CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. L. A. GEELHOED

présentées le 14 mars 2002 [1]

I — Introduction

1. Au cœur de la présente affaire se trouve la question de savoir si des femmes salariées qui, à l'issue d'une adjudication, ont été transférées de l'entité adjudicatrice, pour laquelle elles travaillaient, à l'adjudicataire peuvent, dans le cadre d'une action en justice dirigée contre leurs employeurs actuels et fondée sur le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, comparer leur rémunération avec celle de personnes de référence de sexe masculin, salariées de leur employeur précédent.

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

2. Le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur est consacré à l'article 141 CE. La première phrase de l'article 141, paragraphe 2, CE dispose:

«Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.»

3. La directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins [2] dispose en son article 1er, alinéa premier:

«Le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les tra-

1 — Langue originale: le néerlandais.

2 — JO L 45, p. 19.

vailleurs féminins, qui figure à l'article 119 du traité [3] et qui est ci-après dénommé «principe de l'égalité des rémunérations», implique, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, l'élimination, dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe».

4. La directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements [4], dans sa version modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998 [5], s'applique aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion. Son article 3 paragraphe 1 dispose que les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

Son article 3, paragraphe 2 dispose:

«Après le transfert au sens de l'article 1er paragraphe 1, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective.

Les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an.»

B — *Le droit national*

5. Au Royaume-Uni, le principe de l'égalité des rémunérations a été consacré par l'Equal Pay Act 1970 (loi relative à l'égalité des rémunérations, ci-après la «loi de 1970»). La section 1 (2) de cette loi établit qu'une femme faisant le même travail qu'un homme ou un travail de valeur égale à celui d'un homme «dans le même emploi» a droit à ce que soit modifiée toute clause de son contrat qui est ou devient moins favorable qu'une clause comparable du contrat du travailleur masculin choisi aux fins de la comparaison.

6. D'après la section 1 (3), un employeur peut se défendre en prouvant que l'écart entre le contrat de la femme et celui de l'homme est dû en fait à un critère matériel qui n'est pas la différence de sexe.

3 — Devenu après modification l'article 141 CE.
4 — JO L 61, p. 26.
5 — JO L 201, p. 88.

7. La notion «dans le même emploi» est définie comme suit à la section 1 (6) (c):

«[...] deux employeurs doivent être considérés comme associés si l'un est une société dont l'autre a le contrôle (directement ou indirectement), ou si tous les deux sont des sociétés contrôlées (directement ou indirectement) par un tiers, et les hommes doivent être considérés comme dans le même emploi qu'une femme s'ils sont employés par le même employeur que cette dernière ou par un employeur associé dans le même établissement ou dans des établissements sis en Grande-Bretagne incluant ce dernier et dans lesquels les termes et conditions d'emploi sont les mêmes soit pour tous, soit pour les travailleurs des catégories pertinentes».

III — Les faits et la procédure

8. Les parties défenderesses au principal, Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitie Secure Services Ltd, fournissent des services de restauration et de nettoyage dans des établissements scolaires et d'enseignement pour le compte du North Yorkshire County Council (ci-après: le "Council").

9. Jusqu'à la fin des années 80, la restauration des enfants des écoles et le nettoyage des bâtiments scolaires étaient assurés par des salariés au service du Council. Cependant, à partir de l'adoption du Local Government Act (loi sur l'administration locale) 1988, le Council a dû mettre ces services en adjudication, par voie d'appel d'offres public.

10. Afin de permettre à ses «propres» services de participer à la procédure d'adjudication, le Council a créé la «direct service organisation» (ci-après la «DSO»), un organisme autonome interne. Cette DSO était en droit de participer à la procédure d'adjudication sur un pied d'égalité avec les entreprises privées de restauration et de nettoyage.

11. Pour avoir une chance de remporter l'adjudication, le Council, qui avait gardé la qualité d'employeur, a réduit les salaires des employés de la DSO [6].

12. Les salariées concernées ont réagi en introduisant un recours contre leur employeur, le Council, sur la base de la loi de 1970, en vue d'obtenir l'égalité des rémunérations. Comme terme de comparaison, elles ont choisi les salariés de sexe masculin employés par le Council. Une étude d'évaluation des tâches réalisée en 1987, dont les résultats ont été acceptés par

6 — Les concurrents n'employaient que des femmes, et ce à un salaire inférieur.

le Council, avait en effet constaté que le travail accompli par les parties demanderesses était de même valeur que diverses tâches effectuées par des hommes, comme le jardinage, le ramassage des ordures et l'entretien des égouts.

