CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 14 de Março de 2002 [1]

I — Introdução

1. A questão central do presente processo é saber se as trabalhadoras assalariadas que, após um concurso, foram transferidas da entidade adjudicante, para a qual trabalhavam, para a adjudicatária podem, no âmbito de uma acção judicial intentada contra as actuais entidades patronais e baseado no princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres, comparar a sua remuneração com a de pessoas de referência do sexo masculino, ao serviço do seu anterior empregador.

II — Enquadramento jurídico

A — Direito comunitário

2. O princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de igual valor, é consagrado no artigo 141.° CE. A primeira frase do artigo 141.°, n.° 2, CE dispõe:

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

3. O primeiro parágrafo do artigo 1.° da Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos [2], dispõe:

«O princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os

1 — Língua original: neerlandês.

2 — JO L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52.

trabalhadores femininos, que consta do artigo 119.º[3] do Tratado e a seguir denominado por 'princípio da igualdade de remuneração', implica, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, a eliminação, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, de qualquer discriminação em razão do sexo.»

4. A Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos[4], na redacção que lhe foi dada pela Directiva 98/50/CE do Conselho, de 29 de Junho de 1998[5], aplica-se às transferências de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos para outra entidade patronal, resultantes de uma cessão convencional ou de uma fusão. O seu artigo 3.º, n.º 1, dispõe que os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário.

O seu artigo 3.º, n.º 3, dispõe:

«Após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data de rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva.

Os Estados-Membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano.»

B — *Direito nacional*

5. No Reino Unido, o princípio da igualdade de remuneração foi consagrado pelo Equal Pay Act 1970 (a seguir «Act de 1970»). A Section 1(2) desta lei estabelece que uma mulher que execute um trabalho igual ao de um homem ou um trabalho considerado equivalente ao de um homem «no mesmo emprego» tem direito à modificação de quaisquer condições do seu contrato de trabalho que sejam ou se tenham tornado menos favoráveis do que as condições comparáveis do contrato de trabalho do trabalhador masculino que serviu de comparação.

6. Segundo a Section 1(3), a entidade patronal pode opor-se demonstrando que a diferença entre o contrato da mulher e o contrato do homem se deve verdadeiramente a um factor substancial não relativo à diferença entre sexos.

3 — Que passou, após alteração, a artigo 141.º CE.
4 — JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122.
5 — JO L 201, p. 88.

7. A expressão «no mesmo emprego» é definida na Section 1(6) (c) do seguinte modo:

«[...] duas entidades patronais devem considerar-se associadas se uma delas controlar a outra (directa ou indirectamente) ou se as duas empresas forem controladas (directa ou indirectamente) por terceiro, e os homens devem considerar-se no mesmo emprego de uma mulher quando trabalham para a mesma entidade patronal ou para qualquer entidade patronal associada, no mesmo estabelecimento ou em estabelecimentos situados na Grã-Bretanha em que o primeiro participe e nos quais sejam aplicadas condições comuns de contratação quer a nível geral quer em relação aos trabalhadores das categorias em questão.»

III — Factos na origem do litígio e tramitação processual

8. As demandadas no processo principal, Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group e Mitie Secure Services Ltd, prestam serviços de restauração e de limpeza em escolas e estabelecimentos de ensino por conta do North Yorkshire County Council (a seguir «Council»).

9. Até ao fim dos anos 80, a restauração para crianças das escolas e a limpeza dos edifícios escolares foi assegurada por trabalhadores ao serviço do Council. Entretanto, a partir da adopção do Local Government Act 1988, o Council teve de adjudicar estes serviços, mediante concurso público.

10. A fim de permitir a participação dos seus «próprios» serviços no processo de adjudicação, o Council criou a «direct service organisation» (a seguir «DSO»), um organismo autónomo interno. Esta DSO estava em condições de participar no processo de adjudicação em pé de igualdade com as empresas privadas de restauração e de limpeza.

11. Para ter a possibilidade de conseguir a adjudicação, o Council, que mantinha a qualidade de entidade patronal, reduziu os salários dos empregados da DSO [6].

