CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
M. POIARES MADURO
apresentadas em 18 de Maio de 2006 [1]

1. O presente pedido de decisão prejudicial apresentado pela Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) tem por objecto a evolução da jurisprudência comunitária em matéria de igualdade de remuneração. A questão essencial é a de saber se se continua a aplicar o acórdão Danfoss [2], nos termos do qual a utilização da antiguidade como critério num sistema de remuneração não necessita de ser justificada pelo empregador, mesmo que gere situações de desvantagem para as mulheres, uma vez que «a antiguidade é normalmente sinónimo de experiência e esta coloca normalmente o trabalhador em condições de efectuar um melhor trabalho». O presente caso não põe directamente em questão os sistemas de remuneração que utilizam a antiguidade como critério de remuneração, mas pode indirectamente afectar estes mesmos sistemas. Em causa neste processo está, em primeiro lugar, a repartição do ónus da prova entre o empregador e o trabalhador na questão de saber se a discriminação indirecta resultante de um sistema de remuneração que utiliza a antiguidade como critério pode ser justificada e, em segundo lugar, a natureza da justificação exigida e o âmbito do ónus da prova. Se se considerar como regra geral que a antiguidade representa validamente uma forma de premiar a experiência e a eficiência, é impossível a um trabalhador impugnar um sistema de remuneração que se baseia na antiguidade, ainda que este sistema gere, de facto, situações de desvantagem para as mulheres. Ao invés, se se considerar que o empregador deve justificar qualquer diferença de tratamento resultante da utilização da antiguidade como critério no sistema de remuneração, pode ser difícil para o empregador demonstrar de forma precisa e pormenorizada em que medida a eficiência e a produtividade aumentam com a antiguidade.

I — Quadro jurídico

2. O caso em apreço diz respeito à igualdade entre homens e mulheres, que constitui um princípio fundamental do direito comunitário consagrado nos artigos 2.° CE e 3.°, n.° 2,

1 — Língua original: português.

2 — Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening (109/88, Colect., p. 3199, n.° 24, a seguir «acórdão Danfoss»).

CE e faz parte dos fundamentos da Comunidade [3]. O princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual está estabelecido no artigo 141.° CE, que dispõe:

«1. Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual.

2. Para efeitos do presente artigo, entende-se por 'remuneração' o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último.

A igualdade de remuneração sem discriminação em razão do sexo implica que:

a) A remuneração do mesmo trabalho pago à tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida;

b) A remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho.»

3. O artigo 141.° CE é complementado por vários actos de direito derivado. A Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos [4], assegura que os elementos e condições de remuneração não dão origem a discriminação entre homens e mulheres. O artigo 1.° da Directiva 75/117 dispõe concretamente:

«O princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, que consta do artigo 119.° do Tratado e a seguir denominado por 'princípio da igualdade de remuneração', implica, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, a eliminação, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, de qualquer discriminação em razão do sexo.

Em especial, quando for utilizado um sistema de classificação profissional para a determinação das remunerações, este sistema deve basear-se em critérios comuns aos

3 — Acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne (43/75, Colect., p. 193, n.° 12).

4 — JO L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52.

trabalhadores masculinos e femininos e ser estabelecido de modo a excluir as discriminações em razão do sexo.»

4. Apesar de não se encontrar expressamente definido no artigo 141.° CE, o conceito de discriminação indirecta em razão do sexo foi desenvolvido pela jurisprudência [5] e, subsequentemente, incorporado na legislação. A Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo [6], contém uma definição de discriminação indirecta em razão do sexo no artigo 2.°, n.° 2: «Para efeitos do princípio da igualdade de tratamento referido no n.° 1, verifica-se uma situação de discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afecte uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por factores objectivos não relacionados com o sexo.»

5. Embora as directivas a seguir enunciadas não sejam aplicáveis ao presente caso, vale a pena observar que o conceito de discriminação indirecta é agora uniformemente definido pela Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica [7], pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional [8] e pela Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho [9], alterada pela Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002 [10]. Nos termos do artigo 2.° da Directiva 76/207, alterado, existe «discriminação indirecta: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um objectivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários».

6. Em relação à repartição do ónus da prova em litígios sobre questões de igualdade, a Directiva 97/80 também dispõe, no artigo 4.°, que quando os demandantes apresentem «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumb[e] à parte demandada provar que

5 — Acórdão de 31 de Março de 1981, Jenkins (96/80, Recueil, p. 911).

6 — JO 1998, L 14, p. 6.

7 — JO L 180, p. 22.

8 — JO L 303, p. 16.

9 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

10 — JO L 269, p. 15.

não houve violação do princípio da igualdade de tratamento» [11].

7. A relação entre o artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 97/80, que define o conceito de discriminação indirecta, e o artigo 4.° da mesma, relativo à repartição do ónus da prova, é decisiva para a resolução das questões suscitadas pelo tribunal de reenvio e para a apreciação dos casos em que um sistema de remuneração no qual a antiguidade constitui um factor determinante da remuneração pode dar origem a discriminação indirecta.

II — Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

8. B. F. Cadman trabalha para o Health and Safety Executive (a seguir «HSE») do Reino Unido, o organismo oficial nacional responsável pela fiscalização em matéria de riscos para a segurança e a saúde no trabalho na Grã-Bretanha.

9. B. F. Cadman foi contratada pelo HSE, em Junho de 1990, como inspectora de fábricas. Foi promovida no fim da sua formação profissional, em Junho de 1993. Em 1996, tornou-se chefe da Field Services Unit e foi novamente promovida, desta vez, a HM Principal Inspector of Health and Safety (inspectora principal de saúde e segurança), no grau de remuneração 2. Em Fevereiro de 2001, foi transferida para um cargo operacional como chefe de uma Field Management Unit.

10. Durante o período em que B. F. Cadman trabalhou para o HSE, o modelo de sistema de remuneração foi diversas vezes alterado. Antes de 1992, existia um sistema de remuneração com acréscimos, isto é, cada trabalhador recebia anualmente um acréscimo de salário até atingir o topo do respectivo grau. Em 1992, o HSE introduziu um factor ligado ao desempenho individual do trabalhador, para que o acréscimo anual do salário passasse a reflectir esse desempenho. Neste sistema, os trabalhadores com maior produtividade podiam assim aceder mais rapidamente ao topo do respectivo grau. Em 1995, na sequência da celebração de um Long Term Pay Agreement (acordo salarial a longo prazo), os aumentos anuais de salário passaram a ser pagos através de acções ordinárias, em função do desempenho do trabalhador, abrandando assim efectivamente o ritmo de redução das diferenças de salário entre trabalhadores mais antigos e menos antigos do mesmo grau. Por último, em 2000, foram atribuídos maiores aumentos anuais aos trabalhadores dos graus de remuneração mais baixos, de forma a facilitar uma progressão mais rápida no respectivo grau de remuneração.

11 — O mesmo mecanismo encontra-se no considerando 31 da Directiva 2000/78 e no considerando 21 da Directiva 2000/43, que dispõem: «Impõe-se a adaptação das regras do ónus da prova em caso de presumível discriminação e, nos casos em que essa situação se verifique, a aplicação efectiva do princípio da igualdade de tratamento exige que o ónus da prova incumba à parte demandada.»

