningssysteem er verschillende keren gewijzigd. Vóór 1992 was het een systeem met periodieke verhogingen: iedere werknemer kreeg een jaarlijkse salarisverhoging tot hij de hoogste salaristrap binnen zijn schaal had bereikt. In 1992 voerde de HSE een prestatiegebonden element in, waardoor het bedrag van de jaarlijkse verhoging werd gekoppeld aan de prestaties van de werknemer. In dit systeem konden de best presterende werknemers sneller de top van de schaal bereiken. In 1995, na de inwerkingtreding van een langetermijnloonovereenkomst, werden de jaarlijkse salarisverhogingen vastgesteld door de toekenning van aan de prestaties van de werknemer gerelateerde „equity shares", waardoor het verschil in beloning tussen werknemers met verschillende anciënniteit binnen dezelfde rang minder snel afnam. Ten slotte werd in 2000 de mogelijkheid ingevoerd om aan de lager ingeschaalde werknemers grotere jaarlijkse verhogingen toe te kennen, zodat zij sneller in de salarisschaal konden stijgen.

11 — Hetzelfde systeem is opgenomen in overweging 31 van de considerans van richtlijn 2000/78 en overweging 21 van de considerans van richtlijn 2000/43, die vermelden: „Het is noodzakelijk dat de regels voor de bewijslast worden aangepast zodra er een kennelijke discriminatie bestaat; in de gevallen waarin een dergelijke situatie ook inderdaad blijkt te bestaan, vergt de feitelijke toepassing van het beginsel van gelijke behandeling dat de bewijslast bij de verweerder wordt gelegd."

11. In het boekjaar 2000-2001 bedroeg het jaarsalaris van Cadman 35 129 GBP, terwijl dat van vier mannelijke collega's in dezelfde rang 39 125 GBP, 43 345 GBP, 43 119 GBP en 44 183 GBP bedroeg. Het verschil in jaarsalaris tussen Cadman en haar referentiepersonen, dat tussen 4 000 GBP en 9 000 GBP lag, vloeide voort uit het feit dat de vier mannelijke referentiepersonen allemaal langer in dienst waren bij de HSE.

12. In juni 2001 heeft Cadman beroep ingesteld bij het Manchester Employment Tribunal (arbeidsrechtbank). Zij voerde aan dat het beloningssysteem van de HSE oneevenredig nadelige gevolgen voor vrouwen had en dat zij derhalve recht had op hetzelfde salaris als de vier mannelijke referentiepersonen. Cadman baseerde haar beroep op de Equal Pay Act 1970 (wet inzake gelijke beloning), die artikel 141 EG in nationaal recht omzet.

13. De in casu relevante Section 1 van de Equal Pay Act bepaalt:

„1) Indien een overeenkomst op grond waarvan een vrouw bij een onderneming in Groot-Brittannië in dienst is, geen gelijkheidsclausule (rechtstreeks of door verwijzing naar een collectieve overeenkomst of op een andere wijze) bevat, wordt zij geacht een dergelijk beding te bevatten.

2) Een gelijkheidsclausule is een bepaling die betrekking heeft op de voorwaarden (al dan niet inzake beloning) van de overeenkomst op basis waarvan een vrouw in dienst is („overeenkomst van de vrouw") en heeft tot gevolg dat,

[...]

b) ingeval een vrouw arbeid verricht die wordt gewaardeerd als gelijkwaardig aan die van een man in dezelfde dienstbetrekking,

i) (afgezien van de gelijkheidsclausule) een door de waardering van het werk bepaalde voorwaarde in de overeenkomst van de vrouw die minder gunstig is of wordt dan een vergelijkbare voorwaarde in de overeenkomst op basis waarvan de man in dienst is, zal worden geacht aldus te zijn gewijzigd dat zij niet minder gunstig is, en

ii) de overeenkomst van de vrouw, wanneer op enig ogenblik blijkt dat deze (afgezien van de gelijkheids-

clausule) geen bepaling bevat die overeenstemt met een door de waardering van het werk bepaalde voorwaarde in de overeenkomst op basis waarvan de man in dienst is, waarbij hem een voordeel wordt verleend, zal worden geacht deze voorwaarde te bevatten.

[...]

3) De gelijkheidsclausule heeft geen gevolgen voor het verschil tussen de overeenkomst van de vrouw en de overeenkomst van de man, wanneer de werkgever aantoont dat dit verschil daadwerkelijk wordt veroorzaakt door een ander materieel criterium dan het onderscheid naar kunne en dit criterium:

a) in het geval van een gelijkheidsclausule die binnen de werkingssfeer van lid 2, sub a of b, hiervoor valt, het gevolg is van een reëel verschil tussen de situatie van de vrouw en die van de man;

[...]"

14. Bovendien verbiedt Section 1, lid 1, sub b-ii, van de Sex Discrimination Act 1975 (wet betreffende discriminatie op grond van het geslacht) indirecte discriminatie op grond van geslacht behoudens rechtvaardigingsgrond.

15. Het Employment Tribunal, dat de zaak Cadman behandelde tussen 7 mei en 8 juli 2002, besliste dat verzoekster recht had op een verklaring op grond van Section 1 van de Equal Pay Act, dat de beloningsclausule in haar overeenkomst aldus moest worden gewijzigd dat zij niet minder gunstig was dan de vergelijkbare clausule in de arbeidsovereenkomst van de vier referentiepersonen.

16. De HSE heeft hoger beroep ingesteld bij het Employment Appeal Tribunal (hierna: „Appeal Tribunal"), dat in zijn arrest van 22 oktober 2003 dit beroep op twee gronden heeft toegewezen. Het oordeelde in de eerste plaats dat, gelet op het arrest van het Hof in de zaak Danfoss, een verschil in beloning als gevolg van de toepassing van het anciënniteitscriterium in het beloningssysteem geen speciale rechtvaardiging van de werkgever behoeft. In de tweede plaats was het van oordeel dat, zelfs indien een dergelijke rechtvaardiging zou zijn vereist, het Employment Tribunal blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling daarvan.

17. Cadman heeft op haar beurt hogere voorziening ingesteld bij de Court of Appeal. De Equal Opportunities Commission (commissie gelijke kansen; hierna: „EOC") diende als interveniënte schriftelijke en mondelinge opmerkingen in. De EOC verstrekte — door alle partijen aanvaard — bewijsmateriaal waaruit blijkt dat in het Verenigd Koninkrijk en in heel de Europese Unie de anciënniteit van vrouwelijke werknemers over het geheel genomen lager is dan van mannelijke werknemers en dat de anciënniteit als beloningselement een rol speelt in de aanhoudende loonkloof tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers.

