FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT POIARES MADURO

föredraget den 18 maj 2006 [1]

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) gäller utvecklingen av gemenskapens rättspraxis om lika lön. Tvisten kretsar kring frågan huruvida domen i målet Danfoss [2] fortfarande är tillämplig. I den domen konstaterades att arbetsgivaren inte var skyldig att motivera användningen av anställningsårskriteriet, även om det missgynnar kvinnor, eftersom "anställningsår och erfarenhet går hand i hand samt då erfarenheten i allmänhet medför att arbetstagaren blir skickligare i utförandet av sina arbetsuppgifter". Förevarande mål innebär inte ett direkt ifrågasättande av lönesystem i vilka anställningstiden används som ett kriterium för lönesättningen, men det kan indirekt påverka sådana lönesystem. Frågan gäller för det första fördelningen av bevisbördan mellan arbetsgivare och arbetstagare vid fastställandet av om indirekt diskriminering som förorsakas av ett lönesystem där anställningsårskriteriet tillämpas kan vara motiverad och, för det andra, vilken typ av motivering som krävs samt bevisbördans omfattning. Om det godtas som en allmän regel att anställningstiden är en relevant indikator för att belöna erfarenhet och effektivitet kan en anställd inte ifrågasätta ett lönesystem som tillämpar anställningsårskriteriet, även om systemet faktiskt missgynnar kvinnor. Om det däremot konstateras att en arbetsgivare skall motivera all särbehandling som följer av tillämpning av anställningsårskriteriet i ett lönesystem kan det visa sig svårt för en arbetsgivare att lämna exakta och detaljerade uppgifter om i vilken omfattning effektiviteten och produktiviteten ökar med anställningstiden.

I — Tillämpliga bestämmelser

2. Förevarande mål gäller jämställdhet mellan kvinnor och män, som enligt artikel 2 EG och 3.2 EG är en grundläggande princip i gemenskapsrätten och utgör en av gemens-

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — Domstolens dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening (nedan kallat Danfoss) (REG 1989, s. 3199; svensk specialutgåva, volym 10, s. 187), punkt 24.

kapens grundvalar.[3] Principen om lika lön för lika arbete stadgas i artikel 141 EG, som har följande lydelse:

"1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.

2. I denna artikel skall med 'lön' förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen.

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att

a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,

b) tidlön skall vara lika för lika arbete."

3. Artikel 141 EG kompletteras med ett antal sekundärrättsliga regler. Genom rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män[4] säkerställs att all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen. I artikel 1 i direktiv 75/117 anges uttryckligen [följande]:

"Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härefter kallad 'likalönsprincipen', innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både

3 — Dom av den 8 april 1976 i mål C-43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455), punkt 12.

4 — EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78.

kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön."

4. Begreppet indirekt diskriminering på grund av kön angavs visserligen inte uttryckligen i artikel 141 EG, men har utvecklats genom rättspraxis [5] och därefter införlivats i lagstiftningen. Artikel 2.2 i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering [6] innehåller en definition av indirekt diskriminering på grund av kön: "Enligt den princip om likabehandling som anges i punkt 1 föreligger indirekt diskriminering när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön."

5. Följande direktiv är visserligen inte tillämpliga i förevarande mål, men det är värt att notera att begreppet indirekt diskriminering nu är enhetligt definierat genom rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, [7] rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling [8] och rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, [9] i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002. [10] I artikel 2 i direktiv 76/207, i ändrad lydelse, anges att indirekt diskriminering föreligger "när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga."

6. Angående fördelningen av bevisbördan i jämställdhetsmål föreskrivs även i direktiv 97/80 (artikel 4) att det när den förfördelade parten lägger fram "fakta som ger anledning att anta [att] det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaran-

5 — Dom av den 16 juni 1981 i mål C-96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911; svensk specialutgåva, volym 6, s. 129).

6 — EGT L 14, 1998, s. 6.

7 — EGT L 180, s. 22.

8 — EGT L 303, s. 16.

9 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191.

10 — EGT L 269, s. 15.

den att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling". [11]

7. Förhållandet mellan artikel 2.2 i direktiv 97/80, där begreppet indirekt diskriminering definieras, och artikel 4 i samma förordning, om fördelningen av bevisbördan, är centralt för att lösa de problem som tagits upp av den hänskjutande domstolen och för att bedöma när ett lönesystem i vilket anställningsårskriteriet tillämpas för att fastställa lönen kan leda till indirekt diskriminering.

II — Bakgrunden, förfarandet och tolkningsfrågorna

8. Bernadette Cadman är anställd vid United Kingdom Health and Safety Executive (nedan kallat HSE), den nationella hälso- och säkerhetsstyrelsen med ansvar att reglera hälso- och säkerhetsrisker som uppkommer till följd av förvärvsverksamhet i Förenade kungariket.

9. Bernadette Cadman anställdes vid HSE år 1990 som Inspector of Factories (fabriksinspektör). Hon befordrades i juni 1993 efter avslutad utbildning. År 1996 blev hon chef för en fältserviceenhet (Field Services Unit) och befordrades på nytt, nu till HM Principal Inspector of Health and Safety i Pay Band 2 (lönegrad 2). I februari 2001 övergick hon till en operativ tjänst som chef för en fältledningsenhet (Field Management Unit).

10. Lönesystemet har ändrats flera gånger under den tid som Bernadette Cadman tjänstgjort vid HSE. Fram till år 1992 tillämpades ett system där lönerna höjdes stegvis varje år till dess att den anställda hade kommit upp i maximilönen. År 1992 utökades systemet med ett moment kopplat till arbetstagarens prestation, så att den årliga lönehöjningen kom att spegla den anställdes prestation. Detta innebar att högpresterande anställda kunde komma upp i maximilönen snabbare än andra. År 1995 upprättades ett långsiktigt löneavtal som innebar att lönen höjdes årligen med andelar i överensstämmelse med den anställdas prestation. Detta resulterade i att den takt med vilken löneskillnaderna minskade mellan personer som hade varit anställda en längre tid och personer med samma lönegrad som hade varit anställda under kortare tid avtog. År 2000 ändrades lönesystemet igen och anställda längre ner på löneskalan fick större årliga löneförhöjningar, vilket ökade progressionstakten genom löneskalan.

11 — Samma mekanism återfinns i skäl 31 i direktiv 2000/78 och skäl 21 i direktiv 2000/43, där det förklaras att "[f]ör att principen om likabehandling skall kunna tillämpas effektivt måste reglerna om bevisbördan anpassas på så sätt att bevisbördan övergår till svaranden när det föreligger ett *prima facie*-fall av diskriminering".

11. Under räkenskapsåret 2000/2001 uppgick Bernadette Cadmans lön till 35 129 GBP, medan fyra av hennes manliga kolleger som var anställda i samma lönegrad tjänade 39 125 GBP, 43 345 GBP, 43 119 GBP respektive 44 183 GBP. Skillnaden i årslön mellan Bernadette Cadman och referenspersonerna, som varierade från 4 000 till 9 000 GBP, var en följd av att de fyra manliga referenspersonerna hade tjänstgjort längre tid vid HSE.