11. No ano económico de 2000/2001, o salário anual de B. F. Cadman foi de 35 129 GBP, ao passo que os salários anuais de seus quatro colegas masculinos do mesmo grau foram de 39 125 GBP, 43 345 GBP, 43 119 GBP e 44 183 GBP. O diferencial de remuneração anual entre B. F. Cadman e os seus colegas de referência, que variava entre 4 000 GBP e 9 000 GBP, era devido ao facto de os quatro colegas masculinos trabalharem todos há mais tempo no HSE.

12. Em Junho de 2001, B. F. Cadman intentou uma acção no Manchester Employment Tribunal, alegando que o sistema de remuneração do HSE tinha um impacto desproporcionadamente prejudicial para a situação das mulheres e que, consequentemente, tinha direito a receber o mesmo salário que os seus quatro colegas de referência masculinos. B. F. Cadman baseou o seu pedido na Lei de 1970 relativa à igualdade das remunerações (Equal Pay Act 1970), que transpõe o artigo 141.º CE.

13. A Section 1 do Equal Pay Act, que é relevante para o efeito, dispõe:

«(1) Se os termos de um contrato ao abrigo do qual uma mulher é contratada num estabelecimento na Grã-Bretanha não incluírem (directamente ou por referência a um acordo colectivo ou de outro tipo) uma cláusula de igualdade, tal cláusula reputar-se-á incluída no contrato.

(2) A cláusula de igualdade é uma disposição relativa às condições contratuais (relacionadas ou não com a remuneração) ao abrigo das quais um trabalhador feminino é contratado (a seguir 'contrato do trabalhador feminino') e tem por efeito que:

[...]

(b) quando um trabalhador feminino ocupar um emprego considerado equivalente ao de um trabalhador masculino no mesmo emprego:

(i) se (com excepção da cláusula de igualdade) qualquer estipulação do contrato do trabalhador feminino, determinada pelo valor do trabalho, for ou se tornar menos favorável para o trabalhador feminino do que uma estipulação similar do contrato do trabalhador masculino, a estipulação do contrato do trabalhador feminino considerar-se-á alterada de forma a deixar de ser menos favorável, e

(ii) se (com excepção da cláusula de igualdade), em qualquer momento, o contrato do trabalhador feminino

não contiver uma estipulação correspondente a uma regalia que figure no contrato do trabalhador masculino e determinada pelo valor do trabalho, considerar-se-á que o contrato do trabalhador feminino contém a referida estipulação.

[...]

(3) A cláusula de igualdade não é aplicável a uma diferença entre o contrato do trabalhador feminino e o contrato do trabalhador masculino, se o empregador demonstrar que a diferença se deve verdadeiramente a um factor substancial não relativo à diferença de sexos, e esse factor:

(a) no caso de uma cláusula de igualdade ao abrigo da subsection 2 [...] (b) acima referida, deve constituir uma diferença substancial entre a situação do trabalhador feminino e a do trabalhador masculino;

[...]»

14. Além disso, ao abrigo da Section 1(1)(b)(ii) da Lei de 1975 relativa à discriminação em razão do sexo (Sex Discrimination Act 1975), a discriminação indirecta em razão do sexo é ilegal, salvo se for justificada.

15. O Employment Tribunal, que julgou a acção intentada por B. F. Cadman entre 7 de Maio e 8 de Julho de 2002, entendeu que ela tinha direito a que fosse declarado, ao abrigo da Section 1 do Equal Pay Act, que as cláusulas do seu contrato de trabalho relativas à remuneração deviam ser alteradas de forma a não serem menos favoráveis do que as dos contratos de trabalho dos seus quatro colegas de referência.

16. O HSE recorreu então para o Employment Appeal Tribunal (a seguir «Appeal Tribunal»), que, por decisão de 22 de Outubro de 2003, deu provimento ao recurso com base em dois fundamentos. Em primeiro lugar, considerou que, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Danfoss, não era necessária uma justificação específica por parte do empregador quando, num sistema de remuneração, a desigualdade de salário resultasse da aplicação do critério da antiguidade no serviço. Em segundo, mesmo que essa justificação fosse necessária, o Employment Tribunal tinha cometido um erro de direito ao apreciá-la.

17. B. F. Cadman, por sua vez, recorreu para a Court of Appeal. A Equal Opportunities Commission (a seguir «EOC») foi autorizada a apresentar alegações escritas e orais na qualidade de interveniente. A EOC demonstrou (tendo sido aceite por todas as partes) que, no Reino Unido e na União Europeia, a antiguidade dos trabalhadores do sexo feminino, considerada no seu todo, é menor do que a dos trabalhadores masculinos e que a antiguidade como factor determinante da remuneração desempenha um papel importante na persistente diferença de remuneração entre trabalhadores femininos e masculinos.

18. O HSE defendeu a sua prática salarial ao longo do processo, sustentando que a diferença de remuneração resultou do facto de B. F. Cadman ser menos antiga no serviço, factor este essencial e objectivo que distinguiu a sua situação das dos seus quatro colegas de referência masculinos, conforme o previsto no acórdão Danfoss.

19. B. F. Cadman e a EOC, por outro lado, afirmam que o acórdão Danfoss foi posto em causa pela jurisprudência subsequente do Tribunal de Justiça. Com efeito, sustentam que o empregador é obrigado a apresentar uma justificação objectiva para as diferenças de remuneração entre B. F. Cadman e os seus colegas de referência.

20. Tendo observado uma aparente discrepância entre o acórdão Danfoss e outros mais recentes, nomeadamente os acórdãos Nimz [12], Hill e Stapleton [13] e Gerster [14], a Court of Appeal concluiu que a questão não estava «livre de incertezas» [15] e, por isso, submeteu as três seguintes questões ao Tribunal de Justiça, para que este se pronuncie a título prejudicial:

«1) Quando a utilização, pelo empregador, do critério da antiguidade como factor determinante da remuneração tiver um impacto diferente na situação respectiva dos trabalhadores masculinos e femininos aos quais se aplica, o artigo 141.º CE impõe que o empregador forneça uma justificação especial para a utilização de tal critério? Caso a resposta a esta questão dependa de determinadas circunstâncias, quais são essas circunstâncias?

2) A resposta à questão anterior será diferente se o empregador aplicar aos trabalhadores o critério da antiguidade numa base individual, apreciando, caso a caso, em que medida uma maior antiguidade justifica uma remuneração mais elevada?

3) Há alguma diferença relevante entre a utilização do critério da antiguidade no caso dos trabalhadores a tempo parcial e a utilização desse critério no caso dos trabalhadores a tempo inteiro?»

21. B. F. Cadman, a EOC, o Governo do Reino Unido, a Irlanda e a Comissão apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça. Estiveram também representados na audiência, que decorreu em 8 de Março de 2006, na qual o Governo francês se fez também representar.

12 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1991 (C-184/89, Colect., p. I-297).

13 — Acórdão de 17 de Junho de 1998 (C-243/95, Colect., p. I-3739).

14 — Acórdão de 2 de Outubro de 1997 (C-1/95, Colect., p. I-5253).

15 — N.º 23 da decisão de reenvio ao Tribunal de Justiça.