18. De HSE bleef zijn beloningspraktijk verdedigen en stelde dat het verschil in beloning een gevolg was van de lagere anciënniteit van Cadman, een materiële en objectieve factor waardoor haar situatie verschilde van die van de vier mannelijke referentiepersonen, zoals door het Hof in de zaak Danfoss aanvaard.

19. Cadman en de EOC betoogden van hun kant dat het arrest Danfoss door latere rechtspraak van het Hof ter discussie is gesteld. Zij stelden dat de werkgever de verschillen in beloning tussen Cadman en de vier referentiepersonen objectief moet rechtvaardigen.

20. De Court of Appeal zag een duidelijke discrepantie tussen het arrest Danfoss en recentere arresten, in het bijzonder die van 7 februari 1991, Nimz [12], 17 juni 1998, Hill en Stapleton [13], en 2 oktober 1997, Gerster [14], en concludeerde dat dit punt „niet vrij van onzekerheid" [15] was. Hij heeft dan ook de volgende drie prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd:

„1) Vereist artikel 141 EG dat de werkgever de toepassing van het criterium anciënniteit als element voor de vaststelling van de beloning speciaal rechtvaardigt, wanneer die toepassing ongelijke gevolgen heeft voor de relevante mannelijke en vrouwelijke werknemers? Wanneer het antwoord afhangt van de omstandigheden, welke zijn dan die omstandigheden?

2) Luidt het antwoord op de vorige vraag anders, wanneer de werkgever het criterium anciënniteit op individuele basis toepast op de werknemers, zodat daadwerkelijk een beoordeling plaatsvindt van de vraag in welke mate een hogere anciënniteit een hoger beloningsniveau rechtvaardigt?

3) Kan er een relevant onderscheid worden gemaakt tussen de toepassing van het criterium anciënniteit bij deeltijdwerknemers en de toepassing van dat criterium bij voltijdwerknemers?"

21. Cadman, de EOC, de regering van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en de Commissie hebben bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend. Zij waren ook vertegenwoordigd ter terechtzitting van 8 maart 2006, waar de Franse regering eveneens vertegenwoordigd was.

12 — C-184/89, Jurispr. blz. I-297.

13 — C-243/95, Jurispr. blz. I-3739.

14 — C-1/95, Jurispr. blz. I-5253.

15 — Punt 23 van het verwijzingsarrest.

III — Bespreking

22. Bij de beantwoording van de door de Court of Appeal voorgelegde vragen zal ik eerst beschrijven hoe de bewijslast in gevallen van indirecte discriminatie is verdeeld. Vervolgens zal ik ingaan op de vraag tot op welke hoogte het anciënniteitscriterium in een beloningssysteem kan worden toegepast zonder dat artikel 141 EG wordt geschonden, en of artikel 141 EG dus een beloningssysteem zoals dat van de HSE toelaat. Ten slotte zal ik mij buigen over de vraag van de regering van het Verenigd Koninkrijk en Ierland betreffende beperking in de tijd van de werking van het door het Hof te wijzen arrest in deze zaak.

A — *Verdeling van de bewijslast in gevallen van indirecte discriminatie*

1. Analysekader

23. Anders dan directe discriminatie vloeit indirecte discriminatie voort uit bepalingen die ogenschijnlijk gelijkelijk van toepassing zijn op mannen en vrouwen. Indien een neutraal geformuleerde bepaling in feite vrouwen benadeelt, kan zij als indirect discriminerend worden beschouwd.[16] Een ogenschijnlijk neutrale bepaling die jongere of oudere werknemers benadeelt, kan ook indirecte discriminatie op grond van leeftijd opleveren.[17] Hoewel de verwijzende rechter dit in de onderhavige zaak niet aan de orde heeft gesteld, is het niet ondenkbaar dat de toepassing van het anciënniteitscriterium in een beloningssysteem in bepaalde omstandigheden tot indirecte discriminatie op grond van leeftijd kan leiden.[18] Inherent aan het concept indirecte discriminatie is het vereiste van een materieel gelijkheidsbegrip.[19]

24. Directe discriminatie kan nooit gerechtvaardigd zijn. Voor indirecte discriminatie kunnen volgens vaste rechtspraak en volgens artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80 echter wel rechtvaardigingsgronden bestaan.

16 — Zie in dat verband arrest van 13 mei 1986, Bilka (170/84, Jurispr. blz. 1607, punt 31), arrest Gerster (reeds aangehaald, punt 30), arrest van 2 oktober 1997, Kording (C-100/95, Jurispr. blz. I-5289, punt 16), en arrest Hill en Stapleton (reeds aangehaald, punt 24).

17 — In het arrest van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punt 75) heeft het Hof verklaard dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht moet worden beschouwd.

18 — Men kan zich een beloningssysteem voorstellen dat jongere werknemers benadeelt omdat het anciënniteit onevenredig beloont en aldus oudere werknemers bevoordeelt. Omgekeerd kan een ander soort beloningssysteem dat geen rekening houdt met de ervaring van de werknemers, als nadelig voor oudere werknemers worden beschouwd. Bij de toegang tot werkgelegenheid staat artikel 6, lid 1, sub b, van richtlijn 2000/78 niettemin „minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit" toe. In het algemeen is het verbod van discriminatie op grond van leeftijd aan talrijke voorbehouden en beperkingen onderworpen (conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 27 oktober 2005 in de zaak Lindorfer/Raad (C-227/04 P, nog aanhangig, punt 87).

19 — Prechal, S., Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes', *CMLRev.*, vol. 41, 2004, nr. 2, blz. 533.

25. Voor gevallen van indirecte discriminatie worden in artikel 4 van richtlijn 97/80 regels betreffende de verdeling van de bewijslast tussen werkgever en werknemer gegeven. Een persoon die indirecte discriminatie stelt, moet bewijzen dat de betwiste bepaling daadwerkelijk ongelijke gevolgen voor vrouwen heeft. In dit eerste stadium van de procedure rust de bewijslast derhalve op de werknemer. De werkgever of wetgever moet een ogenschijnlijk neutrale praktijk of neutraal beleid slechts rechtvaardigen indien dat bewijs is geleverd. Ligt het bewijs er, moet de werkgever of de wetgever — afhankelijk van de oorsprong van de maatregel — aantonen dat de betrokken maatregelen een legitiem doel nastreven, strikt noodzakelijk zijn voor het bereiken van dat doel en ook evenredig zijn aan dat doel. [20]

26. De stelling van Cadman dat zij het slachtoffer is van indirecte discriminatie, moet worden beoordeeld in het licht van dit analysekader. De Court of Appeal vraagt nu of het Hof in het arrest Danfoss van deze analyse is afgeweken wat het anciënniteitscriterium in een beloningssysteem betreft. De draagwijdte van dit arrest ten opzichte van de latere rechtspraak moet derhalve worden gepreciseerd.