12. As trabalhadoras em causa reagiram propondo uma acção contra a sua entidade patronal, o Council, com base no Act de 1970, destinado a obter a igualdade de remuneração. Como termo de comparação, escolheram os trabalhadores do sexo masculino empregados pelo Council. Um estudo de avaliação de tarefas efectuado em 1987, cujos resultados foram aceites pelo Council, tinha, efectivamente, verifi-

6 — Os concorrentes só empregavam mulheres, e mediante um salário inferior.

cado que o trabalho realizado pelas demandadas tinha o mesmo valor que diversas tarefas realizadas por homens, como a jardinagem, a recolha do lixo e a manutenção dos esgotos.

13. As trabalhadoras em questão obtiveram ganho de causa em última instância [7]. O argumento do Council segundo o qual as remunerações menos elevadas das mulheres em causa eram necessárias para poder concorrer com as empresas comerciais no âmbito do concurso público foi rejeitado pela House of Lords. Esta julgou impossível que a diferença de remuneração pudesse ser atribuída a qualquer outra razão que não a diferença de sexos. Considerou que as mulheres podiam comparar as suas condições de trabalho com as dos homens ao serviço do Council noutros sectores, mas cujo trabalho tinha sido considerado equivalente com base no estudo de avaliação das tarefas acima referido.

14. O Council viu-se, assim, obrigado a pagar às trabalhadoras em questão a diferença de remunerações referente ao período durante o qual aquelas ainda estiveram ao serviço da DSO.

15. Quando o processo contra o Council não tinha, ainda, concluído, e por ocasião de um segundo ciclo de processos de adjudicação que decorreu em 1993, a DSO perdeu a maior parte dos contratos de restauração e de limpeza para as partes indicadas no n.º 8, *supra*. Duas das três demandadas não perceberam que esta transacção podia enquadrar-se nas disposições das Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, através das quais o Reino Unido transpôs a Directiva 77/187. Por esta razão, foram os trabalhadores em causa despedidos pelo Council antes de serem recrutados por essas empresas privadas. Os interessados tiveram, nesta ocasião, de se contentar com condições de trabalho mais desfavoráveis face àquelas de que tinham beneficiado até ali, na DSO (e que já eram, mesmo essas, menos vantajosas que as dos trabalhadores «normais» do Council; a decisão definitiva no processo North Yorkshire County Council contra Ratcliffe, já referido, ainda não tinha sido proferida).

16. Só o Commercial Catering Group considerou que efectivamente se tratava de uma transferência de empresa. Encarregou-se directamente, por isso, dos trabalhadores, sem prévio despedimento.

17. Um grande número de trabalhadores das empresas privadas queixaram-se judicialmente das condições de trabalho que lhes eram impostas e que eram claramente

7 — North Yorkshire County Council contra Ratcliffe (1995) ICR 833.

mais desfavoráveis do que as que estavam e estão em vigor no Council para trabalho equivalente. Em apoio da sua reivindicação, invocaram o artigo 141.° CE.

18. Tomadas globalmente, é possível classificar as demandantes em quatro categorias:

— as que antes estavam ao serviço do Council e foram recrutadas directamente por uma das demandadas;

— as que estavam antes ao serviço do Council e

i) não foram recrutadas por uma das demandadas ou

ii) foram recrutadas por uma das demandadas, mas abandonaram o emprego mais de seis meses antes da propositura da acção;

— as que estão ao serviço de uma das demandadas, mas nunca foram empregadas do Council, e

— as que estavam ao serviço do Council e foram recrutadas depois por uma das demandadas, não imediatamente no momento da transferência.

19. As trabalhadoras da primeira categoria só invocam a título subsidiário o artigo 141.° CE no processo principal. Em primeira instância, estas pessoas basearam-se na Directiva 77/187, tal como foi transposta para o direito britânico pelas Transfer of Undertakings Regulations.

20. A interpretação e a aplicação da directiva, e mais precisamente, no caso em apreço, das Transfer of Undertakings Regulations, não estão, porém, de forma alguma postas em causa no presente processo prejudicial.