III — Análise jurídica

22. Para responder às questões submetidas pela Court of Appeal, começarei por descrever a forma como o ónus da prova é repartido nos casos de discriminação indirecta. A seguir, analisarei em que medida a antiguidade pode ser utilizada num sistema de remuneração sem violar o artigo 141.° CE, para determinar se o artigo 141.° CE deve ser interpretado de forma a permitir um sistema de remuneração como o aplicado pelo HSE. Por fim, abordarei a questão suscitada pelo Governo do Reino Unido e pela Irlanda, da limitação no tempo dos efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça no presente processo.

A — *A repartição do ónus da prova nos casos de discriminação indirecta*

1. Quadro de análise

23. Diferentemente da discriminação directa, a discriminação indirecta decorre de disposições que são, aparentemente, aplicáveis igualmente a homens e a mulheres. Se uma disposição neutra gera de facto uma situação de desvantagem para as mulheres, pode ser considerada indirectamente discriminatória [16]. Uma disposição que gera situações de desvantagem para trabalhadores mais novos ou mais velhos, aparentemente neutra, pode também dar lugar a uma discriminação indirecta em razão da idade [17]. No caso em apreço, embora a questão não tenha sido colocada pelo tribunal de reenvio, não é de excluir que o recurso ao critério da antiguidade num sistema de remuneração possa, em determinadas circunstâncias, conduzir a discriminação indirecta em razão da idade [18]. Inerente ao conceito de discriminação indirecta é a exigência de que deve existir um conceito substantivo de igualdade [19].

24. Não existe nenhuma justificação para a discriminação directa. No entanto, em conformidade com a jurisprudência assente e de acordo com o disposto no artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 97/80, a discriminação indirecta pode ser justificada.

16 — V., neste sentido, acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka/Weber von Hartz (170/84, Colect., p. 1607, n.° 31); acórdãos Gerster, já referido, n.° 30; de 2 de Outubro de 1997, Kording (C-100/95, Colect., p. I-5289, n.° 16); e Hill e Stapleton, já referido, n.° 24.

17 — O Tribunal de Justiça declarou no acórdão de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981, n.° 75), que o princípio da não discriminação em razão da idade deve ser considerado um princípio geral de direito comunitário.

18 — É possível conceber um sistema de remuneração que coloque os trabalhadores mais novos em situação de desvantagem por favorecer desproporcionadamente a antiguidade e, portanto, beneficiar os trabalhadores mais velhos. Ao invés, um tipo diferente de sistema de remuneração que não tome em consideração a experiência anterior dos trabalhadores pode ser considerado desvantajoso para os trabalhadores mais velhos. Quanto ao acesso ao emprego, o artigo 6.°, n.° 1, alínea b), da Directiva 2000/78 autoriza, no entanto, a «fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego». De um modo geral, a proibição de discriminação em razão da idade acha-se prevista em numerosas disposições condicionais e limitações (conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, apresentadas em 27 de Outubro de 2005 no processo Lindorfer/Conselho, C-227/04 P, pendentes no Tribunal de Justiça, n.° 87).

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

25. Em relação aos casos de discriminação indirecta, o artigo 4.º da Directiva 97/80 estabelece as regras em matéria de repartição do ónus da prova entre o empregador e o trabalhador. Uma queixosa que alegue discriminação indirecta deve fazer prova de que a disposição impugnada produz efectivamente um impacto diferente na situação das mulheres. O ónus da prova, nesta fase inicial do processo, recai assim no trabalhador. Só é exigido ao empregador ou ao legislador que apresente justificação para uma prática ou uma política aparentemente neutra se aquela prova for produzida. Uma vez produzida a referida prova, o empregador ou o legislador, dependendo da origem da medida, terá de demonstrar que as medidas em causa prosseguem um fim legítimo, que são estritamente necessárias para atingir esse fim legítimo e que são proporcionadas [20].

26. A alegação de B. F. Cadman de que foi alvo de discriminação indirecta deve ser apreciada à luz deste quadro analítico. Todavia, a Court of Appeal questiona-se se, no acórdão Danfoss, o Tribunal de Justiça se afastou, de facto, desta análise relativamente ao critério da antiguidade num sistema de remuneração. O significado deste acórdão para a jurisprudência subsequente precisa, por conseguinte, de ser esclarecido.

20 — O mesmo critério é aplicado pelos tribunais ingleses, quer refiram a jurisprudência do Tribunal de Justiça quer não: v. decisão do Employment Tribunal no processo Crossley contra Arbitration Conciliation and Advisory Service (processo n.º 1304744/98, anexo às observações de B. F. Cadman).

2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a obrigação de o empregador justificar a utilização da antiguidade num sistema de remuneração

27. No acórdão Danfoss, o Tribunal de Justiça analisou as questões suscitadas por um tribunal arbitral dinamarquês, relativas a um sistema de remuneração em que era pago o mesmo salário de base aos trabalhadores do mesmo grupo salarial, mas em que eram também atribuídos prémios individuais, calculados em função da flexibilidade, da formação e da antiguidade. Uma demandante alegou que o sistema de remuneração discriminava indirectamente as mulheres. Após considerar a forma como o ónus da prova devia ser repartido entre o empregador e o trabalhador em virtude da falta de transparência do sistema de remuneração, o Tribunal de Justiça apreciou separadamente a legalidade dos três critérios acima referidos, tendo em conta o diferente impacto que os critérios podiam ter na situação das mulheres. O Tribunal de Justiça considerou que o recurso ao critério da flexibilidade era um critério legítimo na medida em que era utilizado para recompensar a qualidade do trabalho desempenhado. No entanto, se o critério da flexibilidade recompensa a capacidade de adaptação do trabalhador a horários e a lugares de trabalho variáveis, não pode ser considerado um critério neutro, uma vez que as mulheres, «em virtude das tarefas domésticas e familiares, muitas vezes a seu cargo, têm mais dificuldade que os

trabalhadores masculinos em organizar de forma flexível o seu horário de trabalho» [21]. Quanto ao critério da formação profissional, o Tribunal de Justiça declarou que «o empregador pode justificar a remuneração de uma particular formação profissional, demonstrando que esta era importante para a execução das tarefas concretas confiadas ao trabalhador» [22].

28. Por último — e esta é a parte do referido acórdão que está aqui em causa —, o Tribunal de Justiça afirmou que a antiguidade pode «implicar um tratamento menos favorável dos trabalhadores femininos relativamente aos masculinos na medida em que as mulheres tenham acedido mais recentemente ao mercado do trabalho que os homens ou sofrido interrupções de carreira mais frequentes» [23]. Na sequência desta afirmação, o Tribunal de Justiça considerou que, «como a antiguidade é normalmente sinónimo de experiência e esta coloca normalmente o trabalhador em condições de efectuar um melhor trabalho, é lícito que o empregador a remunere, sem que tenha de provar a sua importância para a execução das tarefas concretas confiadas ao trabalhador» [24].

29. O Governo do Reino Unido defendeu a tese de que a antiguidade deve, em princípio, ser considerada justificada mesmo que o trabalhador demonstre que esta produz um impacto desproporcionado na situação dos trabalhadores femininos. O empregador só teria de apresentar uma justificação específica se o trabalhador demonstrasse primeiro que a importância atribuída ao critério da antiguidade era totalmente desproporcionada.