20 — Hetzelfde criterium wordt door de Engelse rechters toegepast, met of zonder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof. Zie het vonnis van het Employment Tribunal in de zaak Crossley/Arbitration Conciliation and Advisory Service (zaak nr. 1304744/98, in bijlage bij de opmerkingen van Cadman).

2. Rechtspraak van het Hof over de verplichting van de werkgever om de toepassing van het anciënniteitscriterium in een beloningssysteem te rechtvaardigen

27. In het arrest Danfoss heeft het Hof zich uitgesproken over vragen van een Deens scheidsgerecht betreffende een beloningssysteem in het kader waarvan aan werknemers in dezelfde loongroep hetzelfde basisloon werd betaald, maar daarnaast ook individuele toeslagen op basis van flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit. Een verzoekster stelde dat het beloningssysteem indirect discriminerend was voor vrouwen. Na te hebben onderzocht hoe de bewijslast tussen de werkgever en de werknemer moest worden verdeeld gelet op het feit dat het beloningssysteem niet transparant was, heeft het Hof de rechtmatigheid van de drie bovengenoemde criteria afzonderlijk beoordeeld rekening houdend met de ongelijke gevolgen die de criteria voor vrouwen kunnen hebben. Het Hof oordeelde dat flexibiliteit een rechtmatig criterium is wanneer het wordt gebruikt om de kwaliteit van de verrichte arbeid te belonen. Indien het echter ertoe dient om het vermogen van de werknemer om zich aan te passen aan variabele werktijden en arbeidsplaatsen te honoreren, kan het niet als een neutraal criterium worden beschouwd, aangezien vrouwen „vanwege de veelal op hen rustende huishoudelijke taken en gezinsverplichtingen, hun werktijden minder gemakkelijk

kunnen aanpassen dan mannelijke werknemers". [21] Wat beroepsopleiding betreft, merkte het Hof op dat „de werkgever de beloning van een speciale beroepsopleiding [kan] rechtvaardigen door aan te tonen, dat die opleiding van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden". [22]

28. Ten slotte stelde het Hof vast — en dit is het deel van het arrest waar het in casu om gaat — dat anciënniteit „een benadeling van vrouwelijke werknemers ten opzichte van hun mannelijke collega's tot gevolg [kan] hebben, voor zover vrouwen hun intrede op de arbeidsmarkt later doen dan mannen of hun loopbaan vaker moeten onderbreken". [23] Het Hof voegde hier aan toe dat „aangezien anciënniteit en beroepservaring evenwel hand in hand gaan en een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, [...] de werkgever anciënniteit [mag] belonen zonder dat hij behoeft aan te tonen, wat het belang ervan is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden". [24]

29. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft in de onderhavige zaak gesteld dat het anciënniteitscriterium in beginsel als gerechtvaardigd moet worden beschouwd, zelfs indien de werknemer aantoont dat het voor vrouwen onevenredig nadelige gevolgen heeft. De werkgever is volgens haar slechts verplicht een speciale rechtvaardiging te geven indien de werknemer eerst heeft aangetoond dat het belang dat aan anciënniteit wordt gehecht, buiten alle verhouding is.

30. Het standpunt van Ierland en de Franse regering is radicaler. Zij hebben gesteld dat uit het arrest Danfoss voortvloeit dat anciënniteit altijd als een rechtmatig criterium voor de vaststelling van het loon moet worden beschouwd.

31. Cadman en de EOC hebben daarentegen aangevoerd dat het arrest Danfoss zo moet worden uitgelegd „dat in een functie waarin ervaring een persoon in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten, anciënniteit een passende maatstaf kan zijn ter beoordeling van de uiteenlopende bekwaamheid van het personeel om zijn werkzaamheden te verrichten". [25] Huns inziens moet de werkgever het anciënniteitscriterium dus altijd speciaal rechtvaardigen. Het is echter niet heel duidelijk wat onder die speciale rechtvaardiging moet worden verstaan. Het lijkt zo ver te kunnen gaan dat de toepassing van een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem in elk concreet geval moet worden gerechtvaardigd.

21 — Arrest Danfoss, reeds aangehaald, punt 21.
22 — Ibidem, punt 23.
23 — Ibidem, punt 24.
24 — Ibidem.
25 — Punt 103 van de schriftelijke opmerkingen van de EOC.

32. De Commissie ziet het arrest Danfoss veeleer als „een specifiek arrest gebaseerd op zeer bijzondere feitelijke omstandigheden" [26], dat de rechtvaardigingsplicht van werkgevers ingeval een beloningssysteem ongelijke gevolgen voor mannen en vrouwen heeft, niet ter discussie stelt.

33. Ofschoon ik het eens ben met de door Cadman, de EOC en de Commissie voorgestelde uitlegging dat de bewijslast van de rechtvaardiging van het beloningssysteem op de werkgever rust, vind ik het om de redenen die ik hierna zal uiteenzetten ook belangrijk dat de aard van die rechtvaardiging wordt omschreven, zodat de werkgever geen te zware last wordt opgelegd.

34. Het is juist dat volgens artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80 het feit dat er ongelijke gevolgen zijn voor één geslacht niet volstaat voor het bewijs van indirecte discriminatie, indien die gevolgen objectief gerechtvaardigd kunnen worden door een legitiem doel en de middelen die worden gebruikt om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. De bewijslast met betrekking tot deze rechtvaardiging wordt echter behandeld in artikel 4 van de richtlijn. In het licht daarvan zijn de argumenten van de nationale regeringen moeilijk te aanvaarden. De Franse regering en Ierland stellen ten slotte dat er bij anciënniteit altijd sprake is van een objectief gerechtvaardigd, passend en noodzakelijkerwijs legitiem doel. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, zie ik geen grond om het anciënniteitscriterium zo algemeen en onvoorwaardelijk te steunen. De regering van het Verenigd Koninkrijk geeft van haar kant toe dat anciënniteit soms geen aanvaardbaar criterium is, maar merkt op dat de bewijslast in dat geval op de werknemer rust. Ik zie echter niet waarom de werknemer zou moeten bewijzen dat het belang dat aan het anciënniteitscriterium wordt gehecht, buiten alle verhouding is, en niet de werkgever, dat het systeem in feite evenredig is. Artikel 4 verzet zich tegen een dergelijke uitlegging. Zowel de formulering en de algemene opzet van de bepaling als de algemene doelstelling van de richtlijn wijzen erop dat het de werkgever is die volgens artikel 2, lid 2, en artikel 4 van de richtlijn een objectieve rechtvaardiging voor dat criterium moet geven en aantonen dat het criterium een passend middel is om een legitiem doel te bereiken en ook noodzakelijk is om dat doel te bereiken. De aard van deze rechtvaardiging, anders gezegd de omvang van de bewijslast die de werkgever wordt opgelegd, is een andere zaak. In dat opzicht kunnen de traditionele argumenten voor het anciënniteitscriterium relevant zijn en is het mogelijk dat de volgens Cadman en de EOC aan de werkgever op te leggen bewijslast in zekere mate moet worden beperkt.