13. Les salariées en question ont finalement obtenu gain de cause en dernière instance [7]. L'argument du Council, selon lequel des salaires moins élevés pour les femmes concernées étaient nécessaires pour pouvoir concourir avec des entreprises commerciales dans le cadre d'un appel d'offres public sur un marché ouvert, a été rejeté par la House of Lords. Cette dernière a jugé impossible que la différence de rémunération puisse être attribuée à une autre raison que la différence de sexe. Elle a estimé que les femmes avaient le droit de comparer leurs conditions de travail avec celles d'hommes employés par le Council dans d'autres secteurs, mais dont le travail avait été reconnu comme équivalent sur la base de l'étude d'évaluation des tâches susmentionnée.

14. Le Council s'est ainsi trouvé contraint de verser aux salariées en question la différence de salaire pour la période pendant laquelle elles étaient encore employées par la DSO.

15. Alors que la procédure contre le Council n'était pas encore achevée, la DSO a perdu, lors d'un deuxième cycle de procédures d'adjudication, qui s'est déroulé en 1993, la majeure partie des contrats de restauration et de nettoyage au bénéfice des parties indiquées au point 8 des présentes conclusions. Deux des trois parties défenderesses n'ont pas vu que cette transaction pouvait relever des dispositions des Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (réglementation portant régime applicable aux travailleurs en cas de transfert d'entreprise), par lesquelles le Royaume-Uni avait transposé la directive 77/187. C'est pourquoi les salariées concernées ont été licenciées par le Council avant d'être recrutées par ces entreprises privées. À cette occasion, les intéressées ont dû se contenter de conditions de travail plus défavorables que celles dont elles avaient bénéficié jusqu'alors au sein de la DSO (et qui étaient elles-mêmes déjà moins avantageuses que celles des salariés «normaux» du Council; l'arrêt de dernière instance dans l'affaire North Yorkshire County Council c. Ratcliffe, précité, n'avait en effet pas encore été prononcé).

16. Seule Commercial Catering Group a considéré qu'il s'agissait bien d'un transfert d'entreprise. Elle a donc pris en charge les salariées directement, sans licenciement préalable.

17. Un grand nombre de salariées des entreprises privées ont saisi la justice contre les conditions de travail qui leur étaient imposées et qui étaient nettement plus

7 — North Yorkshire County Council c. Ratcliffe [1995] ICR 833.

défavorables que celles qui étaient et sont en vigueur au sein du Council pour un travail équivalent. À l'appui de leur revendication, elles ont invoqué l'article 141 CE.

18. Globalement, nous pouvons classer les parties demanderesses en quatre catégories:

— celles qui étaient employées auparavant par le Council et qui ont été recrutées directement par l'une des parties défenderesses;

— celles qui étaient employées auparavant par le Council et qui:

i) n'ont pas été recrutées par l'une des parties défenderesses ou

ii) ont été recrutées par l'une des parties défenderesses, mais ont quitté leur emploi plus de six mois avant l'introduction du recours;

— celles qui sont au service de l'une des parties défenderesses, mais n'ont jamais été employées par le Council, et

— celles qui étaient employées auparavant par le Council et qui ont été recrutées ensuite par l'une des parties défenderesses, mais sans être prises en charge immédiatement au moment du transfert.

19. Les membres de la première catégorie n'invoquent l'article 141 CE qu'à titre subsidiaire dans la procédure au principal. En première instance, ces personnes se sont appuyées sur la directive 77/187, telle qu'elle a été transposée en droit britannique par les Transfer of Undertakings Regulations.

20. L'interprétation et l'application de ladite directive, et plus précisément en l'occurrence des Transfer of Undertakings Regulations, ne sont cependant absolument pas en cause dans la présente affaire préjudicielle.

21. Les parties à la procédure au principal sont par ailleurs unanimes à reconnaître l'existence d'un écart, au détriment des parties demanderesses, entre leurs condi-

tions d'emploi et celles des personnes à qui elles sont comparées. Elles s'appuient également sur les postulats suivants:

a) il y a eu transfert d'entreprise lorsque les activités de nettoyage et de restauration ont été sous-traitées à la partie défenderesse;

b) les tâches des parties demanderesses étaient d'une valeur égale à celles des personnes de référence à la date des transferts respectifs;

c) à la date d'introduction des divers recours initiaux, les tâches des parties demanderesses étaient toujours d'une valeur égale à celles des personnes de référence;

d) les personnes de référence ont été employées par le Council à tous les moments de la période pertinente.

22. Le recours introduit par les parties demanderesses devant l'Employment Tribunal [8] contre leur employeur actuel a cependant été rejeté le 16 avril 1997. L'appel interjeté devant l'Employment Appeal Tribunal a également été rejeté le 5 novembre 1998 et la décision de première instance a été confirmée. Finalement, les parties demanderesses ont été admises à se pourvoir devant la Court of Appeal. Elles font valoir que dans les circonstances de l'espèce, l'article 141 CE leur confère un droit direct à percevoir, pendant la durée de leur emploi auprès des parties défenderesses, une rémunération égale à celle des salariés de sexe masculin se trouvant au service du Council.