30. A Irlanda e o Governo francês adoptaram uma abordagem mais radical, entendendo que decorre do acórdão Danfoss que o critério da antiguidade deve sempre ser considerado legítimo para a determinação da remuneração.

31. B. F. Cadman e a EOC alegam, ao invés, que o acórdão Danfoss deve ser interpretado no sentido de que, «num posto de trabalho em que a experiência permite a uma pessoa desempenhar melhor as suas funções, a antiguidade pode ser utilizada de modo adequado como representando razoavelmente a diferença de capacidade do pessoal para desempenhar as suas funções» [25]. Na sua opinião, o empregador tem assim sempre de apresentar uma justificação específica. Não é claro, no entanto, a que é que esta justificação específica deveria exactamente equivaler. Parece que poderia ser exigível uma justificação caso a caso da aplicação de uma política salarial baseada na antiguidade.

21 — N.º 21 do acórdão Danfoss, já referido.

22 — N.º 23 do acórdão Danfoss, já referido.

23 — N.º 24 do acórdão Danfoss, já referido.

24 — *Ibidem*.

25 — N.º 103 das observações escritas da EOC.

32. A Comissão prefere considerar que o acórdão Danfoss é «um acórdão específico, baseado em circunstâncias de facto muito especiais» [26], que não põe em causa o dever de justificação imposto aos empregadores quando um sistema de remuneração produz um impacto diferente na situação respectiva dos trabalhadores masculinos e femininos.

33. Pelas razões que passarei agora a referir, e embora concorde com a interpretação proposta por B. F. Cadman, pela EOC e pela Comissão, de que o ónus da prova relativo à justificação do sistema de remuneração deve recair no empregador, considero também importante que a natureza dessa justificação seja definida de maneira a não impor ao empregador um encargo indevido.

34. É verdade que ao abrigo do artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 97/80, o facto de se produzir um impacto diferente nas pessoas de um dos sexos não é suficiente para demonstrar a existência de discriminação indirecta se este impacto puder ser justificado objectivamente por um fim legítimo e os meios para atingir esse fim forem adequados e necessários. Todavia, o ónus da prova relativamente a esta justificação é regulado pelo artigo 4.° da directiva. É à luz desta consideração que entendo que é difícil aceitar os argumentos dos governos nacionais. O Governo francês e a Irlanda defendem, em última análise, que a antiguidade equivale sempre a um fim objectivamente justificado, adequado e necessariamente legítimo. Tal como referirei mais adiante, não vejo nenhum fundamento para avalizar de forma tão geral e incondicional o critério da antiguidade. O Governo do Reino Unido, por sua vez, admite que, em determinadas circunstâncias, a antiguidade não constitui um critério aceitável, mas alega que, em tal caso, o ónus da prova recai no trabalhador. Não obstante, não vejo razão para que seja o trabalhador a suportar o ónus de demonstrar que é atribuída uma importância totalmente desproporcionada ao critério da antiguidade em vez de ser o empregador a ter o ónus de demonstrar que o sistema é, de facto, proporcionado. O artigo 4.° opõe-se a esta interpretação. Em lugar disso, a redacção e a economia geral da disposição, assim como o objectivo geral da directiva, indicam que é ao empregador que cabe, por força do artigo 2.°, n.° 2, e do artigo 4.° da directiva, apresentar uma justificação objectiva para a utilização deste critério e demonstrar que o critério não só é um meio adequado para atingir um fim legítimo como é necessário para esse efeito. A natureza desta justificação, ou seja, o âmbito do ónus imposto ao empregador, é outra questão. É a este respeito que os argumentos clássicos a favor do critério da antiguidade podem ser relevantes e que podem ter de se estabelecer alguns limites ao ónus que, segundo sustentam B. F. Cadman e a EOC, deve ser imposto ao empregador.

35. Antes de mais, há que observar que o acórdão Danfoss é anterior à adopção da Directiva 97/80. Antes da adopção desta directiva, os tribunais podiam concluir, como o Tribunal de Justiça fez no acórdão Danfoss, que a utilização da antiguidade não precisava

26 — N.° 30 das observações escritas da Comissão.

de ser justificada por um empregador. Na sequência da adopção da directiva, qualquer critério que desfavoreça as mulheres já não pode ser excluído do âmbito do artigo 4.º (referido no n.º 6, *supra*).

36. Não há dúvida de que a Directiva 97/80 é relevante para o presente caso, uma vez que, nos termos do artigo 3.º da mesma, ela é aplicável às situações abrangidas pelo artigo 141.º CE.

37. Além disso, se fosse adoptada a interpretação defendida pelo Governo francês e pela Irlanda, isto opor-se-ia ao objectivo da Directiva 97/80, que, nos termos do artigo 1.º, é «garantir uma maior eficácia das medidas adoptadas pelos Estados-Membros, em aplicação do princípio da igualdade de tratamento». O princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 141.º CE estaria, assim, também ameaçado.

38. Consequentemente, conforme o disposto no artigo 4.º da Directiva 97/80, compete ao empregador provar que, quando a utilização do critério da antiguidade como factor determinante num sistema de remuneração tiver um impacto diferente na situação dos trabalhadores femininos, a utilização de tal critério pode ser justificada por este ser relevante à luz do sistema de remuneração geral de uma empresa e da sua actividade.

39. Em segundo lugar, para efeitos de apreciação da questão de saber se o acórdão Danfoss pode ainda ser invocado por um empregador para evitar ter de apresentar uma justificação para um sistema de remuneração baseado na antiguidade e que tem um impacto diferente na situação das mulheres, é relevante a jurisprudência subsequente.

40. No acórdão Nimz [27], o Tribunal de Justiça teve de apreciar a questão de saber se o artigo 141.º CE podia ser interpretado no sentido de que não se opunha à aplicação de disposições da convenção colectiva federal dos trabalhadores da função pública alemã aos trabalhadores a tempo parcial. Ao abrigo desta convenção colectiva, os trabalhadores podiam beneficiar de uma promoção após um período de trabalho de seis anos. A antiguidade dos trabalhadores que efectuavam pelo menos três quartos do horário de trabalho normal era tomada em consideração na totalidade. No entanto, aos trabalhadores que efectuavam entre metade e três quartos do horário de trabalho normal, apenas lhes era contada metade da antiguidade. A argumentação do Governo alemão sobre a legitimidade da disposição impugnada baseava-se no facto de os trabalhadores a tempo inteiro terem mais experiência e adquirirem mais rapidamente as capacidades e competências necessárias para o exercício das suas funções do que os trabalhadores a tempo parcial. Todavia, o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 15 do acórdão, que o artigo 141.º CE se opunha à utilização da disposição em causa, «salvo se a entidade patronal provar que a referida disposição da

27 — Já referido.

convenção colectiva se justifica por factores cuja objectividade depende, designadamente, da relação entre a natureza da função exercida e a experiência que o exercício dessa função proporciona após um certo número de horas de trabalho».