21. As partes no processo principal são, além disso, unânimes em reconhecer a existência de uma diferença, em detrimento das demandantes, entre as suas condições

de trabalho e as das pessoas com quem são comparadas. Apoiam-se, também, nos postulados seguintes:

a) houve transferência de empresa quando as actividades de limpeza e de restauração foram subcontratadas com a demandada;

b) as tarefas das demandadas eram de igual valor às das pessoas de referência na data das respectivas transferências;

c) à data da propositura das várias acções iniciais, as tarefas das demandantes continuaram a ser de igual valor às das pessoas de referência;

d) as pessoas de referência estiveram sempre ao serviço do Council durante o período em causa.

22. A acção proposta pelas demandantes no Employment Tribunal [8] contra o seu actual empregador foi, entretanto, julgada improcedente em 16 de Abril de 1997. O recurso interposto no Employment Appeal Tribunal foi também julgado improcedente em 5 de Novembro de 1998 e a decisão de primeira instância confirmada. Finalmente, as demandantes interpuseram recurso para a Court of Appeal. Afirmam que nas circunstâncias do caso em apreço o artigo 141.° CE lhes confere um direito imediato a receber, durante o tempo em que estiveram ao serviço das demandadas, uma remuneração igual à dos trabalhadores do sexo masculino ao serviço do Council.

23. A questão que se coloca agora à Court of Appeal é saber se as demandantes podem, para fundamentar as suas pretensões em matéria de igualdade de remuneração, tomar como referência as remunerações dos trabalhadores do sexo masculino do Council, apesar de estas pessoas de referência não trabalharem para nenhuma das demandadas.

IV — Questões prejudiciais

24. Por decisão de 20 de Julho de 2000, apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 22 de Agosto de 2000, a Court

8 — Também designado então de Industrial Tribunal.

of Appeal (England and Wales) colocou as questões prejudiciais seguintes:

«1. O artigo 141.° [9] é directamente aplicável nas circunstâncias do caso vertente (nos termos expostos na presente decisão), podendo, portanto, ser invocado pelos demandantes num processo nacional a fim de lhes permitir comparar a sua remuneração com a dos trabalhadores de sexo masculino contratados pelo North Yorkshire County Council que executam um trabalho de igual valor ao efectuado pelos demandantes?

2. Pode um demandante invocar o efeito directo do artigo 141.° apenas no caso de a entidade patronal demandada poder explicar por que razão a entidade patronal do sujeito de comparação escolhido paga a este último determinado salário?»

V — Apreciação

Observações prévias

25. Os factos que estão na base do processo principal ilustram bem as reorganizações que tiveram lugar no decurso dos anos 80 e 90 num grande número de serviços públicos. Nessa ocasião, as actividades que se considerava poderem ser também confiadas a operadores privados foram privatizadas por intermédio de concursos públicos. Existia a esperança de que a introdução dos mecanismos de mercado permitiria reduzir os custos e aumentar a eficácia. O grau a que esta política foi levada difere muito, aliás, entre os Estados-Membros. No Reino Unido, a administração descentralizada, os Counties, foi obrigada a aplicar o regime de concurso público obrigatório a um grande número de actividades que anteriormente geriam directamente.

26. Quanto aos trabalhadores em causa, tiveram de passar de uma relação de trabalho de direito público para uma relação de trabalho de direito privado. Daí resultaram, como regra geral, consequências para as suas condições de trabalho. O estatuto jurídico, a remuneração e as respectivas condições de trabalho são, geralmente, diferentes no sector público e no sector privado. Dito de outra forma, a passagem de uma entidade patronal pública para uma entidade patronal privada pode ter consequências de ordem social, e isto tanto para os trabalhadores do sexo masculino como para os do sexo feminino.

27. As consequências sociais de tal mudança são objecto de disposições contidas quer na legislação nacional do trabalho quer nas regras comunitárias. No caso em apreço, encontramo-nos, claramente,

9 — Trata-se do artigo 141.° CE.

perante uma transferência de empresa na acepção da Directiva 77/187. Esta directiva foi também invocada no processo principal. Resulta dos autos que as partes discordam quanto à sua aplicabilidade, quer em geral quer em relação às diversas categorias de demandantes. Contudo, estas questões, assim como outras conexas, foram, de momento, afastadas do processo principal. As partes acordaram pedir ao órgão jurisdicional de reenvio que limitasse a sua questão prejudicial à interpretação do artigo 141.° CE. Como, na sua decisão de reenvio, o juiz nacional exclui expressamente toda e qualquer questão relativa à aplicabilidade da directiva, impõe-se renunciar à sua análise.