35. In de eerste plaats mag niet uit het oog worden verloren dat het arrest Danfoss vóór de vaststelling van richtlijn 97/80 is gewezen. In die tijd stond het de rechter nog vrij om, zoals het Hof in het arrest Danfoss, te beslissen dat de toepassing van het anciënniteitscriterium niet hoefde te worden gerecht-

26 — Punt 30 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

vaardigd door de werkgever. Sinds de vaststelling van de richtlijn kan een voor vrouwen nadelig criterium niet meer worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 4 (aangehaald in punt 6 van de onderhavige conclusie).

36. Het lijdt geen twijfel dat richtlijn 97/80 relevant is in deze zaak, aangezien volgens artikel 3 daarvan de richtlijn van toepassing is op de situaties bestreken door artikel 141 EG.

37. Aanvaarding van de door de Franse regering en Ierland voorgestane uitlegging zou bovendien ingaan tegen de doelstelling van richtlijn 97/80, die volgens artikel 1 erin bestaat „te waarborgen dat de door de lidstaten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling genomen maatregelen [...] doeltreffender worden gemaakt". Hierdoor zou ook het in artikel 141 EG neergelegde beginsel van gelijke beloning worden ondergraven.

38. Op grond van artikel 4 van richtlijn 97/80 is het dus aan de werkgever om te bewijzen dat wanneer het gebruik van het anciënniteitscriterium als element van een beloningssysteem tot ongelijke gevolgen voor vrouwen leidt, de toepassing van dit criterium gerechtvaardigd kan zijn omdat het in het licht van het totale beloningssysteem van het bedrijf en de bedrijfsactiviteit relevant is.

39. Ten tweede, voor de beoordeling van de vraag of een werkgever zich nog altijd kan beroepen op het arrest Danfoss om geen rechtvaardiging te hoeven geven voor een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem met ongelijke gevolgen voor vrouwen, is de latere rechtspraak relevant.

40. In het arrest Nimz [27] moest het Hof beslissen of de betwiste, voor deeltijdwerknemers geldende bepalingen van de Duitse collectieve arbeidsovereenkomst voor arbeidscontractanten in openbare dienst verenigbaar waren met artikel 141 EG. Op grond van deze collectieve arbeidsovereenkomst kwamen werknemers na een periode van zes jaar in aanmerking voor overgang naar de hogere salarisgroep. De dienstjaren van werknemers die ten minste drie vierde van de normale arbeidstijd werkten, telden volledig mee. Bij werknemers die tussen de helft en drie vierde van de normale arbeidstijd werkten, telden de dienstjaren echter slechts voor de helft. De regering van de Bondsrepubliek Duitsland verdedigde de rechtmatigheid van de betwiste bepaling met het argument dat voltijdwerknemers meer ervaring hebben en sneller dan deeltijdwerknemers voor hun functie relevante bekwaamheden en vaardigheden verwerven. Het Hof besliste echter in punt 15 van zijn arrest dat artikel 141 EG zich tegen een dergelijke bepaling verzet „tenzij de werkgever aantoont dat bedoelde bepaling haar

27 — Reeds aangehaald.

rechtvaardiging vindt in objectieve criteria verband houdend met de relatie tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die na een bepaald aantal arbeidsuren in deze functie is verworven".

41. In het arrest Gerster [28] heeft het Hof zich opnieuw gebogen over de berekeningsmethode voor de anciënniteit bij de Duitse overheidsdienst, die niet dezelfde was voor voltijd- en deeltijdwerknemers. In die zaak heeft het Hof de mogelijkheid niet uitgesloten dat de nationale rechter een verband vaststelt tussen het verwerven van ervaring en het feit dat een werknemer voltijds in plaats van deeltijds werkt, maar heeft het niettemin verlangd dat het evenredigheidsbeginsel werd toegepast. [29] In het arrest Kording [30] heeft het Hof verklaard dat de nationale rechter moet vaststellen of „het vereiste dat een deeltijdwerknemer een langere periode van beroepsactiviteit achter zich moet hebben dan een voltijdwerknemer om te worden vrijgesteld van het examen voor toegang tot het beroep van belastingadviseur, zijn rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die losstaan van elke discriminatie op grond van geslacht".

42. Advocaat-generaal La Pergola heeft in zijn conclusie in de laatste twee zaken een striktere aanpak voorgesteld. Zijns inziens ontbrak in de zaak Gerster „de interne logica van het systeem", aangezien enerzijds deeltijdwerknemers met meer dan twee derde van de normale arbeidsduur werden beschouwd als voltijdwerknemers, terwijl anderzijds werknemers die nauwelijks minder werkten, als deeltijdwerknemers ingedeeld bleven. [31] Meer in het algemeen stelde hij vast dat het promotiesysteem was gebaseerd op het loutere vermoeden dat deeltijdwerkers langer moesten werken dan voltijdwerkers. Dat werd volgens hem nergens bewezen. [32]

43. De volgende keer dat het Hof zich heeft moeten uitspreken over het beginsel van gelijke behandeling, ditmaal in verband met het beloningssysteem van de Ierse ambtenaren, was in de zaak Hill en Stapleton. [33] In zijn arrest heeft het Hof herhaald dat het aan de werkgever was om „aan te tonen dat het hanteren van het criterium van de diensttijd, gedefinieerd als de effectief gewerkte tijd, bij de inschaling van werknemers die van een tweelingbaan overgaan naar een voltijdfunctie, wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht".

28 — Reeds aangehaald.

29 — Anders gezegd, de middelen moeten zijn gekozen ter verwezenlijking van een legitiem doel van sociaal beleid, en geschikt en noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van dat doel (arrest Gerster, punt 40).

30 — Punt 26.

31 — Conclusie in de zaak Gerster, punt 47.

32 — Ibidem, punt 40.

33 — Punt 43.