41. No acórdão Gerster [28], o Tribunal de Justiça analisou novamente o método de cálculo da antiguidade na função pública alemã, que não era o mesmo para trabalhadores a tempo inteiro e trabalhadores a tempo parcial. Neste caso, o Tribunal de Justiça não excluiu a possibilidade de o órgão jurisdicional nacional poder estabelecer uma relação entre a aquisição de experiência e o facto de um empregado trabalhar a tempo inteiro e não a tempo parcial, mas, mesmo assim, exigiu que fosse aplicado o princípio da proporcionalidade [29]. No acórdão Kording [30], o Tribunal de Justiça considerou que competia ao órgão jurisdicional nacional verificar se o facto de se exigir que um candidato que trabalhe a tempo parcial cumpra um período de actividade mais longo que o exigido a um candidato que trabalhe a tempo inteiro, para ser dispensado do exame de acesso a uma habilitação, pode ser justificado por factores objectivos e alheios a qualquer discriminação baseada no sexo.

42. O advogado-geral A. La Pergola, nas conclusões que apresentou nestes dois últimos processos, tinha proposto uma abordagem mais rigorosa. Na sua opinião, faltava coerência interna ao sistema de promoções em causa no acórdão Gerster, visto que, por um lado, equiparava a trabalhadores a tempo inteiro os trabalhadores a tempo parcial superior a dois terços do horário normal, enquanto, por outro, os trabalhadores que exerciam a actividade laboral por um período minimamente inferior ao horário de trabalho normal permaneciam, por seu turno, na categoria de trabalhadores a tempo parcial [31]. De um modo mais geral, considerou que o sistema de promoções se baseava na simples presunção de que o funcionário que trabalhava a tempo parcial devia cumprir um período de trabalho mais longo do que aquele que, ao invés, trabalhava a tempo inteiro. Na sua opinião, não havia prova alguma que sustentasse esta afirmação [32].

43. No processo seguinte em que abordou o princípio da igualdade de tratamento, o processo Hill e Stapleton [33], desta vez em relação ao sistema de remuneração dos funcionários públicos irlandeses, o Tribunal de Justiça confirmou que compete ao empregador demonstrar que o recurso ao critério de serviço, definido como o tempo de trabalho efectivamente cumprido, na apreciação do avanço progressivo a conceder aos trabalhadores que passaram do regime de trabalho a tempo partilhado para o regime de trabalho a tempo inteiro, se justifica por factores objectivos e alheios a qualquer discriminação em razão do sexo.

28 — Já referido.

29 — Por outras palavras, os meios escolhidos devem responder a um objectivo legítimo de política social, ser adequados para alcançar o objectivo prosseguido e necessários para esse efeito (acórdão Gerster, já referido, n.º 40).

30 — N.º 26.

31 — Conclusões no processo Gerster, já referido, n.º 47.

32 — *Ibidem*, n.º 40.

33 — N.º 43.

44. No último acórdão pertinente referido pelas partes, o acórdão Nikoloudi [34], o Tribunal de Justiça abordou, entre outras questões, o critério da antiguidade. Nos termos de uma convenção colectiva de trabalho, somente os trabalhadores a tempo inteiro que tivessem cumprido dois anos de serviço poderiam integrar o quadro de pessoal da empresa. Uma das questões levantadas no processo foi a de saber se a antiguidade dos trabalhadores a tempo parcial tinha de ser calculada proporcionalmente ou se se devia tomar em consideração todo o período de trabalho a tempo parcial. O Tribunal de Justiça recordou que «a objectividade [do] critério [da antiguidade] depende de todas as circunstâncias de cada caso» [35]. O empregador alegou que a antiguidade era necessária para avaliar a experiência profissional de um trabalhador. Sem especificar que impacto poderiam ter estes factores na validade do critério utilizado, o Tribunal de Justiça observou que a antiguidade permite também recompensar o trabalhador pela fidelidade à empresa [36].

45. É evidente que o Tribunal de Justiça não se apoiou no acórdão Danfoss para decidir qualquer um destes processos. Os advogados-gerais tentaram explicar o desenvolvimento da jurisprudência. Segundo o advogado-geral A. La Pergola, nas suas conclusões no processo Hill e Stapleton, o acórdão Danfoss só pode ser entendido no seu contexto e à luz dos factos então submetidos ao Tribunal. De igual modo, a advogada-geral C. Stix-Hackl considerou que, nos acórdãos Nimz, Gerster e Kording, o Tribunal de Justiça se tinha afastado da posição adoptada no acórdão Danfoss [37].

46. Os acórdãos subsequentes podem não ter invertido de modo expresso a jurisprudência Danfoss, mas não há qualquer dúvida de que esta foi, no entanto, alterada pelos processos mais recentes. Não se pode retirar nenhuma conclusão do simples facto de o Tribunal de Justiça, nos acórdãos subsequentes, não ter expressamente rejeitado as conclusões a que chegou no acórdão Danfoss, uma vez que somente em ocasiões muito excepcionais é que o Tribunal de Justiça inverte expressamente a sua própria jurisprudência, especialmente se nenhum dos processos posteriores exigir claramente ao Tribunal que reveja a sua decisão anterior [38].

47. Em conclusão, é claro que a Directiva 97/80 [39], que se baseia no artigo 141.° CE, harmonizou e codificou a abordagem que deve ser adoptada relativamente à repartição do ónus da prova, de modo que a solução adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Danfoss, embora seja compreensível dadas as circunstâncias específicas desse processo, não pode ser invocada no caso em apreço. Na minha opinião, a resposta à primeira questão suscitada pela Court of Appeal deve ser que, quando a utilização, pelo empregador, do critério da antiguidade como factor determinante da remuneração tiver um impacto diferente na situação respectiva dos trabalhadores masculinos e femininos, o artigo 141.° CE, em conjugação com os artigos 2.°, n.° 2, e 4.° da Directiva

34 — Acórdão de 10 de Março de 2005 (C-196/02, Colect., p. I-1789).

35 — Acórdão Nikoloudi, já referido, n.° 55.

36 — *Ibidem*, n.° 63.

37 — Conclusões no processo Nikoloudi, já referido, n.° 50.

38 — V., sobre esta questão, as minhas conclusões apresentadas em 1 de Fevereiro de 2006 nos processos pendentes Cipolla (C-94/04) e Macrino e Capodarte (C-202/04), acórdão de 5 de Dezembro de 2006, ainda não publicado na Colectânea, (n.os 28 e 29).

39 — V., por exemplo, acórdãos de 27 de Outubro de 1993, Enderby (C-127/92, Colect., p. I-5535, n.os 13 a 19), e de 31 de Maio de 1995, Royal Copenhagen (C-400/93,Colect., p. I-1275, n.° 24).

97/80, impõe que o empregador justifique o recurso a esse critério. A natureza da justificação a apresentar é a seguir abordada.

B — *A natureza da justificação exigida para o recurso ao critério da antiguidade num sistema de remuneração*

48. A natureza da justificação que deve ser apresentada por um empregador para ilidir a presunção de discriminação indirecta resultante do facto de um sistema de remuneração gerar situações de desvantagem para as mulheres deve ser apreciada à luz da Directiva 97/80 e da jurisprudência sobre discriminação indirecta. Esta questão é fundamental, uma vez que o nível da prova exigido a um empregador permitirá a fiscalização jurisdicional de um sistema de remuneração impugnado à luz do princípio da igualdade de remuneração. É necessário determinar se uma justificação geral para a utilização do critério da antiguidade num sistema de remuneração é suficiente ou se, pelo contrário, a justificação a ser apresentada deve incidir sobre a situação de cada trabalhador em concreto. Na prática, os empregadores e o legislador apresentaram várias justificações possíveis para as medidas que geram situações de desvantagem para as mulheres [40]. Cabe frequentemente ao órgão jurisdicional nacional determinar se, atendendo à justificação apresentada pelo empregador, as medidas adoptadas para atingir um fim legítimo são proporcionadas.