28. No caso em apreço, verifica-se que a cessão diz respeito a um serviço que emprega um grande número de trabalhadores do sexo feminino. Resulta das observações das demandantes no processo principal que estas argumentam com o facto de as actividades ou serviços cedidos serem, antes de mais, desenvolvidos por mulheres, para suscitarem a questão da aplicabilidade eventual do artigo 141.° CE. Isto explica-se, provavelmente, pela circunstância de a Directiva 77/187 não ser, sem dúvida, aplicável a todas as demandantes em causa.

Argumentos das demandantes

29. As demandantes sustentam que o artigo 141.° CE é directamente aplicável cada vez que se possa verificar uma discriminação baseada no sexo em matéria de remuneração, com base nos factos do caso em apreço e segundo os critérios de trabalho igual e de remuneração igual. Afirmam que a legislação nacional não pode criar barreiras artificiais a este princípio. Referem, a este propósito, a Section 1(6) do Act de 1970.

30. Tendo em conta as circunstâncias particulares do caso em apreço, consideram que têm o direito de ser comparadas aos trabalhadores masculinos do Council. Só a entidade patronal é diferente. Continuam, não obstante, no «mesmo serviço», onde executam o mesmo trabalho. Este trabalho é considerado equivalente ao dos trabalhadores masculinos ao serviço do Council. Pensam poder deduzir do acórdão de 11 de Março de 1981, Worringham e Humphreys [10], que as pessoas empregadas num mesmo serviço podem perfeitamente ter entidades patronais diferentes. Efectivamente, no caso em apreço, as demandantes têm uma nova entidade patronal, mas isso não pode afectar a possibilidade de comparação entre o seu trabalho e as condições da sua execução e os dos trabalhadores que o Council manteve ao seu serviço. Caso contrário, haveria uma lacuna na protecção pretendida pelo artigo 141.° CE.

31. Observam que, no âmbito de um concurso público como o do caso vertente,

10 — 69/80, Recueil, p. 767, n.° 23.

os trabalhadores que executam o trabalho continuam no mesmo lugar por razões de ordem prática, mesmo quando a adjudicação do concurso conduz à substituição do adjudicatário. As condições de facto que as actividades devem preencher permanecem as mesmas. Estas condições encontram-se inscritas, em parte, na legislação que obriga a que se proceda ao concurso público. A fonte de financiamento das actividades permanece a mesma, a saber, os impostos a pagar pelos contribuintes do North Yorkshire. Nestas circunstâncias, impõe-se concluir que o enquadramento em que as demandantes trabalham continua *de facto* o mesmo e que elas se podem comparar, no que respeita às suas condições de trabalho, aos trabalhadores masculinos que ficaram ao serviço do Council.

32. As demandantes recordam que, tendo em conta o duplo objectivo, económico e social, do artigo 141.° CE, como foi precisado no acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne II [11], o Tribunal de Justiça recusou sempre toda e qualquer tentativa de criar obstáculos artificiais à realização do princípio da igualdade de remuneração. Invocam, designadamente, o acórdão de 27 de Março de 1980, Macarthys [12], onde o Tribunal declarou que a exigência de simultaneidade imposta pelo direito nacional constitui uma limitação ilegal do alcance do artigo 141.° CE.

33. As demandantes reportam-se, depois, às conclusões do advogado-geral P. Verloren van Themaat no processo Comissão/Dinamarca [13]. Nestas conclusões, analisou a questão de saber se a legislação dinamarquesa que dispunha que o princípio da igualdade de remuneração só se aplicava ao mesmo trabalho efectuado no mesmo local estava de acordo com as obrigações impostas pelo artigo 119.° do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 141.° CE) e pela Directiva 75/117. O advogado-geral considerou que limitar as possibilidades de comparação entre as condições de trabalho a «um mesmo local de trabalho» era contrário ao Tratado:

> «— [...] uma comparação de funções no seio de um mesmo estabelecimento fixo de uma empresa, ou mesmo no seio de uma única empresa, não será sempre suficiente. Em tal circunstância, é necessário igualmente proceder a uma comparação com um trabalho de valor igual em outras empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação de convenção colectiva de trabalho em causa.
>
> — [...] uma comparação com outros sectores poderá mesmo revelar-se necessária nos sectores que empregam tradicionalmente mão-de-obra feminina [...];
>
> — [...] Em alguns casos, o critério de comparação suplementar do 'mesmo

11 — 43/75, Colect., p. 193.
12 — 129/79, Recueil, p. 1275.
13 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1985 (143/83, Recueil, p. 427).

local de trabalho', relativo a um trabalho com valor igual, pode então ter como efeito restringir o princípio da igualdade de remuneração [...], tal como resulta do [Tratado] e se concretiza na [...] directiva. O simples facto de se ter acrescentado uma condição suplementar para a igualdade de remuneração, que não encontra fundamento nem no [Tratado] nem na directiva, deve em qualquer caso ser considerado como uma violação do Tratado.»

As demandantes aí encontram argumentos para afirmar que o princípio da igualdade de remuneração pode tornar necessário procurar os pontos de comparação no exterior de uma empresa, em especial nos sectores que empregam sobretudo mulheres, como a limpeza e a restauração, e que as restrições suplementares colocadas à realização do direito à igualdade de remuneração são, em princípio, ilícitas.

34. Aliás, o advogado-geral C. O. Lenz recusou a abordagem formalista. As demandantes reportam-se às suas conclusões no processo Enderby [14], onde afirma que: «A criação de conceitos [discriminação directa e indirecta] tem por objectivo eliminar os métodos de discriminação das mulheres na vida profissional e não, por exemplo, entravar um pouco mais as acções judiciais contra as discriminações salariais em razão do sexo. Por isso, não é necessário partir de um ponto de vista formal quando se classificam as formas que efectivamente assume a discriminação das mulheres na vida profissional.»

A importância de tal abordagem «pragmática» é ilustrada pelas demandantes quando observam que, mais de 25 anos após a entrada em vigor da legislação sobre a igualdade de remuneração, a remuneração média por hora das mulheres no Reino Unido só atinge 82% da dos homens, enquanto o salário semanal das mulheres que trabalham a tempo inteiro se fica pelos 74,5% do dos homens. Isto deve-se, em larga medida, ao facto de muitas mulheres continuarem confinadas a empregos mal remunerados, em sectores onde o outro sexo não tem quase representação, como a limpeza e a restauração. Nestes sectores, é, portanto, difícil encontrar uma pessoa de referência do sexo masculino para efeitos de comparação.

35. As demandantes invocam, por fim, o princípio da efectividade e o direito de acesso à justiça. Os Estados-Membros devem adoptar as medidas adequadas para que seja possível invocar em juízo o direito à igualdade de remuneração. Uma disposição como a Section 1(6) do Act de 1970, segundo a qual uma trabalhadora só pode comparar a sua situação à de uma pessoa de referência do sexo masculino que trabalhe para a mesma entidade patronal, tem como consequência que, se não conseguir encontrar uma pessoa de referência do sexo masculino, será privada de toda e qualquer

14 — Acórdão de 27 de Outubro de 1993, Enderby (C-127/92, Colect., p. I-5535, n.° 15).

possibilidade de exercer o seu direito à igualdade de remuneração. Segundo as demandantes, tal disposição cria obstáculos ao exercício dos direitos reconhecidos pelo Tratado e pela Directiva 75/115 e é, também, contrária ao artigo 6.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 4 de Novembro de 1950.