23. La question qui se pose maintenant à la Court of Appeal est de savoir si les parties demanderesses peuvent, pour faire valoir leurs prétentions en matière d'égalité de rémunération, se référer aux salariés de sexe masculin du Council, en dépit du fait que ces personnes de référence de sexe masculin ne travaillent pour aucune des parties défenderesses.

IV — Les questions préjudicielles

24. Par arrêt du 20 juillet 2000, parvenu au greffe de la Cour le 22 août suivant, la Court of Appeal (England & Wales) a saisi

8 — Alors encore dénommé Industrial Tribunal.

la Cour de justice des questions préjudicielles suivantes:

«1. L'article 141[9] est-il directement applicable aux circonstances de l'espèce (telles qu'énoncées dans le présent arrêt) de sorte que les parties demanderesses puissent l'évoquer dans une procédure nationale afin de leur permettre de comparer leur rémunération à celle de travailleurs masculins employés par le North Yorkshire County Council qui effectuent une tâche d'une valeur égale à la leur?

2. Une partie demanderesse qui entend invoquer l'effet direct de l'article 141 ne peut-elle le faire que si l'employeur défendeur est en mesure d'expliquer les pratiques salariales de l'employeur du travailleur choisi aux fins de la comparaison?»

V — Appréciation

Observations préalables

25. Les faits qui sont à la base de la procédure au principal illustrent bien les réorganisations qui ont eu lieu au cours des années 80 et 90 dans un grand nombre de services publics. À cette occasion, des activités dont on estimait qu'elles pouvaient également être confiées à des opérateurs privés ont été privatisées par l'intermédiaire d'appels d'offres publics. L'espoir était que l'introduction des mécanismes du marché permettrait de réduire les coûts et d'accroître l'efficacité. Le degré auquel cette politique a été poussée est d'ailleurs très différent d'un État membre à l'autre. Au Royaume-Uni, les collectivités décentralisées, les Counties, ont été contraintes d'appliquer le régime d'appel d'offres obligatoire à un grand nombre d'activités, naguère assumées en régie.

26. Pour les salariés concernés, ils ont dû passer d'une relation de travail de droit public à une relation de travail de droit privé. Il en est résulté, en règle générale, des conséquences pour leurs conditions de travail. Le statut juridique, la rémunération et les conditions de travail annexes sont en règle générale différents dans le secteur public de ce qu'ils sont dans le secteur privé. Autrement dit, le passage d'un employeur public à un employeur privé peut avoir des conséquences d'ordre social, et ce pour les salariés de sexe masculin comme pour ceux de sexe féminin.

27. Les conséquences sociales d'un tel changement ont fait l'objet de dispositions qui sont contenues à la fois dans la législation nationale du travail et dans les règles communautaires. En l'occurrence,

9 — Il s'agit de l'article 141 CE.

nous avons clairement affaire à un transfert d'entreprise au sens de la directive 77/187. Cette directive a également été invoquée dans la procédure au principal. Il découle des pièces du dossier que les parties sont en désaccord à la fois en ce qui concerne son applicabilité dans l'ensemble et en ce qui concerne son applicabilité aux diverses catégories de demanderesses. Cependant, ces questions, ainsi que d'autres questions connexes, ont pour le moment été écartées dans la procédure au principal. Les parties se sont mises d'accord pour demander à la juridiction de renvoi de limiter sa question préjudicielle à l'interprétation de l'article 141 CE. Comme, dans sa décision de renvoi, le juge national exclut expressément toute question relative à l'applicabilité de la directive, force est de renoncer à les examiner ici.

28. En l'espèce, il se trouve que la cession concerne un service employant un grand nombre de salariés de sexe féminin. D'après les observations des parties demanderesses au principal, celles-ci tirent argument du fait que les activités ou services cédés sont avant tout accomplis par des femmes pour soulever la question de l'applicabilité éventuelle de l'article 141 CE. Cela s'explique probablement par la circonstance que la directive 77/187 n'est sans doute pas applicable à toutes les parties demanderesses concernées.

Les arguments des parties demanderesses

29. Les parties demanderesses soutiennent que l'article 141 CE est directement applicable chaque fois qu'une discrimination, fondée sur le sexe, peut être constatée en matière de rémunération, sur la base des faits de l'espèce et en faisant appel aux critères de travail égal et de rémunération égale. La législation nationale n'a pas le droit, soutiennent-elles, d'élever des barrières artificielles à l'encontre de ce principe. Elles se réfèrent à ce propos à la section 1 (6) de la loi de 1970.

30. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, elles considèrent qu'elles sont en droit de se comparer à des salariés masculins du Council. Seul l'employeur serait différent. Elles resteraient néanmoins employées dans le «même service», où elles continueraient de faire le même travail. Ce travail serait considéré comme équivalant à celui de salariés masculins employés par le Council. Elles croient pouvoir déduire de l'arrêt du 11 mars 1981, Worringham et Humphreys [10], que des personnes employées dans un même service peuvent très bien avoir des employeurs différents. Certes, en l'espèce, les demanderesses ont bien un nouvel employeur, mais cela ne saurait affecter la comparabilité de leur travail et des conditions de son exécution avec ceux des salariés que le Council a gardés à son service. Dans le cas contraire, il y aurait une lacune dans la protection voulue par l'article 141 CE.