44. In de laatste door partijen aangehaalde relevante zaak, Nikoloudi [34], heeft het Hof onder meer ook het anciënniteitscriterium behandeld. Een collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde dat alleen voltijdwerknemers met twee jaar diensttijd in aanmerking kwamen voor een vaste aanstelling. Een van de aan de orde gestelde vragen was of de anciënniteit voor deeltijdwerknemers proportioneel moest worden berekend of dat hun gehele periode van deeltijdwerk moest worden meegerekend. Het Hof merkte op „dat het objectieve karakter van [het anciënniteitscriterium] afhangt van alle omstandigheden van het individuele geval". [35] De werkgever stelde dat de anciënniteit noodzakelijk was om de beroepservaring van een werknemer te beoordelen. Zonder aan te geven welke gevolgen deze factoren voor de geldigheid van het toegepaste criterium kunnen hebben, merkte het Hof op dat anciënniteit ook trouw aan de onderneming kon belonen. [36]

45. Het springt in het oog dat het Hof in geen van deze zaken heeft teruggegrepen op het arrest Danfoss. De advocaten-generaal hebben geprobeerd de ontwikkeling van de rechtspraak te verklaren. Volgens advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie in de zaak Hill en Stapleton kon het arrest in de zaak Danfoss enkel worden gezien in zijn context en in het licht van de feiten zoals toen aan het Hof voorgelegd. Advocaat-generaal Stix-Hackl vond eveneens dat het Hof in de arresten Nimz, Gerster en Kording is afgeweken van het arrest Danfoss. [37]

46. In latere arresten heeft het Hof zich wellicht niet uitdrukkelijk gedistantieerd van het arrest Danfoss, maar het lijdt geen twijfel dat het de erin gedane uitspraken in recentere arresten heeft genuanceerd. Uit het enkele feit dat het Hof het arrest in de zaak Danfoss in latere zaken niet uitdrukkelijk heeft verworpen, kan niets worden afgeleid, aangezien het Hof zijn rechtspraak slechts heel zelden uitdrukkelijk wijzigt, zeker wanneer geen van de latere zaken een herziening van zijn eerdere uitspraak noodzakelijk maakt. [38]

47. Concluderend is het duidelijk dat richtlijn 97/80 [39], die is gebaseerd op artikel 141 EG, de aanpak ten aanzien van de verdeling van de bewijslast heeft geharmoniseerd en gecodificeerd, zodat in de onderhavige zaak niet kan worden teruggegrepen op de oplossing waarvoor het Hof in de zaak Danfoss heeft geopteerd, hoewel die keuze in de specifieke omstandigheden van dat geval begrijpelijk was. Mijns inziens moet op de eerste vraag van de Court of Appeal worden geantwoord dat wanneer de toepassing van het anciënniteitscriterium als beloningselement door een werkgever ongelijke gevolgen heeft voor de relevante mannelijke en vrouwelijke werknemers, artikel 141 EG, gelezen in samenhang met de artikelen 2, lid 2, en 4 van richtlijn 97/80, vereist dat de

34 — Arrest van 10 maart 2005, Nikoloudi (C-196/02, Jurispr. blz. I-1789).

35 — Punt 55 van het arrest.

36 — Punt 63 van het arrest.

37 — Conclusie in de zaak Nikoloudi, punt 50.

38 — Zie hierover mijn conclusie van 1 februari 2006 in de gevoegde zaken Cipolla (C-94/04) en Macrino en Capodarte (C-202/04), nog aanhangig, punten 28 en 29.

39 — Zie bijvoorbeeld arresten van 27 oktober 1993, Enderby (C-127/92, Jurispr. blz. I-5535, punten 13-19, en 31 mei 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Jurispr. blz. I-1275, punt 24).

werkgever het gebruik van dat criterium rechtvaardigt. De aard van de te geven rechtvaardiging zal ik hierna bespreken.

B — *De aard van de rechtvaardiging vereist voor de toepassing van het anciënniteitscriterium in een beloningssysteem*

48. De aard van de rechtvaardiging die door een werkgever moet worden gegeven om het vermoeden van indirecte discriminatie te weerleggen dat voortvloeit uit het feit dat een beloningssysteem vrouwen benadeelt, moet worden beoordeeld in het licht van richtlijn 97/80 en de rechtspraak met betrekking tot indirecte discriminatie. Dit is een centraal punt, omdat het niveau van het door een werkgever te leveren bewijs rechterlijke toetsing mogelijk maakt van een beloningssysteem waartegen op grond van het beginsel van gelijke beloning wordt opgekomen. Vastgesteld moet worden of een algemene rechtvaardiging voor de toepassing van een anciënniteitscriterium in een beloningssysteem kan volstaan of dat de rechtvaardiging integendeel moet zijn toegesneden op de situatie van iedere werknemer afzonderlijk. In de praktijk hebben werkgevers en wetgevers tal van mogelijke rechtvaardigingen uitgewerkt voor maatregelen die vrouwen benadelen. [40] Het wordt vaak aan de nationale rechter overgelaten om vast te stellen of de maatregelen die ter verwezenlijking van een legitiem doel zijn genomen, gelet op de door de werkgever gegeven rechtvaardiging evenredig zijn.

49. Anders dan de Franse regering en Ierland stellen, staat het buiten kijf dat in het arrest Danfoss geen blanco rechtvaardiging van alle op anciënniteit gebaseerde beloningssystemen kan worden gelezen. Maar anders dan wat Cadman en de EOC lijken te stellen, kan een klacht over indirecte discriminatie van een werknemer niet tot gevolg hebben dat de werkgever het loon dat hij aan een werknemer in vergelijking met anderen betaalt, moet rechtvaardigen. Aanvaarding van dat argument zou het gevaar van een onaanvaardbare last voor de werkgevers kunnen meebrengen, en het argument zelf houdt geen rekening met het feit dat op grond van artikel 2, lid 2, de rechtvaardiging op het criterium zelf gericht kan zijn en niet noodzakelijk op ieder geval van ongelijke behandeling van werknemers. Anders gezegd, de werkgever voldoet aan zijn bewijslast indien hij het in zijn beloningssysteem gebruikte criterium rechtvaardigt, en hij hoeft niet altijd een rechtvaardiging te geven voor een uit dat criterium voortvloeiende ongelijke behandeling van bepaalde werknemers.

50. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van de regering van het Verenigd Koninkrijk verklaard dat er tal van redenen zijn waarom een werkgever kan besluiten een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem toe te passen. Een ervaren werknemer is gewoonlijk productiever, omdat hij meer

40 — Zie Hervey, T.K., „EC law on justifications for sex discrimination in working life", in Collective bargaining, discrimination, social security and European integration, *Bulletin of comparative labour relations*, nr 48, 2003, blz. 103. Bij de verschillende naar voren gebrachte rechtvaardigingsgronden maakt de auteur onderscheid tussen functiegerelateerde gronden zoals fysieke geschiktheid, kwalificaties en beroepsopleiding, ondernemingsgerelateerde gronden zoals economische of financiële efficiency, en aan het openbaar belang gerelateerde gronden zoals de noodzaak de werkgelegenheid te bevorderen of de doelstelling, kleine ondernemingen aan te moedigen.

vertrouwd is met het bedrijf en de klanten van de werkgever. Stabiliteit van het personeel heeft tot gevolg dat de werkgever op opleidings- en aanwervingskosten kan besparen. De werkgever heeft dus ook financiële redenen om anciënniteit te belonen.