Argumentos das demandadas, da Comissão e do Reino Unido

36. A Mitie Secure Services Ltd (a seguir «Mitie»), que é uma das demandadas no processo principal, a Comissão e o Governo do Reino Unido concordam em dizer que as demandantes não podem invocar o artigo 141.° CE no caso em apreço. A Comissão não exclui o princípio de uma comparação com os trabalhadores ao serviço de outras entidades patronais. Referindo-se às conclusões do advogado-geral G. Cosmas no processo que terminou com o acórdão Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [15], afirma que está inerente à noção de discriminação que a responsabilidade pela diferença de remunerações deve incumbir a um mesmo indivíduo ou a uma mesma entidade. O Governo do Reino Unido e a Mitie também não excluem *a priori* a comparação com os trabalhadores de outras entidades patronais; contudo, é necessário que as condições de trabalho aplicadas concretamente tenham uma fonte comum, como é o caso quando diferentes entidades patronais têm de aplicar a mesma convenção colectiva, quando estamos perante um grupo de empresas ou de colectividades públicas submetidas à mesma tutela ou quando as condições de trabalho são fixadas pela lei ou pelos regulamentos. Em tais casos, é efectivamente possível proceder a «comparações cruzadas», entre trabalhadores de várias entidades ou empresas. É, aliás, neste sentido que interpretam as conclusões do advogado-geral P. Verloren van Themaat. São, todavia, unânimes ao declarar que, no caso em apreço, as diferenças entre as condições de remuneração não remontam a uma «fonte» única.

37. O Governo do Reino Unido também se reporta ao acórdão Defrenne II [16]. Daí retira que o artigo 141.° CE só tem efeito directo quando a discriminação é detectada pelo juiz com base numa análise puramente jurídica. Esta discriminação pode ser directa ou indirecta, sendo o elemento essencial a existência de um quadro de referência que permita ao juiz verificar a presença de uma discriminação em razão do sexo. Em contrapartida, ainda segundo o Governo do Reino Unido, quando as condições de remuneração aplicadas por várias entidades patronais não podem ser reconduzidas a uma fonte única, uma análise puramente jurídica não permite detectar a discriminação salarial em razão

15 — Acórdão de 11 de Maio de 1999 (C-309/97, Colect., p. I-2865, n.° 60). A Comissão cita a passagem em que o advogado-geral observa que «o princípio da igualdade de remuneração enunciado no artigo [141.°] dirige-se ao órgão que adoptou a regulamentação em litígio».

16 — Já referido na nota 11, n.os 19 a 22.

do sexo. A título de ilustração, o Governo do Reino Unido refere a situação em que uma entidade patronal paga salários mais elevados que uma outra. Neste caso, os trabalhadores da entidade patronal referida em último lugar não podem invocar qualquer direito a remunerações semelhantes às que são pagas pela entidade patronal referida em primeiro lugar. Mesmo na hipótese de a entidade patronal referida em último lugar empregar principalmente mulheres, tal não bastaria para que se concluísse pela existência de uma discriminação em razão do sexo. A única constatação possível em tal hipótese é que as duas entidades patronais praticam remunerações diferentes. Nessa situação, o juiz não dispõe de qualquer elemento para determinar o que deveriam pagar as entidades patronais objecto da comparação. Se, nas empresas ou sectores que empregam principalmente mulheres, as condições de trabalho são menos favoráveis do que nas empresas ou sectores que empregam principalmente homens, a actualização exige a adopção de regulamentações nacionais ou comunitárias.

38. O segundo problema indicado consiste em que uma entidade patronal demandada judicialmente por discriminação em razão do sexo, pelo facto de pagar ao seu pessoal salários inferiores aos das pessoas de referência recrutadas por outra entidade patronal, não estará em condições de explicar esta diferença ou de explicar porque é objectivamente justificada a diferença de remuneração. Também por esta razão, a Comissão, a Mitie e o Governo do Reino Unido consideram que a diferença de remuneração deve encontrar a sua origem numa fonte comum. Apoiam-se, a este respeito, nas conclusões do advogado-geral C. O. Lenz [17].

39. O Governo do Reino Unido pergunta-se ainda onde cabe traçar o limite. As demandantes têm, daqui para a frente, indefinidamente, o direito de comparar a sua situação à dos trabalhadores do sexo masculino ao serviço do Council? Isto equivaleria a dizer que em caso de aumento do salário das pessoas de referência, as demandantes teriam também direito a esse aumento. A dificuldade prática é que uma entidade patronal não está nem pode estar ao corrente do aumento salarial que outra entidade patronal acaba de realizar. As tabelas de remunerações e as definições de tarefas podem divergir, mas, mesmo que a equivalência do trabalho não seja afectada, as condições de trabalho nas duas entidades patronais podem, apesar de tudo, afastar-se umas das outras por razões que nada tenham a ver com o sexo dos trabalhadores. O Governo do Reino Unido observa também que, no seu acórdão Macarthys [18], o Tribunal de Justiça recusou toda e qualquer comparação com «um trabalhador masculino hipotético». Remete, por outro lado, para as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no processo que culminou no acórdão Coloroll Pension Trustees [19].