31. Elles font observer que, dans le cadre d'un marché public de services, comme en

10 — 69/80, Rec. p. 767, point 23.

l'espèce, les salariés qui exécutent le travail restent en place pour des raisons pratiques, même lorsque l'attribution du marché conduit à remplacer un adjudicataire par un autre. Les conditions de fait que les activités doivent remplir restent les mêmes. Ces conditions se trouvent inscrites en partie dans la législation qui contraint à procéder par voie d'appel d'offres public. La source de financement des activités reste inchangée, à savoir les impôts payés par les redevables du North Yorkshire. Dans ces circonstances, force serait de conclure que le cadre dans lequel les parties demanderesses travaillent reste de facto le même et qu'elles peuvent se comparer, en ce qui concerne leurs conditions de travail, à des salariés masculins demeurés au service du Council.

32. Les parties demanderesses rappellent que, eu égard au double objectif, économique et social, de l'article 141 CE, tel qu'il a été précisé dans l'arrêt du 8 avril 1976, Defrenne II [11], la Cour a toujours rejeté toute tentative d'élever des obstacles artificiels à la réalisation du principe de l'égalité des rémunérations. Elles invoquent notamment l'arrêt du 27 mars 1980, Macarthys [12], où la Cour a déclaré que l'exigence de simultanéité imposée par le droit national constituait une limitation illégale de la portée de l'article 141 CE.

33. Les parties demanderesses se réfèrent ensuite aux conclusions de l'avocat général Verloren van Themaat dans l'affaire Commission/Danemark [13]. Dans ces conclusions, il a examiné la question de savoir si la législation danoise qui prévoyait que le principe d'égalité des rémunérations ne s'appliquait qu'à un même travail effectué au même endroit était conforme aux obligations imposées par l'article 119 du traité (devenu, après modification, article 141 CE) et par la directive 75/117. L'avocat général a estimé que limiter les possibilités de comparaison entre conditions de travail à «un même lieu de travail» était contraire au traité:

«— [...] une comparaison des tâches au sein d'un même établissement donné d'une entreprise, voire au sein d'une seule entreprise, ne suffit pas toujours. Dans certains cas, il faudra procéder à des comparaisons avec un travail de même valeur effectué dans d'autres entreprises couvertes par la convention collective en cause.

— Dans des branches où la main d'œuvre est traditionnellement féminine, il peut même être nécessaire de comparer avec d'autres branches [...];

— [...] le critère supplémentaire du 'même lieu de travail' est susceptible dans

11 — 43/75, Rec. p. 455.

12 — 129/79, Rec. p. 1275.

13 — Arrêt du 30 janvier 1985 (143/83, Rec. p. 427).

certains cas de restreindre le principe d'égalité des rémunérations fixé par le traité et développé par la directive. En tout état de cause, le simple fait d'avoir subordonné l'égalité des rémunérations à une telle condition supplémentaire, qui ne trouve de fondement ni dans le traité ni dans la directive, est à considérer comme une violation du traité.»

Les parties demanderesses en tirent argument pour affirmer que le principe de l'égalité des rémunérations peut rendre nécessaire de chercher des points de comparaison à l'extérieur d'une entreprise, en particulier dans des secteurs employant surtout des femmes, comme le nettoyage et la restauration, et que les restrictions supplémentaires mises à la réalisation du droit à l'égalité des rémunérations sont en principe illicites.

34. L'avocat général Lenz aurait d'ailleurs rejeté l'approche formaliste. Les parties demanderesses se réfèrent à ses conclusions dans l'affaire Enderby [14], où il affirme que «la création de concepts [discrimination directe et indirecte] a pour objectif de cerner les méthodes de discrimination des femmes dans la vie professionnelle et non pas, par exemple, d'entraver un peu plus les actions judiciaires contre les discriminations salariales en raison du sexe. C'est pourquoi, il ne faut pas partir d'un point de vue formel lorsqu'on classifie les formes que prend effectivement la discrimination des femmes dans la vie professionnelle».

L'importance d'une telle approche «pragmatique» est illustrée par les parties demanderesses en observant que, plus de 25 ans après l'entrée en vigueur de la législation sur l'égalité des rémunérations, le salaire horaire moyen des femmes au Royaume-Uni n'atteint que 82 % de celui des hommes, alors que le revenu hebdomadaire moyen des femmes travaillant à plein temps stagne à 74,5 % de celui des hommes. La raison en est, pour une large part, que beaucoup de femmes restent confinées dans des emplois mal rémunérés, dans des secteurs où l'autre sexe n'est presque pas représenté, comme le nettoyage et la restauration. Dans ces secteurs, il est donc difficile de trouver une personne de référence de sexe masculin pour les besoins de la comparaison.