49. Contrariamente ao argumento do Governo francês e da Irlanda, é inquestionável que o acórdão Danfoss não pode ser interpretado como dando carta branca a todos os sistemas de remuneração baseados na antiguidade. Porém, contrariamente ao que B. F. Cadman e a EOC parecem afirmar, uma queixa de discriminação indirecta apresentada por um trabalhador não pode desencadear a exigência de o empregador ter de justificar o salário atribuído a um trabalhador em comparação com o de outros. Aceitar este argumento implicaria correr o risco de se impor aos empregadores um ónus intolerável, não atendendo este mesmo argumento ao facto de, ao abrigo do artigo 2.°, n.° 2, a justificação poder centrar-se no próprio critério e não necessariamente em cada caso concreto de tratamento diferente entre trabalhadores. Isto é, o empregador pode satisfazer o ónus da prova exigido se o critério adoptado para o seu sistema de remuneração for justificado, não sendo sempre necessário justificar uma diferença de tratamento entre trabalhadores individualmente considerados que possa resultar da aplicação desse critério.

40 — V. 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*, n.° 48, 2003, p. 103. Das várias justificações apresentadas, o autor faz a distinção entre justificações relacionadas com o emprego, tais como aptidões físicas, qualificações e formação profissional, justificações relacionadas com a empresa, tais como a eficiência económica ou financeira, e justificações relacionadas com o interesse público, tais como a necessidade de fomentar o emprego ou a vontade de incentivar as pequenas empresas.

50. Na audiência, o representante do Governo do Reino Unido alegou existirem variadíssimas razões para que um empregador decida aplicar um sistema de remuneração baseado na antiguidade. Um trabalhador experiente é normalmente mais produtivo, uma vez que estará mais familiarizado com a

actividade da empresa e com os seus clientes. A estabilidade do pessoal permite também ao empregador reduzir os custos com formação profissional e evitar processos de recrutamento dispendiosos. Por conseguinte, há um incentivo económico evidente para que o empregador recompense a antiguidade.

51. Nas suas alegações, o Governo francês explicou ainda a razão pela qual um empregador público tem um motivo legítimo para recompensar a antiguidade dos trabalhadores. Na função pública francesa, a antiguidade não está ligada ao tipo de funções exercidas, mas é justificada pela relação do funcionário público com a Administração. Um sistema de remuneração baseado na antiguidade garante a independência e a neutralidade dos funcionários públicos.

52. Embora a legitimidade do critério da antiguidade não seja posta em causa como tal, levanta-se, de facto, a questão de saber em que medida os interesses económicos do empregador se devem adaptar ao interesse dos trabalhadores para que o princípio da igualdade de remuneração seja respeitado. Com efeito, embora seja legítimo os empregadores remunerarem a antiguidade e/ou fidelidade, não se pode negar que há situações em que um sistema de remuneração, apesar de neutro na sua concepção, gera situações de desvantagem para as mulheres. Em tais casos, o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 97/80 submete o critério utilizado num sistema de remuneração que desfavorece as mulheres a uma prova de proporcionalidade, na qual há que demonstrar que o critério se baseia em objectivos legítimos e é proporcionado a fim de atingir os objectivos prosseguidos.

53. Como reconheceu o Governo do Reino Unido, um sistema de remuneração com aumentos salariais automáticos que dependem unicamente da antiguidade tem um impacto negativo na situação dos trabalhadores femininos, uma vez que as mulheres, geralmente, entram no mercado de trabalho mais tarde e interrompem a sua carreira mais frequentemente por razões ligadas à maternidade e às responsabilidades familiares.

54. O Governo do Reino Unido alega que, no acórdão Danfoss, o Tribunal de Justiça atribuiu um estatuto especial ao critério da antiguidade, visto que «o empregador tinha direito a indicar a sua justificação recorrendo a uma generalização em vez de apresentar uma prova específica» [41]. A Irlanda é, em geral, da mesma opinião. Isto significaria, na sua óptica, que, uma vez que a antiguidade pode ser considerada uma garantia de melhor desempenho profissional, o recurso à antiguidade num sistema de remuneração é sempre compatível com o artigo 141.º CE.

55. Não concordo com esta pressuposição. Na minha opinião, tal não satisfaz a condição

41 — N.º 26 das observações escritas do Governo do Reino Unido.

de proporcionalidade estabelecida no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 97/80, que define o conceito de discriminação indirecta.

56. A condição de proporcionalidade prevista no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 97/80 [42] exige que se demonstre que o critério contestado «[é] adequad[o] e necessári[o] e po[de] ser justificad[o] por factores objectivos não relacionados com o sexo».

57. Se se admitisse que uma justificação geral, tal como o facto de a antiguidade contribuir para um trabalhador desempenhar melhor as suas funções, era suficiente para justificar um sistema de remuneração que desfavorece as mulheres na perspectiva do artigo 141.º CE, um trabalhador quase que não teria margem para impugnar um sistema de remuneração com este fundamento.

58. Além disso, a fiscalização jurisdicional seria impossível nestas circunstâncias. Essa é a razão pela qual, no acórdão Seymour-Smith e Perez [43], o Tribunal de Justiça rejeitou «simples generalizações» como não sendo um meio válido para justificar uma medida discriminatória. Entendo que a condição de proporcionalidade imposta pelo artigo 2.º, n.º 2, exige que o empregador demonstre que o sistema de remuneração adoptado, mesmo quando se baseie num fim legítimo, está concebido de forma a minimizar o diferente impacto que tem na situação das mulheres. Conforme argumento a seguir, isto requer que se controle, por exemplo, o modo como a antiguidade é tomada em consideração e como é ponderada no sistema de remuneração relativamente a outros critérios (como o mérito) que são menos desfavoráveis para as mulheres.

59. Para melhor se compreender a natureza da justificação exigida, pode ser útil estabelecer uma analogia com os processos relativos à liberdade de circulação de trabalhadores, porque o equilíbrio que tem de ser conseguido nestes casos pode por vezes apresentar semelhanças com o exercício de ponderação que é realizado na apreciação do critério da antiguidade quando houver indícios de discriminação indirecta. No acórdão Köbler [44], o Tribunal de Justiça considerou que um subsídio especial de antiguidade concedido pelo Estado austríaco, em determinadas condições [45], na qualidade de empregador, a professores universitários, para além dos seus salários de base, era contrário ao artigo 39.º CE e não podia ser justificado por razões imperiosas de interesse geral. O Tribunal de Justiça confrontou o direito de um empregador recompensar a fidelidade com o princípio da liberdade de

42 — Assim como nas Directivas 2000/78, 2000/43 e 76/207, alteradas.

43 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1999 (C-167/97, Colect., p. I-623, n.º 76).

44 — Acórdão de 30 de Setembro de 2003 (C-224/01, Colect., p. I-10239).