40. O Governo do Reino Unido rejeita também os argumentos das demandantes no que se refere à efectividade e ao acesso à

17 — Já referidas na nota 14.

18 — Já referido na nota 12.

19 — Acórdão de 28 de Setembro de 1994 (C-200/91, Colect., p. I-4389, n.° 65).

justiça. Na sua opinião, a questão que se coloca é a de saber se as demandantes podem invocar um direito directamente aplicável. A obrigação de comparar as remunerações com as de uma pessoa de referência do sexo masculino não é um obstáculo, mas uma condição essencial para que possam exercer o direito à igualdade de remuneração. Trata-se de uma condição que precede a existência do direito. Quanto à noção de «mesmo serviço», o Reino Unido observa que dela nunca foi dada qualquer definição pelo Tribunal de Justiça, mas que, segundo os termos utilizados em diversos acórdãos, esta noção se refere, pelo menos no sector privado, a uma única e mesma empresa. A Mitie observa que, mesmo que as demandantes façam o mesmo trabalho que faziam antes para o Council, isso não basta para se afirmar que trabalham no mesmo «serviço», na acepção dos acórdãos Defrenne II [20] e Macarthys [21]. Portanto, contrariamente às alegações das demandantes, o importante é, segundo a Mitie, não a natureza do trabalho, mas a identidade da entidade patronal.

41. A fim de ser exaustiva, a Comissão afirma que uma parte do problema teria sido resolvida através da aplicação das Transfer of Undertakings Regulations. Observa também, no entanto, que, no momento da transferência da empresa, as remunerações teriam sido congeladas no nível que tivessem atingido. Os direitos e obrigações que são transferidos para a nova entidade patronal não chegam ao ponto do reconhecimento de um direito à mesma remuneração das pessoas de referência que permaneceram na entidade patronal precedente ou de um direito a continuarem a comparar-se indefinidamente com elas.

20 — Já referido na nota 11.
21 — Já referido na nota 12.

Apreciação

42. Pela sua própria natureza, a questão jurídica suscitada no caso em apreço refere-se a um caso clássico de discriminação directa, constituída pelo facto de as condições de trabalho de certas actividades exercidas principalmente por mulheres serem mais desfavoráveis que as dos trabalhadores masculinos que exercem actividades comparáveis. Por forma a contemplar situações semelhantes, o Tribunal de Justiça declarou, em jurisprudência constante, que remonta ao acórdão Defrenne II [22] e foi ilustrada pelo acórdão Macarthys [23] assim como, mais recentemente, pelo acórdão Worringham e Humphreys [24] e pelo acórdão de 26 de Junho de 2001, Brunhofer [25], que o artigo 141.° CE tem efeito directo.

43. Com base nesta jurisprudência, não resta qualquer dúvida de que as demandantes no processo principal obteriam ganho de causa se tivessem estado sempre ao serviço do Council ou da DSO. O acórdão North Yorkshire County Council contra Ratcliffe, já referido, é muito claro a este respeito, estando totalmente de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

22 — Já referido na nota 11.
23 — Já referido na nota 12.
24 — Já referido na nota 10.
25 — C-381/99, Colect., p. I-4961.

44. Todavia, como já não são trabalhadoras do Council nem da DSO, mas de uma empresa que se encarregou das mesmas actividades, para fundamentarem a sua alegação de discriminação, têm que se referir a «uma pessoa comparável do sexo masculino» que trabalhe para outra organização ou para outro serviço (no caso em apreço, o Council).

45. O problema de fundo suscitado pela questão prejudicial é, portanto, o de saber se, para se verificar uma discriminação directa na acepção do artigo 141.° CE, é possível comparar as condições de trabalho dos homens e das mulheres que exercem tarefas comparáveis, mas ao serviço de entidades patronais diferentes. A questão de saber com quem deve a comparação ser feita e em que circunstâncias já foi abordada várias vezes na jurisprudência [26]. A colocada no caso em apreço nunca obteve, contudo, resposta.