35. Les parties demanderesses invoquent enfin le principe d'effectivité et le droit d'accès au juge. Les États membres sont tenus de prendre les mesures appropriées pour qu'il soit possible d'invoquer le droit à l'égalité des rémunérations devant les tribunaux. Une disposition telle que la section 1 (6) de la loi de 1970, selon laquelle une femme salariée ne peut comparer sa situation qu'à celle d'une personne de référence de sexe masculin travaillant pour le même employeur a pour conséquence que, si elle n'est pas en mesure de trouver une telle personne, elle sera privée de toute possibi-

14 — Arrêt du 27 octobre 1993 (C-127/92, Rec. p. I- 5535, point 15).

lité de mettre en œuvre son droit à l'égalité des rémunérations. Selon les parties demanderesses, une telle disposition fait obstacle à l'exercice des droits reconnus par le traité et par la directive 75/117 et elle est également contraire à l'article 6 de la convention européenne de sauvegard des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Les arguments de parties défenderesses, de la Commission et du Royaume-Uni

36. Mitie Secure Services Ltd (ci-après «Mitie»), qui est l'une des parties défenderesses au principal, la Commission et le gouvernement du Royaume-Uni s'accordent à dire que les parties demanderesses ne peuvent faire valoir l'article 141 CE en l'espèce. La Commission n'exclut pas le principe d'une comparaison avec les travailleurs salariés d'autres employeurs. Se référant aux conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [15], elle affirme qu'il est inhérent à la notion de discrimination que la responsabilité de la différence de rémunération doit incomber à un même individu ou à une même entité. Le gouvernement du Royaume-Uni et Mitie n'excluent pas non plus a priori la comparaison avec les salariés d'autres employeurs; cependant, il faut bien que les conditions de travail appliquées concrètement aient une source commune, comme c'est le cas lorsque différents employeurs sont tenus d'appliquer la même convention collective, lorsque l'on a affaire à un groupe d'entreprises ou de collectivités publiques soumises à la même tutelle ou lorsque les conditions de travail sont fixées par la loi ou les règlements. Dans de tels cas, il serait en effet possible de procéder à des «comparaisons croisées», impliquant des travailleurs salariés de plusieurs entités ou entreprises. C'est d'ailleurs en ce sens qu'elles interprètent les conclusions de l'avocat général Verloren van Themaat. Elles sont cependant unanimes à déclarer que, en l'espèce, les différences dans les conditions de rémunération ne remontent pas à une «source» unique.

37. Le gouvernement du Royaume-Uni se réfère également à l'arrêt Defrenne II [16]. Il en déduit que l'article 141 CE ne produit d'effet direct que lorsqu'une discrimination est décelable par le juge sur la base d'une analyse purement juridique. Cette discrimination peut être directe ou indirecte, mais l'élément essentiel est qu'il y ait un cadre de référence qui permette au juge de constater la présence d'une discrimination en raison du sexe. En revanche, toujours selon ce gouvernement, lorsque les conditions de rémunération appliquées par plusieurs employeurs différents ne peuvent être attribuées à une source unique, une analyse purement juridique ne permet pas de déceler la discrimination salariale en raison du

15 — Arrêt du 11 mai 1999 (C-309/97, Rec. p. I-2865, point 60). La Commission cite le passage où l'avocat général observe que «le principe de l'égalité des rémunérations énoncé à l'article [141] s'adresse à l'organe qui a adopté la réglementation litigieuse».

16 — Précité à la note 11, points 19 à 22.

sexe. À titre d'illustration, il évoque une situation où un employeur paie des salaires plus élevés qu'un autre. Dans ce cas, les salariés de l'employeur cité en dernier lieu ne peuvent faire valoir aucun droit aux mêmes salaires que ceux payés par l'employeur cité en premier lieu. Même dans l'hypothèse où l'employeur cité en dernier lieu emploierait principalement des femmes, cela ne suffirait pas pour conclure à l'existence d'une discrimination en raison du sexe. La seule constatation qu'il soit possible de faire dans une telle hypothèse est que les deux employeurs pratiquent des rémunérations différentes. Dans un tel cas, le juge ne dispose d'aucun élément pour déterminer ce que les employeurs faisant l'objet de la comparaison devraient payer. Si, dans les entreprises ou les secteurs employant principalement des femmes, les conditions de travail sont moins favorables que dans les entreprises ou les secteurs employant principalement des hommes, la mise à niveau requiert l'adoption de réglementations nationales ou communautaires.