12. I juni år 2001 väckte Bernadette Cadman talan vid Manchester Employment Tribunal och hävdade att HSE:s lönesystem hade oproportionerligt negativa effekter för kvinnor och att hon följaktligen hade rätt till lika lön som de fyra manliga referenspersonerna. Till stöd för sin talan hänvisade Bernadette Cadman till Equal Pay Act 1970, genom vilken artikel 141 EG har införlivats.

13. I section 1 i Equal Pay Act, som är av betydelse i förevarande mål, föreskrivs följande:

"1) Även om villkoren i ett avtal enligt vilket en kvinna är anställd i en verksamhet i Storbritannien inte (direkt eller genom hänvisning till ett kollektivavtal eller på annat sätt) innehåller någon jämställdhetsklausul, skall de anses innehålla en sådan.

2) En jämställdhetsklausul avser villkor (oavsett om de avser lön eller inte) i ett avtal med stöd av vilket en kvinna är anställd (nedan kallat kvinnans avtal), och har till följd att

...

b) när en kvinna är anställd för ett arbete som skall anses som likvärdigt med det arbete som utförs av en man med samma anställning,

i) om (bortsett från jämställdhetsklausulen) något villkor i kvinnans avtal som fastställs med utgångspunkt från tjänstegraden är eller blir mindre förmånligt för kvinnan än vad motsvarande villkor i mannens anställningsavtal är eller blir för honom, skall villkoret i kvinnans avtal anses vara ändrat så att det inte är mindre förmånligt, och

ii) om (bortsett från jämställdhetsklausulen) kvinnans anställningsavtal vid någon tidpunkt inte innehåller

ett villkor som motsvarar ett gynnande villkor i mannens anställningsavtal som fastställs med utgångspunkt från tjänstegraden, skall kvinnans avtal tillämpas som om det innehöll ett sådant villkor.

...

3) Jämställdhetsklausulen skall inte tillämpas på en skillnad mellan kvinnans och mannens anställningsavtal om arbetsgivaren visar att skillnaden beror på en annan faktisk omständighet än skillnaden i kön och att den omständigheten

a) skall om en jämställdhetsklausul som omfattas av subsection 2 ... b) ovan finns, utgöras av en faktisk skillnad mellan kvinnans och mannens situation;

..."

14. Vidare är indirekt diskriminering på grund av kön, enligt section 1.1 b) ii) i 1975 års Sex Discrimination Act, olaglig om den inte är berättigad.

15. Manchester Employment Tribunal prövade Bernadette Cadmans talan mellan den 7 maj och den 8 juli 2002 och fastställde att hon hade rätt till en förklaring enligt section 1 i Equal Pay Act 1970 om att avtalsvillkoret om lön i hennes anställningsavtal skulle ändras så att det inte var mindre förmånligt än referenspersonernas jämförbara avtalsvillkor om lön.

16. HSE överklagade domen till Employment Appeal Tribunal (nedan kallad Appeal Tribunal), som genom dom av den 22 oktober 2003 biföll överklagandet på två grunder. Den anförde för det första att det, med hänsyn till domstolens dom i målet Danfoss, inte var nödvändigt att ange något särskilt motiv när olika lön uppstått till följd av att anställningsårskriteriet tillämpas i ett lönesystem. För det andra anförde den att även om en motivering hade krävts så gjorde Employment Tribunal sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den prövade frågan.

17. Bernadette Cadman överklagade i sin tur till Court of Appeal. Equal Opportunities Commission (nedan kallad EOC) tilläts yttra sig skriftligen och muntligen i egenskap av intervenient. EOC lade fram bevis (som godtogs av samtliga parter) för att kvinnliga arbetstagare i Förenade kungariket, och i Europeiska unionen i dess helhet, i genomsnitt har färre tjänsteår än manliga arbetstagare och att tillämpningen av anställningsårskriteriet i lönesystem har betydelse för den bestående löneklyftan mellan kvinnliga och manliga arbetstagare.

18. HSE har genomgående försvarat sin praxis och förklarat att löneskillnaden var en följd av Bernadette Cadmans kortare tjänstgöringstid. Detta är en faktisk och objektiv omständighet som skiljer hennes situation från de manliga referenspersonernas, såsom föreskrivs i domen i målet Danfoss.

19. Bernadette Cadman och EOC har däremot gjort gällande att domen i målet Danfoss har ifrågasatts genom domstolens senare rättspraxis. De anser i själva verket att arbetsgivaren är skyldig att objektivt motivera löneskillnaden mellan Bernadette Cadman och referenspersonerna.

20. Court of Appeal noterade att det föreligger en uppenbar skillnad mellan domen i målet Danfoss och domarna i de senare målen Nimz, [12] Hill och Stapleton [13] samt Gerster, [14] och konstaterade att frågan "inte är fri från oklarheter" [15]. Court of Appeal beslutade av denna anledning att hänskjuta följande tre tolkningsfrågor till domstolen:

"1) När en arbetsgivare tillämpar anställningsårskriteriet för att fastställa arbetstagarnas löner och de berörda manliga och kvinnliga anställda påverkas olika, är arbetsgivaren då enligt artikel 141 EG skyldig att ange ett särskilt motiv för tillämpningen av detta kriterium? Om svaret på denna fråga beror på omständigheterna i det enskilda fallet, vilka är då dessa omständigheter?

2) Påverkas svaret på den första frågan av att arbetsgivaren tillämpar anställningsårskriteriet individuellt, så att det i fråga om varje anställd görs en individuell bedömning av om fler anställningsår motiverar en högre lön?

3) Skall någon relevant åtskillnad göras när anställningsårskriteriet tillämpas på heltidsarbetande och när det tillämpas på deltidsarbetande?"

21. Bernadette Cadman, EOC, Förenade kungarikets regering, Irland och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen. De företräddes även vid förhandlingen som hölls den 8 mars 2006, där även den franska regeringen var representerad.

12 — Dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297).

13 — Dom av den 17 juni 1998 i mål C-243/95, Hill och Stapleton (REG 1998, s. I-3739).

14 — Dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, Gerster (REG 1997, s. I-5253).

15 — Punkt 23 i beslutet om hänskjutande.

III — Bedömning

22. För att besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Court of Appeal kommer jag att börja med att beskriva hur bevisbördan fördelas i mål om indirekt diskriminering. Jag kommer därefter att behandla frågan om i vilken omfattning tjänstetid kan användas i ett lönesystem utan att detta strider mot artikel 141 EG, för att fastställa om artikel 141 EG skall tolkas så, att den tillåter ett sådant lönesystem som det som tillämpas av HSE. Jag kommer slutligen att behandla frågan om en begränsning i tiden av effekterna av domstolens dom i förevarande mål, vilken tagits upp av Förenade kungarikets regering och Irland.