51. In haar mondelinge opmerkingen heeft de Franse regering ook uitgelegd waarom het legitiem is voor een overheidswerkgever om werknemers met veel dienstjaren te belonen. In de Franse overheidsdienst houdt anciënniteit geen verband met de aard van de uitgeoefende functie, maar vindt zij haar rechtvaardiging in de relatie tussen de ambtenaar en het bestuur. Een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem is een garantie voor onafhankelijkheid en neutraliteit van de ambtenaren.

52. Hoewel de legitimiteit van het anciënniteitscriterium als zodanig niet ter discussie staat, rijst wel de vraag in hoeverre de economische belangen van de werkgever zich moeten aanpassen aan het belang van de werknemers bij de eerbiediging van het beginsel van gelijke beloning. Want hoewel het legitiem is dat werkgevers anciënniteit en/of trouwe dienst belonen, kan niet worden ontkend dat er situaties bestaan waarin een beloningssysteem, ofschoon het neutraal van opzet is, vrouwen benadeelt. In dergelijke gevallen onderwerpt artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80 het in een beloningssysteem toegepaste criterium dat vrouwen benadeelt, aan een evenredigheidstest waarmee moet worden aangetoond dat het criterium op legitieme doelstellingen berust en een evenredig middel is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken.

53. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft toegegeven, heeft een beloningssysteem met automatische loonsverhogingen die enkel op anciënniteit zijn gebaseerd, nadelige gevolgen voor vrouwelijke werknemers, aangezien vrouwen gewoonlijk later intreden op de arbeidsmarkt en hun loopbaan vaker onderbreken om redenen die verband houden met moederschap en zorgtaken.

54. Het Verenigd Koninkrijk stelt dat het Hof in het arrest Danfoss een speciale status aan de anciënniteit heeft gegeven, aangezien „de werkgever de rechtvaardiging zonder specifiek bewijs via generalisatie kon aantonen".[41] Ierland is dezelfde mening toegedaan. Dit betekent in hun ogen dat, aangezien anciënniteit als een maatstaf voor betere prestaties kan worden beschouwd, de toepassing van anciënniteit in een beloningssysteem altijd verenigbaar is met artikel 141 EG.

55. Ik ben het niet eens met die stelling. Volgens mij doorstaat zij de evenredigheids-

41 — Punt 26 van de schriftelijke opmerkingen van de regering van het Verenigd Koninkrijk.

test van artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80 niet, waarin het begrip indirecte discriminatie wordt gedefinieerd.

56. De evenredigheidstest van artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80[42] verlangt dat wordt aangetoond dat het betwiste criterium „passend en noodzakelijk is en kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht van de betrokkenen".

57. Indien men zou aanvaarden dat een algemene rechtvaardiging, zoals het feit dat anciënniteit een werknemer in staat stelt zijn taken beter te verrichten, voldoende is om een beloningssysteem te rechtvaardigen dat vanuit het oogpunt van artikel 141 EG nadelig is voor vrouwen, dan blijft er zo goed als geen mogelijkheid voor een werknemer om op die grond tegen een beloningssysteem op te komen.

58. Bovendien zou in dergelijke omstandigheden geen rechterlijke toetsing mogelijk zijn. Daarom heeft het Hof in het arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez[43] „eenvoudige algemene verklaringen" verworpen als geldig middel ter rechtvaardiging van een discriminerende maatregel. Mijns inziens verplicht de bij artikel 2, lid 2, opgelegde evenredigheidstest de werkgever aan te tonen dat het gekozen beloningssysteem, zelfs indien het een legitiem doel nastreeft, zo is geconcipieerd dat de ongelijke gevolgen voor vrouwen zo beperkt mogelijk blijven. Hiervoor moet, zoals ik hierna zal uitleggen, bijvoorbeeld worden onderzocht hoe de anciënniteit in aanmerking wordt genomen en welk gewicht er in het beloningssysteem aan wordt gegeven in verhouding tot andere criteria (zoals verdienste) die minder nadelig zijn voor vrouwen.

59. Voor een beter begrip van de aard van de vereiste rechtvaardiging kan het nuttig zijn een vergelijking te maken met zaken op het gebied van het vrije verkeer van werknemers, omdat de afweging die in die zaken moet worden gemaakt, soms gelijkenissen kan vertonen met de afwegingen bij de beoordeling van een anciënniteitscriterium indien er een vermoeden van indirecte discriminatie is. In het arrest Köbler[44] van 30 september 2003 heeft het Hof geoordeeld dat een bijzondere anciënniteitstoelage die een lidstaat als werkgever onder bepaalde voorwaarden[45] aan hoogleraren toekent bovenop het basissalaris, strijdig is met artikel 39 EG en niet kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Het Hof heeft in die zaak het recht van een werkgever om trouwe dienst te belonen, afgewogen tegen het beginsel van het vrije

42 — Evenals in de richtlijnen 2000/78, 2000/43 en 76/207, zoals gewijzigd.

43 — C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punt 76.

44 — C-224/01, Jurispr. blz. I-10239.

45 — Te weten dat zij hun functie ten minste vijftien jaar aan een Oostenrijkse universiteit hebben uitgeoefend en ten minste vier jaar de normale anciënniteitstoelage hebben ontvangen.

verkeer van werknemers.[46] Het erkende dat het belonen van trouwe dienst een legitiem doel is, maar achtte het niet voldoende om de erdoor veroorzaakte belemmering te rechtvaardigen. Oostenrijk diende de specifieke voorwaarden waarop de premie was gebaseerd, in het licht van de gevolgen voor de belangen van het vrije verkeer te rechtvaardigen. Aangezien de premie voor trouwe dienst Oostenrijkse hoogleraren kon ontmoedigen om hun recht op vrij verkeer uit te oefenen en bijgevolg tot afscherming van de arbeidsmarkt van hoogleraren leidde, achtte het Hof de toelage in strijd met artikel 39 EG.

60. Evenzo is het voor de toepassing van artikel 141 EG, junctis artikel 2, lid 2, en artikel 4 van richtlijn 97/80, niet voldoende aan te tonen dat een op anciënniteit gebaseerd criterium in het algemeen een legitiem doel nastreeft (beloning van ervaring en trouwe dienst). Een dergelijk criterium moet evenredig zijn aan dat doel en er moet rekening worden gehouden met de nadelige gevolgen die het voor vrouwen kan hebben.

61. Ten slotte zijn er in de rechtspraak na het arrest Danfoss ook aanwijzingen dat anciënniteit als maatstaf voor ervaring op zich geen rechtvaardiging kan vormen voor alle ongelijke gevolgen van het betrokken beloningssysteem voor de beloning van vrouwen.