38. Le second problème qui nous a été signalé est qu'un employeur attrait en justice pour cause de discrimination en raison du sexe, au motif qu'il verse à son personnel des salaires inférieurs à ceux des personnes de référence recrutées par un autre employeur, ne sera pas en mesure d'expliquer cette différence ou d'expliquer pourquoi la différence de rémunération est objectivement justifiée. Pour cette raison aussi, la Commission, Mitie et le gouvernement du Royaume-Uni considèrent que la différence de rémunération doit trouver son origine dans une source commune. Ils s'appuient à cet égard sur les conclusions de l'avocat général Lenz [17].

39. Le gouvernement du Royaume-Uni se demande encore où il convient de tracer la limite. Les parties demanderesses sont-elles désormais indéfiniment en droit de comparer leur situation à celle des salariés de sexe masculin travaillant pour le Council? Cela reviendrait à dire qu'en cas d'augmentation du salaire des personnes de référence, les parties demanderesses auraient également droit à cette augmentation. La difficulté pratique est qu'un employeur n'est pas et ne peut être au courant du fait qu'un autre employeur vient d'augmenter les salaires. Les échelles des salaires et les définitions des tâches peuvent diverger, mais, même si l'équivalence du travail n'est pas affectée, les conditions de travail auprès des deux employeurs peuvent malgré tout s'écarter les unes des autres pour des raisons qui n'ont rien à voir avec le sexe. Le gouvernement du Royaume-Uni observe également que, dans son arrêt Macarthys [18], la Cour a rejeté toute comparaison avec «un travailleur masculin hypothétique». Il renvoie en outre aux conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire Coloroll Pension Trustees [19].

40. Le gouvernement du Royaume-Uni rejette également les arguments des parties demanderesses concernant l'effectivité et

17 — Précitées à la note 14.

18 — Précité à la note 12.

19 — Arrêt du 28 septembre 1994 (C-200/91, Rec. p. I-4389, point 65).

l'accès au juge. Selon lui, la question est de savoir si les demanderesses peuvent faire valoir un droit directement applicable. L'obligation de comparer les salaires avec ceux d'une personne de référence de sexe masculin n'est pas un obstacle, mais une condition essentielle pour pouvoir exercer le droit à l'égalité des rémunérations. Il s'agit d'une condition qui précède l'existence du droit. Quant à la notion de «même service», le Royaume-Uni observe qu'elle n'a jamais été définie par la Cour, mais que, d'après les termes employés dans divers arrêts, cette notion se réfère, au moins pour le secteur privé, à une seule et même entreprise. Mitie observe que, même si les parties demanderesses font le même travail qu'auparavant pour le Council, cela ne suffit pas pour affirmer qu'elles travaillent dans le même «service», au sens des arrêts Defrenne II [20] et Macarthys [21]. Partant, contrairement aux allégations des parties demanderesses, l'important est, selon Mitie, non pas la nature du travail, mais l'identité de l'employeur.

41. À titre superfétatoire, la Commission fait valoir qu'une partie du problème aurait été résolue par l'application des Transfer of Undertakings Regulations. Elle observe cependant également qu'au moment du transfert de l'entreprise, les salaires auraient été gelés au niveau qu'ils avaient atteint. Les droits et obligations qui sont transférés au nouvel employeur ne vont pas jusqu'à reconnaître un droit à la même rémunération que les personnes de référence restées auprès de l'employeur précédent ou un droit de continuer indéfiniment à se comparer à elles.

20 — Précité à la note 11.

21 — Précité à la note 12.

Appréciation

42. De par sa nature même, la question juridique soulevée en l'espèce se rapporte à un cas classique de discrimination directe, constituée par le fait que les conditions de travail pour certaines activités exercées principalement par des femmes sont plus défavorables que celles de travailleurs masculins exerçant des activités comparables. Pour ce cas de figure, la Cour a déclaré, dans une jurisprudence constante, qui remonte à l'arrêt Defrenne II [22] et a été illustrée par l'arrêt Macarthys [23] ainsi que, plus récemment, par les arrêts Worringham et Humphreys [24], et par l'arrêt du 26 juin 2001, Brunnhofer [25], que l'article 141 CE est d'application directe.

43. Sur la base de cette jurisprudence, il ne fait aucun doute que les parties demanderesses au principal obtiendraient gain de cause si elles étaient toujours employées par le Council ou par la DSO. L'arrêt North Yorkshire County Council c. Ratcliffe, précité, est très clair à cet égard et absolument conforme à la jurisprudence de la Cour.

22 — Précité à la note 11.

23 — Précité à la note 12.

24 — Précité à la note 10.

25 — C-381/99, Rec. p. I- 4961.

44. Cependant, comme elles ne sont plus salariées du Council ou de la DSO, mais d'une entreprise qui a pris en charge les mêmes activités, les demanderesses sont tenues, pour étayer leur allégation de discrimination, de se référer à «une personne comparable de sexe masculin» qui travaille pour une autre organisation ou pour un autre service (en l'occurrence, le Council).