A — *Fördelningen av bevisbördan i mål om indirekt diskriminering*

1. Ram för analysen

23. Till skillnad från direkt diskriminering förorsakas indirekt diskriminering av bestämmelser som synbart tillämpas på samma sätt på män och kvinnor. Om en neutralt formulerad bestämmelse när den tillämpas faktiskt missgynnar kvinnor kan indirekt diskriminering anses föreligga. [16] En bestämmelse som missgynnar yngre eller äldre arbetstagare när den tillämpas, men som är skenbart neutral, kan också ge upphov till indirekt diskriminering på grund av ålder. [17] Frågan har visserligen inte tagits upp av den nationella domstolen men i förevarande mål är det inte otänkbart att tillämpningen av ett anställningsårskriterium i ett lönesystem, under vissa omständigheter, kan ge upphov till indirekt diskriminering på grund av ålder. [18] Begreppet indirekt diskriminering är förbundet med ett krav på att en grundläggande föreställning om jämställdhet skall föreligga. [19]

24. Direkt diskriminering kan inte motiveras. I linje med fast rättspraxis och artikel 2.2 i direktiv 97/80 kan emellertid indirekt diskriminering motiveras.

16 — Se dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka mot Weber von Hartz (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), punkt 31, domen i det ovannämnda målet Gerster, punkt 30, och dom av den 2 oktober 1997 i mål C-100/95, Kording (REG 1997, s. I-5289), punkt 16, samt domen i det ovannämnda målet Hill and Stapleton, punkt 24.

17 — Enligt domstolens dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkt 75, skall principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder anses vara en allmän gemenskapsrättslig princip.

18 — Man kan tänka sig ett lönesystem som missgynnar yngre arbetstagare därför att det på ett oproportionellt sätt belönar anställningstid och därmed gynnar äldre arbetstagare. Omvänt kan en annan typ av lönesystem där hänsyn inte tas till arbetstagarens tidigare erfarenhet anses missgynna äldre arbetstagare. I fråga om tillträde till anställning tillåts dock enligt artikel 6.1 b i direktiv 2000/78 "[f]astställande av minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid". I allmänhet är förbudet mot diskriminering på grund av ålder försett med ett antal förbehåll och begränsningar (förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs av den 27 oktober 2005 i mål C-227/04 P, Lindorfer mot rådet, i vilket dom ännu inte har meddelats, punkt 87).

19 — Prechal, S., "Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes", *CMLRev.*, volym 41 (2004) utgåva 2, s. 533.

25. Artikel 4 i direktiv 97/80 innehåller bestämmelser om fördelningen av bevisbördan mellan arbetsgivare och arbetstagare i mål om indirekt diskriminering. En klagande som hävdar att indirekt diskriminering har ägt rum måste lägga fram bevis för att den omtvistade bestämmelsen faktiskt innebär att kvinnor särbehandlas. Bevisbördan vilar alltså i förfarandets inledande skede på arbetstagaren. Kravet på att arbetsgivaren eller lagstiftaren skall motivera en praxis eller policy som vid första påseendet är neutral uppstår först om sådan bevisning läggs fram. När sådan bevisning väl lagts fram är arbetsgivaren eller lagstiftaren, beroende på den berörda åtgärdens grund, skyldig att visa att syftet med åtgärden är legitimt, att åtgärden är absolut nödvändig för att uppnå detta legitima syfte och att åtgärden är proportionerlig i förhållande till syftet. [20]

26. Bernadette Cadmans uppgifter om att hon har utsatts för indirekt diskriminering skall granskas mot bakgrund av dessa bedömningskriterier. Court of Appeal har dock frågat huruvida domstolen i domen i målet Danfoss faktiskt avvek från dessa kriterier i fråga om anställningsårskriteriet i lönesystem. Det är därför nödvändigt att klargöra innebörden av denna dom i förhållande till senare rättspraxis.

20 — Samma test tillämpas av brittiska domstolar, oberoende av om de hänvisar till domstolens rättspraxis eller inte: Se avgörandet från Employment Tribunal i målet *Crossley motArbitration Conciliation and Advisory Service* (mål nr. 1304744/98, som bifogats Bernadette Cadmans inlaga).

2. Domstolens rättspraxis om arbetsgivares skyldighet att motivera tillämpningen av anställningsårskriteriet i lönesystem

27. I domen i målet Danfoss behandlade domstolen frågor som hade ställts av en dansk skiljedomstol angående ett lönesystem i vilket samma grundlön utbetalades till arbetstagare i samma lönegrupp, men där även individuella lönetillägg, beräknade utifrån den anställdes flexibilitet, yrkesutbildning och anställningsår, utgick. En kvinnlig arbetstagare gjorde gällande att lönesystemet indirekt diskriminerade kvinnor. Efter att ha prövat hur bevisbördan skulle fördelas mellan arbetsgivaren och arbetstagaren mot bakgrund av att insyn i lönesystemet saknades, bedömde domstolen lagenligheten av de tre ovannämnda kriterierna individuellt, med hänsyn till den olikartade påverkan som dessa skulle kunna ha på kvinnor. Domstolen fann att det var motiverat att tillämpa flexibilitetskriteriet om det användes för att belöna det utförda arbetets kvalitet. Om flexibilitetskriteriet däremot ansågs inbegripa arbetstagarens förmåga att anpassa sig till varierande arbetstider och arbetsplatser, kunde det dock inte betraktas som ett neutralt kriterium, eftersom kvinnliga arbetstagare "inte lika lätt som männen kan planera sin arbetstid på ett flexibelt sätt på grund av att det ofta är de

som ansvarar för göromålen inom hushåll och familj". [21] Beträffande yrkesutbildningskriteriet konstaterade domstolen att arbetsgivaren kan anses "berättigad att vid utbetalning av lönetillägg premiera en särskild yrkesutbildning, om han kan visa att denna är av betydelse för utförandet av ifrågavarande arbetstagares speciella arbetsuppgifter". [22]

28. Såvitt gäller anställningsårskriteriet, vilket är den del av domen som är relevant här, förklarade domstolen slutligen att tillämpning av detta kriterium "kan medföra att de kvinnliga arbetstagarna behandlas sämre än de manliga arbetstagarna, i den mån som kvinnorna har inträtt på arbetsmarknaden senare än männen, eller i den mån som kvinnorna i större utsträckning är tvingade till avbrott i yrkeskarriären". [23] Därefter konstaterade domstolen dock att det, "eftersom ... anställningsår och erfarenhet går hand i hand samt då erfarenheten i allmänhet medför att arbetstagaren blir skickligare i utförandet av sina arbetsuppgifter, står ... arbetsgivaren fritt att vid utbetalning av lönetillägg premiera en arbetstagares anställningsår, utan att han behöver visa dessas betydelse för utförandet av ifrågavarande arbetstagares speciella arbetsuppgifter". [24]

29. Förenade kungarikets regering har gjort gällande att anställningsårskriteriet i princip skall anses vara motiverat även om arbetstagaren visar att det har en oproportionerlig effekt på kvinnor. Arbetsgivaren är bara skyldig att lämna en speciell motivering om arbetstagaren först visar att den betydelse som anställningstiden tillmäts är helt oproportionerlig.

30. Irland och den franska regeringen har intagit en mer radikal ståndpunkt och har låtit förstå att det följer av domen i målet Danfoss att anställningstiden alltid skall betraktas som ett legitimt kriterium för att fastställa lönen.