62. De advocaten-generaal Darmon[47] en La Pergola[48] hebben beiden twijfels geuit over de vraag of de inaanmerkingneming van ervaring moet worden aanvaard als een algemene en abstracte regel. Ook het Hof heeft dit verworpen. Ondanks het feit dat het in de zaak Nimz om een vergelijking tussen deeltijd- en voltijdwerknemers ging, heeft het Hof in dat arrest het volgende geoordeeld: „Ook al gaan anciënniteit en beroepservaring hand in hand en is een werknemer met beroepservaring in beginsel beter toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, toch hangt het objectieve karakter van een dergelijk criterium af van alle omstandigheden van het individuele geval en met name van het verband tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die de uitoefening van deze functie na een bepaald aantal arbeidsuren verschaft."[49] Hieruit volgt dat het Hof de objectiviteit van het criterium beroepservaring afhankelijk wilde maken van de aard van de betrokken functie. De tegenwerping van Ierland dat recentere zaken enkel betrekking hadden op de berekening van de anciënniteit van deeltijdwerknemers, kan niet worden

46 — Köbler, punt 86.

47 — In zijn conclusie in de zaak Nimz heeft advocaat-generaal Darmon in punt 15 verklaard: „ervaring is voor een betrekking bij het onderhoudspersoneel niet zo doorslaggevend als voor die van hoofd van een administratieve dienst".

48 — Conclusie van advocaat-generaal La Pergola in de zaak Hill en Stapleton, punt 34. Zie ook zijn conclusie in de zaken Gerster en Kording, voetnoot 27.

49 — Arrest Nimz, punt 14. Zie ook arresten Gerster, punt 39, en Kording, punt 23.

aanvaard, omdat het geen verschil maakte of het werk op deeltijdbasis dan wel op voltijdbasis werd verricht.

63. Gelet op het bovenstaande kunnen de bewijsvereisten waaraan de werkgever moet voldoen om aan te tonen dat de toepassing van een anciënniteitscriterium niet tot indirecte discriminatie leidt, als volgt worden samengevat. Ten eerste is een zekere mate van transparantie vereist met betrekking tot de wijze waarop het anciënniteitscriterium in het beloningssysteem wordt toegepast, zodat rechterlijke toetsing kan plaatsvinden.[50] Het moet in het bijzonder duidelijk zijn hoeveel gewicht de anciënniteit — als manier om ervaring te meten of als middel om trouwe dienst te belonen — in verhouding tot andere criteria zoals verdienste en kwalificaties heeft bij de vaststelling van de beloning. Daarnaast moet de werkgever uitleggen waarom ervaring voor een specifieke functie waardevol is en waarom zij dienovereenkomstig wordt beloond. Dit moet weliswaar door de nationale rechter worden onderzocht, maar het lijdt geen twijfel dat ervaring bijvoorbeeld waardevoller is — en honorering daarvan dus legitiem is — in verantwoordelijke en leidinggevende functies dan in functies met repetitieve taken, waar het anciënniteitscriterium slechts voor een klein deel de beloning bepalen. Dit criterium kan tijdens de opleidingsfase van groot belang zijn, maar minder belangrijk worden wanneer de werknemer zijn functie eenmaal onder de knie heeft. Ten slotte moet de wijze waarop anciënniteit in aanmerking wordt genomen, de nadelige gevolgen voor vrouwen zo beperkt mogelijk houden. Ik vind bijvoorbeeld dat een systeem dat geen rekening houdt met tijdvakken van moederschaps- of vaderschapsverlof, hoewel het op het eerste gezicht neutraal lijkt, tot indirecte discriminatie van vrouwen leidt.

64. De bewijsvereisten in zaken betreffende indirecte discriminatie blijven in die zin algemeen, dat de werkgever niet hoeft te rechtvaardigen waarom een bepaalde werknemer een hogere beloning krijgt dan een andere, mits het beloningssysteem maar consequent is gestructureerd om enerzijds rekening te houden met de functieomschrijvingen en de bedrijfsbehoeften van de onderneming, en om anderzijds de mogelijke ongelijke gevolgen voor vrouwen zo beperkt mogelijk te houden. Als dit eenmaal is bewezen, zijn er geen redenen meer om tot schending van artikel 141 EG te concluderen, tenzij de werknemer kan aantonen dat een verkeerde toepassing van het systeem tot indirecte discriminatie leidt. Maar indien de werkgever niet bewijst dat de toepassing van het anciënniteitscriterium in het beloningssysteem evenredig is of indien dat wegens onvoldoende transparantie van het beloningssysteem onmogelijk kan worden gecontroleerd, dan moet de werkgever de verschillen in beloning rechtvaardigen in het licht van de bijzondere situatie van de werknemer die opkomt tegen het beloningssysteem.

50 — Vergelijk met artikel 9, lid 2, van richtlijn 76/207, op grond waarvan de lidstaten verplicht zijn „op gezette tijden de in artikel 2, lid 2, bedoelde beroepsactiviteiten [te onderzoeken] om na te gaan of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de desbetreffende uitzonderingen te handhaven".

65. In de zaak Cadman is het aan de nationale rechter om te beoordelen of de HSE het anciënniteitscriterium als element voor de vaststelling van de beloning van de hoofden van de beheerseenheden van de buitendienst voldoende heeft gerechtvaardigd. In dit verband zal de HSE moeten uitleggen welk gewicht de anciënniteit heeft bij de vaststelling van de beloning van de werknemers in verhouding tot andere criteria zoals de verdienste, en waarom het anciënniteitscriterium noodzakelijk en evenredig is om ervaring en/of trouwe dienst te belonen rekening houdend met de aard van de betrokken werkzaamheden.

66. Om de eerste vraag van de Court of Appeal vollediger te beantwoorden, moet nog worden toegevoegd dat indien de toepassing van het anciënniteitscriterium als beloningselement door een werkgever ongelijke gevolgen voor de relevante vrouwelijke en mannelijke werknemers heeft, artikel 141 EG, junctis de artikelen 2, lid 2, en 4 van richtlijn 97/80, vereist dat de werkgever aantoont dat de wijze waarop het criterium als beloningselement voor de betrokken functie wordt toegepast, rekening houdt met de bedrijfsbehoeften van de onderneming en dat het criterium evenredig wordt toegepast om de nadelige gevolgen voor vrouwen zo beperkt mogelijk te houden. Indien de werkgever geen rechtvaardiging voor de structuur van het beloningssysteem kan geven, moet hij een specifieke rechtvaardiging geven voor het verschil in beloningsniveau tussen de werknemer die de klacht heeft ingediend, en andere werknemers die dezelfde functie uitoefenen.