45. Le problème de fond soulevé par la question préjudicielle est donc de savoir si, pour constater une discrimination directe au sens de l'article 141 CE, il est possible de comparer entre elles les conditions de travail d'hommes et de femmes exerçant des tâches comparables, mais auprès d'employeurs différents. La question de savoir avec qui la comparaison doit être faite et dans quelles circonstances a déjà été abordée plusieurs fois dans la jurisprudence [26]. Celle posée en l'espèce n'a cependant jamais reçu de réponse.

46. Il ne résulte cependant pas des termes de l'article 141 CE que la comparaison doive être limitée à un seul et même employeur. Dans sa jurisprudence, la Cour a constamment subordonné la constatation d'une discrimination directe à la présence d'une différence de rémunération par rapport à des collègues masculins travaillant dans le «même établissement ou service» (voir, notamment, arrêt Defrenne II, point 22) ou à la condition que cette différence de rémunération trouve sa source dans des dispositions de nature législative ou dans des conventions collectives du travail (point 21) [27].

47. Dans l'arrêt Macarthys [28], la Cour a jugé que l'application directe de l'article 141 CE ne peut être restreinte par une exigence de simultanéité. Partant, en cas de litige relatif à une discrimination dans la rémunération, une salariée a le droit de se comparer à son prédécesseur de sexe masculin. Cependant, dans le même arrêt, la Cour a expressément rejeté une argumentation qui tendait à établir l'existence d'une discrimination par référence à un «travailleur masculin hypothétique». Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt Coloroll Pension Trustees [29].

48. Les parties demanderesses, le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission concèdent que l'on ne saurait affirmer que la comparaison ne peut jamais être faite avec des travailleurs d'une autre entreprise. Nous partageons ce point de vue.

49. Trois catégories sont concernées. La première englobe les cas où une réglementation légale est applicable aux conditions de travail et de rémunération dans plusieurs entreprises, institutions ou services. L'on

26 — Voir par exemple les arrêts Defrenne II, Macarthys, Commission/Danemark, Enderby et Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, cités respectivement aux notes 11,12, 13,14 et 15.

27 — Précité à la note 11.

28 — Précité à la note 12.

29 — Précité à la note 19, points 102 et 103.

songe par exemple au salaire du personnel soignant employé par une institution telle que le National Health Service. La deuxième catégorie se réfère aux cas où plusieurs entreprises ou entités sont soumises à la même convention collective du travail ou à la même réglementation des conditions de travail. Enfin, la troisième catégorie concerne les hypothèses où la réglementation des conditions de travail de plusieurs entités ou établissements est centralisée au sein d'un holding ou d'un conglomérat.

50. Dans tous ces cas de figure, il est possible d'aller au-delà des limites d'un établissement ou d'un service isolé pour comparer entre salariés de sexe masculin et salariés de sexe féminin afin de déterminer si l'on a affaire à une discrimination prohibée par l'article 141 CE.

51. Ces trois catégories ont en commun que le régime effectivement appliqué aux conditions de travail a une source unique, qui peut être le législateur, les parties à une convention collective ou la direction d'un groupe d'entreprises.

52. C'est à juste titre que les avocats généraux Cosmas, dans l'affaire Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, précitée, et Lenz dans l'affaire Enderby, précitée, ainsi que le gouvernement du Royaume-Uni dans la présente affaire ont considéré ce fait comme un critère essentiel. Pourquoi? L'article 141 CE s'adresse aux personnes qui peuvent être tenues pour responsables des discriminations dans les conditions de travail. Dans les cas visés ci-dessus, ces personnes sont le législateur, les parties à une convention collective du travail et la direction d'un groupe d'entreprises. Leur responsabilité peut être engagée à ce titre. Mais, lorsqu'il existe des différences de salaire entre des entreprises ou des institutions dans lesquelles les employeurs sont, chacun pour sa propre entreprise ou institution, responsables des conditions de travail, ces employeurs ne peuvent en aucun cas être individuellement rendus responsables des différences dans les conditions de travail existant entre ces entreprises.

53. La jurisprudence est d'ailleurs conforme à cette analyse, car l'article 141 CE vaut pour toutes les formes de discrimination susceptibles d'être décelées par le juge sur la base d'une analyse purement juridique.

54. Partant, l'applicabilité directe de l'article 141 CE s'étend aux salariés employés par la même personne juridique, par le même groupe de personnes juridiques, ou par des collectivités publiques soumises à une tutelle commune voire aux cas où la classification professionnelle et la rémunération sont déterminées sur la base

d'une convention collective contraignante. Dans tous les cas, il convient de rechercher la présence d'une source commune.

55. Les différences dans les conditions de rémunération entre salariés masculins et salariés féminins qui forment l'objet de la procédure au principal ne peuvent cependant être rapportées à une source commune, qui pourrait être tenue pour responsable. Le seul fait que les conditions de travail pour des activités comparables sont différentes auprès du Council de ce qu'elles sont chez les nouveaux employeurs des parties demanderesses est insuffisant pour conclure que les employeurs actuels se seraient rendus coupables d'une discrimination directe interdite par l'article 141 CE. La jurisprudence constante développée par la Cour en ce qui concerne le critère du «même établissement ou service» n'autorise aucune autre conclusion.