31. Bernadette Cadman och EOC har däremot uppgett att domen i målet Danfoss skall tolkas så, att "när det rör sig om ett arbete där erfarenhet gör att en person kan fullgöra sina uppgifter bättre kan anställningstiden på ett lämpligt sätt användas som en rimlig indikation på personalens varierande förmåga att fullgöra sina uppgifter. [25] Enligt deras uppfattning är arbetsgivaren därför alltid skyldig att lämna en särskild motivering. Det är inte helt klart vad denna särskilda motivering består i. Kravet tycks kunna sträcka sig så långt att arbetsgivaren från fall till fall skall motivera tillämpningen av en lönesättning baserad på anställningstid.

21 — Domen i målet Danfoss, punkt 21.
22 — Domen i målet Danfoss, punkt 23.
23 — Domen i målet Danfoss, punkt 24.
24 — Ibidem.

25 — Punkt 103 i EOC:s skriftliga yttrande.

32. Kommissionen har valt att betrakta domen i målet Danfoss som "en speciell dom grundad på de mycket speciella faktiska omständigheterna i målet", [26] som inte innebär att arbetsgivarens motiveringsskyldighet när ett lönesystem påverkar män och kvinnor olika ifrågasätts.

33. Samtidigt som jag ansluter mig till den av Bernadette Cadman, EOC och kommissionen förordade tolkningen, nämligen att bevisbördan för att motivera ett lönesystem skall vila på arbetsgivaren, anser jag av skäl som jag nu kommer att behandla att det är viktigt att motiveringens karaktär definieras på ett sådant sätt att arbetsgivaren inte åläggs en otillbörlig bevisbörda.

34. Det stämmer att det faktum att kvinnor och män, enligt artikel 2.2 i direktiv 97/80, påverkas på olika sätt inte är tillräckligt för att indirekt diskriminering skall anses föreligga, om denna påverkan kan motiveras med objektiva faktorer och metoden för att uppnå syftet är lämplig och nödvändig. Bevisbördan beträffande motiveringen behandlas dock i artikel 4 i direktivet. Mot den bakgrunden har jag svårt att godta de nationella regeringarnas argument. Den franska regeringen och Irland har slutligen gjort gällande att hänsyn till anställningstid alltid är ett objektivt motiverat, lämpligt och nödvändigt syfte. Som jag kommer att förklara nedan ser jag ingen grund för ett så generellt och ovillkorligt godtagande av anställningsårskriteriet.

Förenade kungarikets regering har i sin tur accepterat att anställningstiden i vissa fall inte utgör ett godtagbart kriterium, men anser att bevisbördan i så fall vilar på arbetstagaren. Jag ser dock ingen anledning till att arbetstagaren skall bära bevisbördan för att visa att anställningsårskriteriet tillmäts en helt oproportionerlig betydelse, i stället för att arbetsgivaren skall visa att systemet faktiskt är proportionerligt. Artikel 4 talar mot en sådan tolkning. I stället tyder såväl lydelsen, bestämmelsens allmänna struktur och direktivets övergripande mål på att det är arbetsgivaren som enligt artiklarna 2.2 och 4 i direktivet objektivt skall motivera kriteriet och visa att det både är lämpligt för att uppnå ett berättigat syfte och nödvändigt för att göra detta. Motiveringens art eller, med andra ord, räckvidden av den bevisbörda som arbetsgivaren åläggs, är en annan fråga. Det är i detta avseende som de traditionella argumenten till förmån för ett anställningsårskriterium kan vara relevanta och som det kan vara nödvändigt att införa vissa gränser för den bevisbörda som Bernadette Cadman och EOC tycks mena att arbetsgivaren skall åläggas.

35. Noteras skall först att domen i målet Danfoss meddelades innan direktiv 97/80 antogs. Innan det direktivet antogs hade domstolarna rätt att, såsom domstolen kan ha gjort i domen i målet Danfoss, slå fast att en arbetsgivare inte behövde motivera till-

26 — Punkt 30 i kommissionens skriftliga yttrande.

lämpningen av anställningsårskriteriet. Efter det att det direktivet antogs kunde ett kriterium som har negativ inverkan på kvinnor inte längre undantas från tillämpningsområdet för artikel 4 (som citerats i punkt 6 ovan).

36. Det råder ingen tvekan om att direktiv 97/80 är av betydelse i förevarande mål, eftersom det enligt artikel 3 i direktivet är tillämpligt på förhållanden som omfattas av artikel 141 EG.

37. Ett godtagande av den tolkning som förespråkas av den franska regeringen och Irland skulle dessutom strida mot syftet med direktiv 97/80, som enligt direktivets artikel 1 är att "säkerställa större effektivitet i de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i enlighet med principen om likabehandling". Därmed skulle även principen om lika lön i artikel 141 EG undermineras.

38. Enligt artikel 4 i direktiv 97/80 ankommer det följaktligen på arbetsgivaren att, när tillämpningen av anställningstiden som en bestämmande faktor i ett lönesystem innebär att kvinnor särbehandlas, visa att tillämpningen av detta kriterium kan motiveras därför att det är relevant mot bakgrund av bolagets lönesystem i dess helhet och bolagets verksamhet.

39. För att bedöma om en arbetsgivare fortfarande kan stödja sig på domen i målet Danfoss för att undgå skyldighet att motivera ett lönesystem som grundar sig på anställningsårskriteriet och som innebär att kvinnor särbehandlas är senare rättspraxis av betydelse.

40. I domen i målet Nimz [27] hade domstolen att bedöma huruvida artikel 141 EG kunde tolkas så, att den medgav bestämmelser som enligt ett kollektivavtal för federalt anställda i Tyskland var tillämpliga på deltidsarbetare. Enligt detta kollektivavtal kunde arbetstagare flyttas upp i en högre lönegrad efter sex år. Tjänstgöringstiden för arbetstagare som arbetade minst 75 procent av normal arbetstid skulle beaktas fullt ut. För arbetstagare som arbetade mellan 50 och 75 procent av normal arbetstid skulle dock endast hälften av tjänstgöringstiden beaktas. Den tyska regeringen grundade sitt resonemang rörande den ifrågasatta bestämmelsens berättigande på att heltidsanställda hade mer omfattande erfarenhet och förvärvade de färdigheter och kunskaper som deras arbetsuppgifter kräver snabbare än personer som arbetar deltid. Ändå konstaterade domstolen i punkt 15 i domen att artikel 141 EG utgör hinder för tillämpning av bestämmelsen "om inte arbetsgivaren kan visa att denna

27 — Nämnt ovan.

bestämmelse är motiverad av faktorer vars objektivitet särskilt beror på förhållandet mellan den typ av arbetstuppgifter som utförs och den erfarenhet som förvärvas genom fullgörande av dessa uppgifter efter ett visst antal arbetstimmar".