C — Noodzaak van een beperking van de werking in de tijd van het arrest

67. Ierland en de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben gepleit voor een beperking van het arrest in de tijd, indien het Hof zou oordelen dat de werkgever de toepassing van een anciënniteitscriterium in een beloningssysteem moet rechtvaardigen telkens als een werknemer een klacht indient wegens schending van het beginsel van gelijke beloning op de grond dat het beloningssysteem vrouwen benadeelt.

68. Hiertoe voert het Verenigd Koninkrijk aan dat het arrest van het Hof retroactieve gevolgen zou hebben waardoor de rechtsbetrekkingen tussen werkgevers en werknemers die te goeder trouw en overeenkomstig het arrest Danfoss tot stand zijn gekomen, ter discussie zouden worden gesteld. Volgens het Verenigd Koninkrijk gebiedt het beginsel van rechtszekerheid dat de beslissing van het arrest Danfoss blijft gelden tot de datum waarop het Hof in de onderhavige zaak arrest wijst. Een groot aantal contractuele betrekkingen zou op de helling komen te staan indien de werkgevers hun vroegere beloningssystemen moesten rechtvaardigen, aangezien in het Verenigd Koninkrijk een werknemer tot zes jaar na de feiten een vordering ter zake van gelijke beloning kan instellen. Bovendien is het moeilijk om na zo lange tijd nog bewijs van de relevante objectieve feiten te verkrijgen.

69. Volgens vaste rechtspraak beperkt het Hof de werking in de tijd van een prejudiciële

uitspraak slechts bij uitzondering, indien aan de volgende twee cumulatieve voorwaarden is voldaan.[51] Ten eerste kan het Hof het beginsel van rechtszekerheid toepassen en aldus voor alle belanghebbenden beperkingen stellen aan de mogelijkheid om te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling ter discussie te stellen. Ten tweede verlangt het Hof bewijs dat er ernstige economische gevolgen dreigen, inzonderheid gezien het grote aantal te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen.

70. In deze zaak lijkt het argument van de regering van het Verenigd Koninkrijk dat de voorgestelde uitlegging van artikel 141 EG te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen ter discussie kan stellen, mij overtuigend. Er bestond inderdaad — en dat verklaart waarom de nationale rechter heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken — enige onzekerheid over de manier waarop artikel 141 EG moet worden uitgelegd wat de toepassing van de anciënniteit in een beloningssysteem betreft. Ten eerste heeft het Hof nooit uitdrukkelijk afstand genomen van het arrest Danfoss. Ten tweede werd in latere zaken betreffende de verdeling van de bewijslast tussen de werkgever en de werknemer met betrekking tot de mogelijk discriminerende gevolgen van belonings- of promotiesystemen nooit uitgegaan van richtlijn 97/80. Gelet op deze factoren konden de lidstaten en de betrokken partijen redelijkerwijs menen dat het anciënniteitscriterium niet tot indirecte discriminatie als bedoeld in artikel 141 EG leidde.[52]

71. Wat de tweede voorwaarde betreft, hoewel ik ervan overtuigd ben dat in de door mij voorgestelde uitlegging van artikel 141 EG, junctis de artikelen 2, lid 2, en 4 van richtlijn 97/80, het anciënniteitscriterium nog steeds in beloningssystemen kan worden gebruikt, zijn consequenties niet uit te sluiten wat betreft de wijze waarop de anciënniteit in aanmerking wordt genomen en afgewogen tegen andere relevante criteria. Indien het Hof de door mij voorgestelde uitlegging in deze zaak aanvaardt, zou dus een groot aantal werknemers[53] betrokken kunnen zijn, die aanspraken zouden kunnen maken die voor de ondernemingen niet te voorzien waren.[54]

72. Gelet op de goede trouw van alle betrokken partijen wat de verplichting van de werkgever betreft tot rechtvaardiging van een op het anciënniteitscriterium gebaseerd beloningssysteem dat ongelijke gevolgen voor vrouwen heeft, lijkt het mij passend rekening te houden met overwegingen van rechtszekerheid die alle belanghebbenden omvatten, en in beginsel uit te sluiten dat in het verleden betaalde lonen weer in het geding worden gebracht.[55] Daarom stel ik

51 — Zie in dat verband arresten van 2 februari 1988, Blaizot e.a., (24/86, Jurispr. blz. 379, punt 28), 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punt 41) en 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, Jurispr. blz. I-9383, punt 74).

52 — Zie in dat verband arrest Barber (reeds aangehaald, punt 43).

53 — Zie in dat verband de reeds aangehaalde arresten Defrenne (punt 74) en Barber (punt 44). Ter terechtzitting heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk gesteld dat de salariëring van 36 % van de werknemers op de anciënniteit is gebaseerd.

54 — Zie in dat verband arrest Defrenne (reeds aangehaald, punt 70).

55 — Zie in dat verband de reeds aangehaalde arresten Defrenne (punt 74) en Barber (punt 44).

het Hof voor te verklaren dat op de voorgestelde uitlegging van artikel 141 EG, junctis de artikelen 2, lid 2, en 4 van richtlijn 97/80, geen beroep kan worden gedaan ten behoeve van aanspraken met betrekking tot indirecte discriminatie waartoe een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem vóór de dag van de uitspraak van dit arrest heeft geleid, behalve door werknemers die voordien reeds een rechtsvordering of een daarmee gelijk te stellen klacht hadden ingediend.

IV — Conclusie

73. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Indien de toepassing van het anciënniteitscriterium als beloningselement door een werkgever ongelijke gevolgen voor de relevante vrouwelijke en mannelijke werknemers heeft, vereist artikel 141 EG, junctis de artikelen 2, lid 2, en 4 van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, dat de werkgever aantoont dat de wijze waarop het criterium als beloningselement voor de betrokken functie wordt toegepast, rekening houdt met de bedrijfsbehoeften van de onderneming en dat het criterium evenredig wordt toegepast om de nadelige gevolgen voor vrouwen zo beperkt mogelijk te houden. Indien de werkgever geen rechtvaardiging voor de structuur van het beloningssysteem kan geven, moet hij een specifieke rechtvaardiging geven voor het verschil in beloningsniveau tussen de werknemer die de klacht heeft ingediend, en andere werknemers die dezelfde functie uitoefenen.

2) Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

3) Er dient geen onderscheid te worden gemaakt tussen de toepassing van het anciënniteitscriterium bij deeltijd- en bij voltijdwerknemers.

4) Op deze uitlegging van artikel 141 EG, junctis de artikelen 2, lid 2, en 4 van richtlijn 97/80, kan geen beroep worden gedaan ten behoeve van aanspraken met betrekking tot indirecte discriminatie waartoe een op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem vóór de dag van de uitspraak van dit arrest heeft geleid, behalve door werknemers die voordien reeds een rechtsvordering of een daarmee gelijk te stellen klacht hadden ingediend."