56. Ce résultat nous paraît d'ailleurs justifié. En effet, un des éléments de l'article 141 CE est que l'employeur a le «droit de se défendre». Il doit avoir la possibilité de démontrer qu'une différence de salaire est justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination en raison du sexe. Il est impossible à l'employeur qui fait l'objet d'une action fondée sur une inégalité de traitement de déterminer sur quelles bases un autre employeur rémunère des activités «équivalentes» autrement qu'il ne le fait lui-même. À supposer qu'il le puisse, il ne serait pas pour autant en mesure, eu égard à sa position économique, de s'aligner sur son concurrent. D'ailleurs, auprès de quelle autre entreprise faudrait-il trouver les activités «équivalentes»?

57. Dans leurs observations écrites et orales, les parties demanderesses au principal relèvent qu'il subsiste au Royaume-Uni des différences de rémunération sensibles entre les branches qui emploient surtout des femmes et les autres. Nous ne voyons pas ce qui nous autoriserait à mettre en doute l'exactitude de ces données. Nous reconnaissons également bien volontiers que cette situation peut sembler contraire à la finalité de l'article 141 CE. Cependant, la tentative faite par des parties demanderesses d'invoquer l'effet direct de cet article contre ces différences dans les rapports de rémunération ne saurait aboutir. L'analyse requise pour remédier à ces anomalies structurelles dépasse de beaucoup le domaine d'une analyse purement juridique et exige l'intervention des parties aux conventions collectives ou, à défaut, celle du législateur national. Nous observons encore que l'article 141 CE offre au législateur communautaire une base juridique pour imposer aux législateurs nationaux de prendre des mesures en ce sens.

58. Les limites ci-dessus posées par la Cour à l'applicabilité directe de l'article 141 CE nous mènent ainsi à la conclusion que le recours individuel à cet article ne saurait permettre de remédier à des différences de

rémunération incidentes et structurelles, dont la responsabilité incombe à plusieurs sources différentes.

59. Les circonstances particulières qui sont à la base des présentes questions préjudicielles ne donnent pas lieu à affiner ou à différencier la jurisprudence de la Cour en la matière. Lorsqu'une réorganisation du service public conduit à ce que certaines activités soient prises en charge par des opérateurs commerciaux, cette circonstance peut, de par sa nature même, avoir des conséquences sur les conditions de travail des salariés concernés. Ces derniers peuvent certes être protégés contre certaines conséquences sociales d'un tel transfert, notamment en vertu de la directive 77/187, mais l'article 141 CE n'a pas été fait pour cela. Il est d'ailleurs inadapté à cette fin: en effet, peut-on concevoir que les travailleurs de sexe féminin perdent la protection hypothétique qu'elles prétendent en tirer dans les cas où les activités transférées sont à caractère «mixte»?

60. Force est de rejeter également l'allégation que les parties demanderesses accompliraient, dans un contexte nouveau, très exactement les mêmes tâches qu'auparavant et que le Council serait toujours, et dans la même mesure, responsable de la fourniture des repas et du nettoyage des locaux scolaires. Cette responsabilité publique n'a en effet rien à voir avec la question de savoir qui fournit les services sur le terrain et qui est responsable des salariés qui produisent ces services. Elle n'implique aucune responsabilité pour les conditions de travail dans les entreprises qui fournissent les services achetés par le Council.

61. Enfin, l'argument que les services assurés par le Council lui-même et ceux qui lui sont fournis ont la même source de financement nous paraît indéfendable. Les administrations publiques ont coutume d'acquérir des biens et des services à grande échelle. L'on ne saurait exiger du Council qu'au moment de lancer un appel d'offres pour l'adjudication de certains services, il impose aux fournisseurs que les conditions de travail des femmes employées par ces derniers soient identiques, pour un travail équivalent, à celles des hommes qu'il emploie lui-même. A fortiori, cet argument ne saurait permettre d'exiger des employeurs actuels qu'ils alignent les conditions de travail des femmes qu'ils ont recrutées sur celles des hommes qui accomplissent un travail équivalent au service du Council.

62. Compte tenu de ces considérations, l'article 141 CE ne saurait avoir d'application directe en l'espèce. Par conséquent, il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième question.

VI — Conclusion

63. Par ces motifs, nous proposons à la Cour de répondre à la première question de la Court of Appeal (England & Wales) dans le sens suivant:

«Dans des circonstances telles que celles de la procédure au principal, l'article 141 CE ne produit aucun effet direct tel que les parties demanderesses puissent l'invoquer à l'appui de leur revendication visant à obtenir de leurs employeurs actuels la même rémunération que les salariés de sexe masculin de leur employeur précédent, qui accomplissent le même travail ou un travail équivalent.»