41. I domen i målet Gerster [28] prövade domstolen åter metoden för att beräkna anställningstid i den tyska offentliga sektorn, som skilde sig åt för heltids- respektive deltidsanställda. I den domen uteslöt inte domstolen att den nationella domstolen kunde finna att det förelåg ett samband mellan förvärv av erfarenhet och det faktum att en arbetstagare arbetar heltid i stället för deltid, men krävde ändå att proportionalitetsprincipen skulle tillämpas. [29] I domen i målet Kording [30] fann domstolen att det ankom på den nationella domstolen att fastställa huruvida kravet att en sökande som arbetar deltid, för att befrias från ett inträdesprov, måste fullgöra en längre verksamhetsperiod än en sökande som arbetar heltid kan rättfärdigas av objektiva skäl utan samband med könsdiskriminering.

42. Generaladvokaten La Pergola förespråkade ett striktare synsätt i sina förslag till avgörande i de båda sistnämnda målen. Enligt hans uppfattning saknade urvalssystemet i målet Gerster en inre logik eftersom, å ena sidan, deltidsanställda som arbetar mer än 75 procent av normal arbetstid jämställdes med heltidsanställda, medan, å andra sidan, personer som arbetar marginellt kortare tid av den normala arbetstiden fortfarande betecknades som deltidsarbetande. [31] Generaladvokaten fann mer allmänt att urvalssystemet baserade sig på det rena antagandet att den tjänsteman som arbetar deltid måste arbeta under en längre tid än den som arbetar heltid. Enligt hans uppfattning saknades stöd för det antagandet. [32]

43. I nästa mål där domstolen behandlade likabehandlingsprincipen, denna gång i samband med lönesystemet för irländska offentliganställda i målet Hill och Stapleton, [33] bekräftade domstolen att det ankommer på arbetsgivaren att styrka att tillämpningen av kriteriet tjänstetid, definierad som den arbetstid som faktiskt fullgjorts, vid den progressiva uppflyttningen av arbetstagare som övergår från en delad tjänst till en heltidstjänst är motiverad av objektiva skäl som saknar samband med all diskriminering på grund av kön.

28 — Nämnt ovan.

29 — Det valda förfaringssättet skall med andra ord spegla ett legitimt socialapolitiskt syfte och vara väl lämpat och nödvändigt för att uppnå detta syfte (domen i målet Gerster, punkt 40).

30 — Punkt 26.

31 — Förslag till avgörande inför domen i målet Gerster, punkt 47.

32 — Ibidem, punkt 40.

33 — Punkt 43.

44. I det senaste relevanta målet som nämnts av parterna, Nikoloudi,[34] behandlade domstolen bland annat ett kriterium avseende anställningstid. Enligt ett kollektivavtal kunde endast heltidsarbetande arbetstagare med två års tjänstgöringstid övergå till en ordinarie tjänst. En av de frågor som togs upp i målet var om tjänstgöringstiden för deltidsarbetande skulle beräknas proportionellt eller om hela den period de arbetat deltid skulle beaktas. Domstolen erinrade om att "[anställningsårs]kriteriets objektivitet [beror] på alla omständigheter i varje enskilt fall".[35] Arbetsgivaren ansåg att tjänstgöringstiden var ett nödvändigt kriterium för att bedöma arbetstagarens yrkeserfarenhet. Utan att specificera vilken inverkan dessa faktorer kunde ha på det tillämpade kriteriets giltighet konstaterade domstolen att hänsyn till anställningstid också kunde vara ett sätt att belöna trofasthet mot företaget.[36]

45. Det är anmärkningsvärt att domstolen inte i något av dessa mål lade domen i målet Danfoss till grund för avgörandet. Generaladvokaterna har försökt förklara utvecklingen av rättspraxis. Generaladvokaten La Pergola förklarade i sitt förslag till avgörande inför domen i målet Hill och Stapleton att domen i målet Danfoss bara kan tolkas mot bakgrund av omständigheterna i det målet. Generaladvokaten Stix-Hackl gjorde likaså gällande att domstolen i domarna i målen Nimz, Gerster och Kording avvek från domen i målet Danfoss.[37]

46. Domen i målet Danfoss kanske inte ändrats uttryckligen genom senare domar, men det kan inte råda någon tvekan om att den inskränkts genom dessa. Det är inte möjligt att dra någon slutsats enbart av det faktum att domstolen i senare mål inte uttryckligen har tagit avstånd från avgörandet i målet Danfoss, eftersom det endast är mycket sällan som domstolen klart ändrar sin tidigare rättspraxis, särskilt när den inte uttryckligen anmodas att ompröva tidigare avgöranden i senare mål.[38]

47. Det är sammanfattningsvis uppenbart att direktiv 97/80,[39] som grundar sig på artikel 141 EG, har medfört en harmonisering och kodifiering av metoden att fördela bevisbördan och att detta innebär att den lösning som domstolen valde i domen i målet Danfoss, även om den är förståelig mot bakgrund av de specifika omständigheterna i det målet, inte kan åberopas i förevarande mål. Enligt min uppfattning skall Court of Appeals första fråga besvaras så, att när en arbetsgivares tillämpning av anställningsårskriteriet i ett lönesystem får olika konsekvenser för manliga och kvinnliga arbetstagare, skall arbetsgivaren enligt artikel 141 EG och artiklarna 2.2 och 4 i direktiv 97/80 motivera

34 — Dom av den 10 mars 2005 i mål C-196/02, Nikoloudi (REG 2005, s. I-1789).

35 — Domen i målet Nikoloudi, punkt 55.

36 — Ibidem, punkt 63.

37 — Förslag till avgörande inför domen i målet Nikoloudi, punkt 50.

38 — Se mitt förslag till avgörande av den 1 februari 2006 i de förenade målen C-94/04, Cipolla, och C-202/04, Macrino och Capodarte, dom av den 5 december 2006, ännu ej offentliggjort i rättsfallssamlingen, punkterna 28 och 29, angående denna fråga.

39 — Se exempelvis dom av den 27 oktober 1993 i mål C-127/92, Enderby (REG 1993, s. I-5535; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-383), punkterna 13–19, och av den 31 maj 1995 i mål C-400/93, Royal Copenhagen (REG 1995, s. I-1275), punkt 24.

tillämpningen av detta kriterium. Vilken typ av motivering som skall lämnas kommer att diskuteras nedan.

B — *Den typ av motivering som krävs när anställningsårskriteriet tillämpas i ett lönesystem*

48. Vilken typ av motivering som en arbetsgivare måste lämna för att bryta presumtionen om indirekt diskriminering till följd av att ett lönesystem missgynnar kvinnor skall bedömas mot bakgrund av direktiv 97/80 och rättspraxis om indirekt diskriminering. Denna fråga är avgörande eftersom nivån på den bevisning som krävs av en arbetsgivare kommer att möjliggöra en rättslig prövning av ett lönesystem som ifrågasätts med hänvisning till principen om lika lön. Det är nödvändigt att avgöra om det är tillräckligt med en allmän motivering av tillämpningen av anställningsårskriteriet i ett lönesystem eller om motiveringen skall avse den enskilde arbetstagarens situation. I praktiken har arbetsgivare och lagstiftare fört fram en rad tänkbara motiveringar för åtgärder som missgynnar kvinnor. [40] Det kommer ofta att överlåtas på den nationella domstolen att mot bakgrund av den motivering som framförts av arbetsgivaren fastställa om en åtgärd som vidtas i syfte att uppnå ett legitimt syfte är proportionerlig i förhållande till detta.