45 — Isto é, desde que trabalhassem há, pelo menos, 15 anos numa Universidade austríaca e que tivessem recebido o subsídio normal de antiguidade durante quatro anos, no mínimo.

circulação de trabalhadores [46]. O Tribunal de Justiça admitiu, de facto, que a recompensa da fidelidade constituía um fim legítimo, mas considerou que não era suficiente para justificar o obstáculo que implicava. Foi exigido ao Estado austríaco que justificasse as condições particulares em que se baseavam as remunerações à luz do seu impacto nos interesses da livre circulação. Uma vez que o prémio de fidelidade desencorajaria provavelmente os professores austríacos de exercerem o seu direito de livre circulação, conduzindo, assim, a uma compartimentação do mercado de trabalho dos professores universitários, o Tribunal concluiu que tal era contrário ao artigo 39.º CE.

60. De igual modo, para efeitos do artigo 141.º CE, em conjugação com os artigos 2.º, n.º 2, e 4.º da Directiva 97/80, não basta demonstrar que um critério baseado na antiguidade pode, em geral, prosseguir um fim legítimo (recompensando a experiência e a fidelidade). Este critério deve ser proporcionado a este fim, tendo em conta qualquer impacto prejudicial que possa ter na situação das mulheres.

61. Por último, a jurisprudência subsequente ao acórdão Danfoss inclui também indicações de que a utilização do critério da antiguidade num sistema de remuneração, com o fundamento de que representa uma maneira de avaliar a experiência, não pode, em si mesmo, constituir uma justificação para quaisquer efeitos diferentes que o sistema de remuneração produza nos salários dos trabalhadores femininos.

62. Os advogados-gerais M. Darmon [47] e A. La Pergola [48] manifestaram ambos dúvidas sobre se a consideração da experiência deveria ser admitida como regra geral e abstracta. O Tribunal de Justiça rejeitou igualmente esta abordagem. Apesar de o processo Nimz tratar de uma comparação entre trabalhadores a tempo parcial e a tempo inteiro, o Tribunal de Justiça concluiu no acórdão que: «Efectivamente, embora a antiguidade seja inseparável da experiência, a qual permite, em princípio, ao trabalhador melhor cumprir as suas tarefas, a objectividade de tal critério depende de todas as circunstâncias de cada caso e, designadamente, da relação entre a natureza da função exercida e a experiência que o exercício dessa função proporciona após determinado número de horas de trabalho efectuadas» [49]. Daqui resulta que o Tribunal de Justiça pretendeu fazer com que a objectividade do critério da experiência dependesse da natureza das funções exercidas. A objecção da Irlanda de que os processos mais recentes só tratam do cálculo da antiguidade dos trabalhadores a tempo parcial não pode ser aceite.

46 — Acórdão Köbler, já referido, n.º 86.

47 — No n.º 15 das suas conclusões no processo Nimz, já referido, o advogado-geral M. Darmon afirmou que: «a experiência não é um critério igualmente decisivo para um lugar de agente de manutenção ou para o de chefe de um serviço administrativo».

48 — N.º 34 das conclusões do advogado-geral A. La Pergola no processo Hill e Stapleton, já referido. V. também a nota 27 das suas conclusões nos processos Gerster e Kording, já referidos.

49 — Acórdão Nimz, já referido, n.º 14. V. também acórdãos, já referidos, Gerster, n.º 39, e Kording, n.º 23.

Com efeito, é indiferente saber se o trabalho foi desempenhado a tempo parcial ou a tempo inteiro.

63. Face às considerações precedentes, o nível da prova que o empregador deve satisfazer de forma a demonstrar que o recurso ao critério da antiguidade não conduz a discriminação indirecta pode ser resumido do seguinte modo. Em primeiro lugar, é necessário que exista um certo grau de transparência quanto ao modo como o critério da antiguidade é aplicado no sistema de remuneração, a fim de permitir o exercício da fiscalização jurisdicional [50]. Em especial, há que esclarecer a importância do critério da antiguidade na determinação da remuneração — concebido quer como uma forma de medir a experiência quer como uma maneira de recompensar a fidelidade — em relação a outros critérios, como o mérito e as qualificações profissionais. Além disso, o empregador deve explicar por que é que a experiência é valiosa para um determinado posto de trabalho e a razão pela qual é recompensada proporcionalmente. A este respeito, apesar de o órgão jurisdicional nacional ter de efectuar a sua análise, não há dúvida alguma, por exemplo, de que a experiência é mais valiosa — e, portanto, legitimamente recompensada — no caso de cargos de responsabilidade e de gestão do que no caso de postos de trabalho com tarefas repetitivas, em relação aos quais o critério da antiguidade só pode representar uma pequena proporção do salário. Este critério pode assumir especial relevância no período de formação, mas torna-se menos relevante uma vez que o trabalhador tenha adquirido um domínio suficiente das suas funções. Por último, a maneira como a antiguidade é tomada em consideração deve igualmente minimizar o impacto negativo do critério na situação dos trabalhadores femininos. Parece-me, por exemplo, que um sistema que exclua os períodos de licença de maternidade ou de paternidade, embora à primeira vista seja neutro, conduziria a uma discriminação indirecta dos trabalhadores femininos.

64. O nível da prova exigido em casos que impliquem discriminação indirecta continua a ser geral no sentido de que o empregador não precisa de justificar a razão pela qual paga mais a um determinado trabalhador do que a outro, desde que o sistema de remuneração tenha sido estruturado de modo coerente de forma a ter em conta as especificações dos postos de trabalho e as necessidades económicas da empresa e de forma a minimizar o impacto diferente que possa ter sobre os trabalhadores femininos. Uma vez produzida esta prova, não há motivo para se declarar que o artigo 141.° CE foi violado, salvo se o trabalhador puder demonstrar que a aplicação incorrecta do sistema conduz a uma discriminação indirecta. Seja como for, se o empregador não provar que a utilização do critério da antiguidade no sistema de remuneração é proporcionada, ou se for impossível verificar ser este o caso devido à falta de transparência do sistema de remuneração, o empregador deverá então justificar as diferenças de salário em relação à situação concreta do trabalhador que impugna o sistema de remuneração.

50 — Comparar com o artigo 9.°, n.° 2, da Directiva 76/207, que exige aos Estados-Membros que procedam «periodicamente a um exame das actividades profissionais referidas no n.° 2 do artigo 2.°, com a finalidade de apreciar, tendo em consideração a evolução social, se se justificará manter as exclusões em questão».

65. No caso de B. F. Cadman, compete ao tribunal nacional apreciar se o HSE apresentou uma justificação suficiente para a utilização da antiguidade como factor determinante da remuneração dos chefes das Field Management Units. Neste contexto, o HSE terá de explicar como é que a antiguidade é ponderada em relação a outros critérios, como o mérito, na determinação da remuneração dos trabalhadores, e a razão pela qual o critério da antiguidade é necessário e proporcionado ao objectivo de recompensar a experiência e/ou a fidelidade face à natureza do trabalho em causa.