49. Tvärtemot vad den franska regeringen och Irland har gjorts gällande är det ställt utom allt tvivel att domen i målet Danfoss inte kan anses rättfärdiga alla lönesystem baserade på anställningsårskriteriet. Men till skillnad från vad Bernadette Cadman och EOC tycks hävda kan ett påstående om indirekt diskriminering från en arbetstagare inte utlösa ett krav på att arbetsgivaren skall motivera den lön som betalas till en viss arbetstagare jämförd med den som betalas till andra arbetstagare. Om detta godtogs skulle arbetsgivaren riskera att åläggas en oacceptabel bevisbörda, och argumentet i sig innebär ett bortseende från att motiveringen enligt artikel 2.2 kan inriktas på kriteriet i sig och inte nödvändigtvis på de enskilda fallen av olika behandling mellan arbetstagare. Med andra ord kan arbetsgivarens bevisbörda fullgöras om det kriterium som tillämpas i lönesystemet är berättigat och det är inte alltid nödvändigt att lämna en motivering för den särbehandling av bestämda arbetstagare som kriteriet kan medföra.

50. Vid förhandlingen påpekade Förenade kungarikets representant att en arbetsgivare av flera olika skäl kan besluta att använda ett lönesystem baserat på anställningstid. En erfaren arbetstagare är vanligtvis mer produktiv i arbetet, eftersom han eller hon har bättre kännedom om arbetsgivarens verk-

40 — Se Hervey, T.K., "EC law on justifications for sex discrimination in working life", i Collective bargaining, discrimination, social security and European integration, *Bulletin of comparative labour relations*, nr. 48, 2003, s. 103. Bland de olika motiveringar som framförts skiljer författaren mellan arbetsrelaterade motiveringar som fysisk förmåga, kvalifikationer och utbildning, företagsrelaterade motiveringar som ekonomisk och finansiell effektivitet och motiveringar som avser allmänintresset, som behovet av att främja sysselsättningen eller önskan att uppmuntra småföretagande.

samhet och kunder. Stabilitet inom personalstyrkan gör det också möjligt för arbetsgivaren att sänka utbildningskostnaderna och undvika kostsamma rekryteringsförfaranden. Arbetsgivare har således ett tydligt kommersiellt motiv att belöna anställningstid.

51. I sitt muntliga yttrande förklarade den franska regeringen dessutom varför en offentlig arbetsgivare har legitima skäl att belöna arbetstagare med lång tjänstgöringstid. Inom den franska offentliga sektorn är anställningstiden inte knuten till den typ av arbete som utförs, utan baseras på den offentliganställdes förhållande till förvaltningen. Ett lönesystem baserat på anställningstid säkerställer de offentliganställdas oberoende.

52. Även om anställningsårskriteriets legitimitet inte i sig har ifrågasatts, uppkommer dock frågan i vilken omfattning arbetsgivarens ekonomiska intressen skall jämkas mot arbetstagarens intresse av att principen om lika lön respekteras. Även om det är legitimt att arbetsgivare belönar anställningstid och/eller lojalitet kan det inte förnekas att det finns situationer där ett lönesystem, även om det till sin uppbyggnad är neutralt, missgynnar kvinnor. I sådana fall tillämpas enligt artikel 2.2 i direktiv 97/80 ett proportionalitetstest på det kriterium som används i ett lönesystem som missgynnar kvinnor, enligt vilket det skall visas att kriteriet syftar till att uppnå legitima syften och att det är proportionerligt i förhållande till detta syfte.

53. Som Förenade kungarikets regering har medgivit har ett lönesystem med automatiska löneökningar enbart på grund av anställningstid negativa konsekvenser för kvinnliga arbetstagare, eftersom kvinnor i allmänhet börjar förvärvsarbeta senare och avbryter sitt förvärvsarbete oftare på grund av moderskap och vårdansvar.

54. Förenade kungarikets regering har förklarat att domstolen i domen i målet Danfoss tillerkände anställningstiden en särskild status eftersom "arbetsgivaren hade rätt att lämna en motivering genom att generalisera snarare än att redogöra för specifika bevis". [41] Irland är i stort sett av samma uppfattning. Enligt Förenade kungarikets regering och Irland innebär detta, eftersom anställningstiden kan ses som en garanti för en bättre prestation, att det alltid är förenligt med artikel 141 EG att beakta anställningstiden i ett lönesystem.

55. Jag godtar inte den slutsatsen. Enligt min uppfattning uppfyller den inte de krav som

41 — Punkt 26 i Förenade kungarikets regerings skriftliga yttrande.

följer av det proportionalitetstest som föreskrivs i artikel 2.2 i direktiv 97/80, där begreppet indirekt diskriminering definieras.

56. Enligt det proportionalitetstest som anges i artikel 2.2 i direktiv 97/80 [42] krävs bevis som styrker att det ifrågasatta kriteriet [eller den ifrågasatta bestämmelsen] "är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön".

57. Om en generell motivering, som det faktum att arbetstagare med längre anställningstid kan fullgöra sina uppgifter bättre, vore tillräcklig för att rättfärdiga ett lönesystem som missgynnar kvinnor skulle det i stort sett inte finnas något utrymme för en arbetstagare att, mot bakgrund av artikel 141 EG, ifrågasätta ett lönesystem på den grunden.

58. Inte heller skulle en domstolsprövning vara möjlig under sådana omständigheter. Därför konstaterade domstolen i domen i målet Seymour–Smith [43] att "[e]nbart generaliserade påståenden" inte räcker för att motivera en diskriminerande åtgärd. Enligt min uppfattning medför det proportionalitetstest som föreskrivs i artikel 2.2 en skyldighet för arbetsgivaren att visa att det lönesystem som tillämpas, även om det baseras på en legitim målsättning, är konstruerat för att minimera den negativa inverkan på kvinnor. Detta kräver som jag kommer att visa nedan en prövning av, exempelvis, hur anställningstiden beaktas och hur den vägs mot andra kriterier i lönesystemet (såsom förtjänst) som är mindre ogynnsamma för kvinnor.

59. För att bättre förstå vilken typ av motivering som krävs kan det vara till hjälp att dra en parallell till mål om fri rörlighet för arbetstagare, eftersom den avvägning som skall göras i de målen i vissa fall kan uppvisa likheter med avvägningen vid en granskning av anställningsårskriteriet när indirekt diskriminering misstänks föreligga. I domen i målet Köbler [44] slog domstolen fast att ett särskilt tjänsteårstillägg som under vissa omständigheter beviljas av österrikiska staten i egenskap av arbetsgivare till universitetsprofessorer utöver deras grundlön [45] stred mot artikel 39 EG och att det inte kunde motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Domstolen vägde arbetsgivarens rätt att belöna lojalitet mot principen

42 — Liksom i direktiven 2000/78, 2000/43 och 76/207, i ändrad lydelse.

43 — Dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith (REG 1999, s. I-623), punkt 76.

44 — Dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239).

45 — Under förutsättning att de hade utövat yrket under minst 15 år vid ett universitet i Österrike och dessutom erhållit det normala tjänsteårstillägget sedan minst fyra år tillbaka.

om fri rörlighet för arbetstagare.[46] Domstolen medgav att det kunde vara legitimt att belöna lojalitet, men konstaterade att det inte var tillräckligt för att motivera det hinder som detta medförde. Staten var skyldig att motivera de särskilda villkor på vilka ersättningen grundade sig, mot bakgrund av dess effekt på den fria rörligheten. Eftersom belöningen av lojalitet sannolikt skulle avhålla österrikiska professorer från att utöva sin fria rörlighet och således medföra en uppdelning av arbetsmarknaden för universitetsprofessorer, slog domstolen fast att den stred mot artikel 39 EG.

60. På liknande sätt är det med avseende på artikel 141 EG, jämförd med artiklarna 2.2 och 4 i direktiv 97/80, inte tillräckligt att visa att ett anställningsårskriterium generellt kan syfta till att uppnå ett legitimt mål (att belöna erfarenhet och lojalitet). Ett sådant kriterium skall vara proportionerligt i förhållande till syftet, med hänsyn till dess eventuella negativa inverkan på kvinnor.

61. Slutligen finns det även indikationer i rättspraxis efter domen i målet Danfoss på att tillämpningen av anställningsårskriteriet i ett lönesystem, med hänvisning till att det utgör ett mått på erfarenhet, inte i sig kan motivera eventuella negativa effekter av lönesystemet för kvinnor.

62. Generaladvokaterna Darmon[47] och La Pergola[48] var båda tveksamma till huruvida hänsyn till erfarenhet skulle godtas som en allmän och abstrakt regel. Även domstolen har avvisat detta synsätt. Trots att målet gällde en jämförelse mellan deltids- och heltidsarbetande konstaterade domstolen i domen i målet Nimz att "[f]astän anställningstiden löper jämsides med yrkeserfarenheten, som i princip sätter arbetstagaren i stånd att bättre kunna utföra sina uppgifter, beror nämligen objektiviteten av ett sådant kriterium på samtliga omständigheter i varje enskilt fall, särskilt på förhållandet mellan arten av den utövande uppgiften och den erfarenhet som utövandet av denna uppgift ger efter ett visst antal arbetade timmar".[49] Av detta framgår att domstolen hade för avsikt att göra erfarenhetskriteriets objektivitet beroende av det berörda arbetets natur. Irlands invändning att de senare målen bara behandlar beräkningen av anställningstid för

46 — Domen i målet Köbler, punkt 86.

47 — Generaladvokaten förklarade i punkt 15 i sitt förslag till avgörande inför domen i målet Nimz att "yrkeserfarenheten [inte] utgör ett kriterium som är lika relevant för en befattning som ansvarig för underhåll som för en befattning som chef i förvaltningen".

48 — Förslag till avgörande av generaladvokaten La Pergola inför domen i målet Hill och Stapleton, punkt 34. Se även hans förslag till avgörande inför domarna i målen Gerster (ovan fotnot 14) och Kording (ovan fotnot 16).

49 — Domen i målet Nimz, punkt 14. Se även domarna i målen Gerster, punkt 39, och Kording, punkt 23.

deltidsarbetande kan inte godtas. Frågan huruvida arbetet utförs på deltid eller heltid saknade nämligen betydelse.

63. Mot bakgrund av ovanstående övervägande kan nivån på den bevisning som arbetsgivaren måste lägga fram för att visa att tillämpningen av anställningsårskriteriet inte leder till indirekt diskriminering sammanfattas på följande sätt. För det första krävs ett visst mått av öppenhet i fråga om hur anställningsårskriteriet tillämpas i lönesystemet, detta för att möjliggöra en rättslig prövning. [50] Det skall särskilt framgå hur stor vikt som fästs vid anställningstiden vid fastställelse av lön — uppfattad antingen som ett sätt att mäta erfarenhet eller som ett sätt att belöna lojalitet — jämfört med andra kriterier som förtjänst och kvalifikationer. Arbetsgivaren skall dessutom förklara varför erfarenheten är värdefull för ett visst arbete och varför den belönas proportionellt. Denna analys skall visserligen utföras av den nationella domstolen, men det kan i detta avseende inte råda någon tvekan om att erfarenhet är mer värdefull — och därför legitimt belönas — exempelvis i fråga om en befattning som innebär ansvar och ledningsuppgifter än i fråga om ett repetitivt arbete, där anställningsårskriteriet bara kan påverka en liten andel av lönen. Detta kriterium kan vara särskilt betydelsefullt under utbildningsperioden, men blir mindre betydelsefullt när arbetstagaren behärskar sina arbetsuppgifter tillräckligt väl. Slutligen skall även det sätt på vilket anställningstiden beaktas vara utformat så, att de negativa effekterna för kvinnor minimeras. Jag anser exempelvis att ett system som undantar föräldraledighet, även om det vid första påseendet är neutralt, leder till indirekt diskriminering av kvinnor.

64. Den bevisning som krävs i mål om indirekt diskriminering förblir allmän till sin karaktär i den bemärkelsen att arbetsgivare inte behöver motivera varför en viss arbetstagare får högre lön än en annan, så länge lönesystemet är logiskt strukturerat så att arbetsbeskrivningen beaktas, liksom företagets behov och att de eventuella negativa effekterna för kvinnor minimeras. När sådan bevisning väl lagts fram kan artikel 141 EG inte anses ha åsidosatts, om inte arbetstagaren kan visa att en felaktig tillämpning av systemet medför indirekt diskriminering. Om arbetsgivaren emellertid inte visar att tillämpningen av anställningsårskriteriet i ett lönesystem är proportionerligt eller om det inte är möjligt att visa att så är fallet därför att tillräcklig insyn i lönesystemet saknas, kommer arbetsgivaren att vara skyldig att motivera löneskillnaden mot bakgrund av den specifika situationen för den arbetstagare som ifrågasätter lönesystemet.

50 — Jämför med artikel 9.2 i direktiv 76/207 enligt vilken medlemsstaterna med "jämna mellanrum [skall] utvärdera den yrkesverksamhet som nämns i artikel 2.2 för att mot bakgrund av den sociala utvecklingen avgöra, om det är berättigat att bibehålla ifrågavarande undantag".

65. I Bernadette Cadmans fall ankommer det på den nationella domstolen att bedöma om HSE i tillräcklig mån har motiverat tillämpningen av anställningsårskriteriet för att fastställa lönerna för chefer för Field Management Units. I det sammanhanget kommer HSE att vara skyldigt att förklara hur anställningstiden vägs mot andra kriterier såsom förtjänst för att fastställa arbetstagarnas lön och varför anställningsårskriteriet är nödvändigt och proportionerligt i förhållande till målsättningen att belöna erfarenhet och/eller lojalitet, med hänsyn till det berörda arbetets natur.