66. Para responder de modo mais completo à primeira questão da Court of Appeal, deve acrescentar-se que, quando a utilização, pelo empregador, do critério da antiguidade como factor determinante da remuneração tiver um impacto diferente entre os trabalhadores femininos e os masculinos, o artigo 141.° CE, em conjugação com os artigos 2.°, n.° 2, e 4.° da Directiva 97/80, impõe que o empregador demonstre que o modo de utilização desse critério como factor determinante da remuneração em relação ao posto de trabalho em causa toma em consideração as necessidades económicas da empresa e que a aplicação do critério é proporcional, de forma a minimizar o impacto prejudicial que tem na situação dos trabalhadores femininos. Se o empregador não for capaz de justificar a estrutura do sistema de remuneração, terá de apresentar uma justificação específica para a diferença de níveis de remuneração entre o trabalhador queixoso e os outros trabalhadores que desempenham as mesmas funções.

C — Necessidade de uma limitação temporal dos efeitos do acórdão

67. A Irlanda e o Governo do Reino Unido propuseram que se estabelecesse uma limitação temporal dos efeitos do acórdão no caso de o Tribunal de Justiça declarar que o empregador deve justificar o recurso ao critério da antiguidade num sistema de remuneração sempre que um trabalhador intente uma acção alegando violação do princípio da igualdade de remuneração com o fundamento de que o sistema de remuneração gera situações de desvantagem para as mulheres.

68. Em apoio deste pedido, o Reino Unido alega que o acórdão do Tribunal de Justiça produziria efeitos retroactivos que levantariam dúvidas sobre as relações jurídicas entre os empregadores e os trabalhadores estabelecidas de boa fé e em conformidade com o acórdão Danfoss. Assim, entende que o princípio da segurança jurídica exige que o raciocínio do acórdão Danfoss deve ser mantido até à data do acórdão do Tribunal de Justiça no presente processo. O Reino Unido argumenta que seria posto em causa um grande número de relações contratuais se os empregadores tivessem de justificar os seus antigos sistemas de remuneração, visto que, no Reino Unido, um trabalhador pode intentar uma acção em matéria de igualdade de remuneração até ao limite de seis anos após a ocorrência dos factos. Além disso, será muito difícil obter provas dos factos objectivos relevantes passados tantos anos.

69. Segundo jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça limitará, somente em

circunstâncias excepcionais, o efeito temporal de uma decisão prejudicial se estiverem preenchidas duas condições cumulativas [51]. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça pode aplicar o princípio da segurança jurídica para limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição que o Tribunal de Justiça tenha interpretado para pôr em causa relações jurídicas estabelecidas de boa fé. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça exige provas de que há um risco de repercussões económicas graves devido, em especial, ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa fé.

70. Neste caso, parece-me convincente o argumento do Governo do Reino Unido de que a interpretação proposta do artigo 141.º CE pode pôr em causa as relações jurídicas constituídas de boa fé. Com efeito — e isto explica a razão pela qual o tribunal nacional optou por suspender a instância e submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça —, havia alguma incerteza quanto à forma de interpretar o artigo 141.º CE no que respeita à utilização da antiguidade num sistema de remuneração. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça nunca alterou expressamente a jurisprudência do acórdão Danfoss. Em segundo lugar, os processos subsequentes que trataram da repartição do ónus da prova entre o empregador e o trabalhador em relação ao possível impacto discriminatório de sistemas de remuneração ou promoção não invocaram a Directiva 97/80. Atendendo a estes factores, os Estados-Membros e as partes interessadas podiam razoavelmente concluir que o recurso à antiguidade num sistema de remuneração não daria origem a discriminação indirecta nos termos do artigo 141.º CE [52].

71. Quanto à segunda condição, embora esteja convencido de que a interpretação que propus do artigo 141.º CE, em conjugação com os artigos 2.º, n.º 2, e 4.º da Directiva 97/80, continua a autorizar a utilização da antiguidade como critério em sistemas de remuneração, não se pode excluir a hipótese de que venha a afectar estes sistemas de remuneração quanto à maneira como a antiguidade é considerada e ponderada juntamente com outros critérios relevantes. Por consequência, se o Tribunal de Justiça aceitar a interpretação que proponho no caso vertente, muitos trabalhadores podem ser afectados [53] e vir a apresentar reclamações que eram imprevisíveis para as empresas [54].

72. Atendendo à boa fé de todas as partes interessadas no que respeita à obrigação de o empregador justificar um sistema de remuneração baseado na antiguidade e que produz um impacto diferente na situação das mulheres, parece adequado tomar em consideração as razões de segurança jurídica que afectam todas as partes interessadas e impedir, em princípio, que se reabra a questão com efeitos retroactivos [55]. Por conseguinte, sugiro que o Tribunal de Justiça

51 — V., neste sentido, acórdãos de 2 de Fevereiro de 1988, Blaizot (24/86, Colect., p. 379, n.º 28); de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889, n.º 41); e 29 de Novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, Colect., p. I-9383, n.º 74).

52 — V., neste sentido, acórdão Barber, já referido, n.º 43.

53 — Na audiência, o Governo do Reino Unido afirmou que 36% de todos os trabalhadores são remunerados de acordo com um sistema de remuneração baseado na antiguidade no serviço.

54 — V., neste sentido, acórdão Defrenne, já referido, n.º 70.

55 — V., neste sentido, acórdãos, já referidos, Defrenne, n.º 74, e Barber, n.º 44.

considere que a interpretação proposta do artigo 141.° CE, em conjugação com os artigos 2.°, n.° 2, e 4.° da Directiva 97/80, não possa ser invocada para fundamentar reclamações em matéria de discriminação indirecta, baseadas em factos anteriores à data do acórdão no caso em apreço, resultante de um sistema de remuneração assente na antiguidade, excepto no que respeita aos trabalhadores que tenham intentado acções judiciais ou apresentado uma reclamação equivalente antes dessa data.

IV — Conclusão

73. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões que lhe foram submetidas:

1) Quando a utilização, pelo empregador, do critério da antiguidade como factor determinante da remuneração tiver um impacto diferente na situação respectiva dos trabalhadores masculinos e femininos, o artigo 141.° CE, em conjugação com os artigos 2.°, n.° 2, e 4.° da Directiva 97/80/CE, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo, impõe que o empregador demonstre que a utilização desse critério como factor determinante da remuneração em relação ao posto de trabalho em causa toma em consideração as necessidades económicas da empresa e que o critério é aplicado proporcionadamente de forma a minimizar o impacto prejudicial que tem na situação dos trabalhadores femininos. Se o empregador não for capaz de justificar a estrutura do sistema de remuneração, terá de apresentar uma justificação específica para a diferença de níveis de remuneração entre o trabalhador queixoso e os outros trabalhadores que desempenham as mesmas funções.

2) Face à resposta dada à primeira questão, não é necessário responder à segunda.

3) Não há que fazer qualquer distinção entre a utilização do critério da antiguidade no caso dos trabalhadores a tempo parcial e a utilização deste critério no caso dos trabalhadores a tempo inteiro.

4) Esta interpretação do artigo 141.º CE, em conjugação com os artigos 2.º, n.º 2, e 4.º da Directiva 97/80, não pode ser invocada para fundamentar reclamações em matéria de discriminação indirecta, baseadas em factos anteriores à data do acórdão no caso em apreço, resultante de um sistema de remuneração assente na antiguidade, excepto no que respeita aos trabalhadores que tenham intentado acções judiciais ou apresentado uma reclamação equivalente antes dessa data.