66. För att besvara Court of Appeals första fråga mer fullständigt bör tilläggas att när en arbetsgivare tillämpar anställningsårskriteriet för att fastställa lönen och detta påverkar kvinnliga och manliga arbetstagare olika är arbetsgivaren enligt artikel 141 EG och artiklarna 2.2 och 4 i direktiv 97/80 skyldig att visa att kriteriet tillämpas för att fastställa lönen i fråga om den berörda tjänsten på ett sådant sätt att hänsyn tas till företagets kommersiella behov och att det tillämpas proportionellt, så att de negativa effekterna för kvinnor minimeras. Om arbetsgivaren inte kan motivera lönesystemets struktur, är denne skyldig att specifikt motivera skillnaden i lönenivå mellan den arbetstagare som framfört kritik och andra arbetstagare som utför samma arbete.

C — Behovet av att begränsa domens rättsverkningar i tiden

67. Irland och Förenade kungarikets regering har förordat att rättsverkningarna av domstolens dom skall begränsas i tiden för det fall denna skulle slå fast att arbetsgivaren skall motivera tillämpningen av anställningsårskriteriet i ett lönesystem när en arbetstagare framställer ett krav med hänvisning till att principen om lika lön har åsidosatts genom att lönesystemet missgynnar kvinnor.

68. Till stöd för denna begäran har Förenade kungariket anfört att domstolens dom skulle få retroaktiva effekter som skulle skapa osäkerhet om rättsförhållanden mellan arbetsgivare och arbetstagare som ingåtts i god tro och i enlighet med domen i målet Danfoss. Således anser Förenade kungariket att resonemanget i domen i målet Danfoss, med hänsyn till rättssäkerhetsprincipen, skall stå fast fram till dagen för domstolens dom i förevarande mål. Förenade kungariket har gjort gällande att ett stort antal avtalsförhållanden skulle komma att ifrågasättas om arbetsgivare ålades en skyldighet att motivera sina tidigare lönesystem eftersom en arbetstagare i Förenade kungariket kan framställa krav på lika lön som sträcker sig upp till sex år bakåt i tiden. Dessutom skulle det vara svårt att få fram bevis angående de aktuella objektiva förhållandena efter så många år.

69. Enligt fast rättspraxis begränsar domstolen endast i undantagsfall effekterna i

tiden av ett förhandsavgörande, förutsatt att två kumulativa villkor är uppfyllda. [51] För det första kan domstolen med stöd av rättssäkerhetsprincipen begränsa möjligheterna för en berörd person att åberopa en bestämmelse som den tolkat för att ifrågasätta ett rättsförhållande som upprättats i god tro. För det andra kräver domstolen bevis för att det föreligger en fara för allvarliga ekonomiska återverkningar, som särskilt beror på det stora antal rättsförhållanden som har upprättats i god tro.

70. I förevarande mål godtar jag Förenade kungarikets argument att den föreslagna tolkningen av artikel 141 EG kan medföra att rättsförhållanden som ingåtts i god tro ifrågasätts. Viss osäkerhet förelåg faktiskt — och detta förklarar varför den nationella domstolen har valt att vilandeförklara förfarandet och ställa en tolkningsfråga till domstolen — i fråga om tolkningen av artikel 141 EG med avseende på tillämpningen av anställningsårskriteriet i ett lönesystem. För det första har domstolen aldrig uttryckligen ändrat domen i målet Danfoss. För det andra hänvisas det inte till direktiv 97/80 i senare mål om fördelningen av bevisbördan mellan arbetsgivare och arbetstagare i fråga om eventuellt diskriminerande effekter av löne- eller befordringssystem. Mot bakgrund av dessa omständigheter hade medlemsstaterna och de berörda parterna skälig anledning att dra slutsatsen att indirekt diskriminering i den mening som avses i artikel 141 EG inte kan uppstå till följd av tillämpningen av ett anställningsårskriterium i ett lönesystem. [52]

71. Även om jag är övertygad om att den tolkning av artikel 141 EG, jämförd med artiklarna 2.2 och 4 i direktiv 97/80, som jag föreslår kommer att medge en fortsatt tillämpning av anställningsårskriteriet i lönesystem, kan det — beträffande det andra villkoret — inte uteslutas att den kan påverka det sätt på vilket anställningsårskriteriet skall beaktas och vägas mot andra relevanta kriterier i sådana lönesystem. Om domstolen godtar den tolkning som jag föreslår i förevarande mål kan följaktligen ett stort antal arbetstagare beröras, [53] vilka kan framställa krav som företagen inte hade kunnat förutse. [54]

72. Mot bakgrund av samtliga berörda parters goda tro i fråga om skyldigheten för arbetsgivare att motivera ett lönesystem baserat på anställningstid som medför en särbehandling av kvinnor, förefaller det lämpligt att ta hänsyn till rättssäkerheten för samtliga berörda parter och i princip göra det omöjligt att återuppta frågor som avser det förflutna. [55] Jag föreslår därför att domstolen fastställer att den föreslagna tolk-

51 — Se dom av den 2 februari 1988 i mål 24/86, Blaizot (REG 1988, s. 379; svensk specialutgåva, volym 9, s. 335), punkt 28, av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 407), punkt 41, och av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar (REG 2001, s. I-9383), punkt 74.

52 — Se domen i det ovannämnda målet Barber, punkt 43.

53 — Vid förhandlingen uppgav Förenade kungarikets regering att 36 procent av alla arbetstagare avlönas enligt lönesystem som baseras på anställningstid.

54 — Se domen i målet Defrenne, punkt 70.

55 — Se domen i målet Defrenne, punkt 74, och i målet Barber, punkt 44.

ningen av artikel 141 EG, jämförd med artiklarna 2.2 och 4 i direktiv 97/80, inte kan åberopas till stöd för krav avseende indirekt diskriminering som uppkommit före dagen för domen i förevarande mål på grund av ett lönesystem som grundar sig på anställningstid. Detta skall dock inte gälla för arbetstagare som före den dagen inlett rättsliga förfaranden eller framställt motsvarande krav.

IV — Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Court of Appeal på följande sätt:

1) När en arbetsgivare tillämpar anställningsårskriteriet för att fastställa lönen och detta påverkar kvinnliga och manliga arbetstagare olika är arbetsgivaren enligt artikel 141 EG, jämte artiklarna 2.2 och 4 i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering, skyldig att visa att kriteriet för att fastställa lönen i fråga om den berörda tjänsten tillämpas på ett sådant sätt att hänsyn tas till företagets kommersiella behov och att det tillämpas proportionellt så att de negativa effekterna för kvinnor minimeras. Om arbetsgivaren inte kan motivera lönesystemets struktur är denne skyldig att specifikt motivera skillnaden i lönenivå mellan den arbetstagare som framfört kritik och andra arbetstagare som utför samma arbete.

2) Mot bakgrund av svaret på den första tolkningsfrågan är det inte nödvändigt att besvara den andra tolkningsfrågan.

3) Ingen åtskillnad skall göras när anställningsårskriteriet tillämpas på heltidsarbetande och när det tillämpas på deltidsarbetande.

4) Denna tolkning av artikel 141 EG, jämförd med artiklarna 2.2 och 4 i direktiv 97/80, kan inte åberopas till stöd för krav avseende indirekt diskriminering som uppkommit före dagen för domen i förevarande mål på grund av ett lönesystem som grundar sig på anställningstid. Detta gäller dock inte för arbetstagare som före den dagen inlett rättsliga förfaranden eller framställt motsvarande krav.