46. Não resulta, todavia, dos termos do artigo 141.° CE que a comparação se deve limitar a uma única e mesma entidade patronal. Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça subordinou constantemente a verificação da discriminação directa à presença de uma diferença de remuneração relativamente à dos colegas masculinos que trabalhem no «mesmo estabelecimento ou serviço» (v., designadamente, acórdão Defrenne II, n.° 22) ou à condição de esta diferença de remuneração encontrar a sua fonte em disposições de carácter legislativo ou em convenções colectivas de trabalho (acórdão Defrenne II, n.° 21) [27].

47. No processo Macarthys [28], o Tribunal de Justiça considerou que o efeito directo do artigo 141.° CE não pode estar limitado por uma exigência de simultaneidade. Portanto, em caso de litígio referente a uma discriminação na remuneração, uma trabalhadora pode comparar-se ao seu predecessor do sexo masculino. Contudo, no mesmo acórdão, o Tribunal rejeitou expressamente a argumentação destinada a estabelecer a existência de uma discriminação por referência a um «trabalhador masculino hipotético». Esta jurisprudência foi confirmada pelo acórdão Coloroll Pension Trustees [29].

48. As demandantes, o Governo do Reino Unido e a Comissão admitem que não se pode afirmar que a comparação nunca pode ser feita com trabalhadores de outra empresa. Partilho deste ponto de vista.

49. Estão em causa três categorias. A primeira engloba o caso em que uma regulamentação legal é aplicável às condições de trabalho e de remuneração em diversas empresas, instituições ou serviços.

26 — V., por exemplo, os acórdão Defrenne II, Macarthys, Comissão/Dinamarca, Enderby e Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, já referidos, respectivamente, nas notas 11, 12, 13, 14 e 15.

27 — Já referido na nota 11.

28 — Já referido na nota 12.

29 — Já referido na nota 19, n.os 102 e 103.

Pensa-se, por exemplo, na remuneração do pessoal auxiliar ao serviço de uma instituição como o National Health Service. A segunda categoria refere-se ao caso em que várias empresas ou entidades estão sujeitas à mesma convenção colectiva de trabalho ou à mesma regulamentação das condições de trabalho. Por fim, a terceira categoria diz respeito às hipóteses em que a regulamentação das condições de trabalho de várias entidades ou estabelecimentos é centralizada numa *holding* ou num conglomerado de empresas.

50. Por forma a contemplar situações semelhantes, é possível ir além dos limites de um estabelecimento ou de um serviço isolado para comparar entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos a fim de determinar se estamos perante uma discriminação proibida pelo artigo 141.° CE.

51. Estas três categorias têm em comum que o regime efectivamente aplicado às condições de trabalho tem uma fonte única, que pode ser o legislador, as partes numa convenção colectiva de trabalho ou a direcção de um grupo de empresas.

52. Com razão os advogados-gerais G. Cosmas, no acórdão Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, já referido, e C. O. Lenz, no acórdão Enderby, já referido, assim como no presente processo o Governo do Reino Unido, consideraram este facto como um critério essencial. Porquê? O artigo 141.° CE dirige-se às pessoas que podem ser consideradas responsáveis pelas discriminações nas condições de trabalho. No caso visado acima, estas pessoas são o legislador, as partes numa convenção colectiva de trabalho e a direcção de um grupo de empresas. Podem ser responsabilizados com base nisto. Mas, quando existem diferenças salariais entre empresas ou instituições nas quais as entidades patronais são, cada uma na sua própria empresa ou instituição, responsáveis pelas condições de trabalho, estas entidades patronais não podem, em caso algum, ser individualmente responsabilizadas pelas diferenças nas condições de trabalho que existem entre estas empresas.

53. A jurisprudência está, além disso, de acordo com esta análise, uma vez que o artigo 141.° CE é válido para todas as formas de discriminação susceptíveis de ser detectadas pelo juiz com base numa análise puramente jurídica.

54. Portanto, o efeito directo do artigo 141.° CE estende-se aos trabalhadores ao serviço da mesma pessoa jurídica, do mesmo grupo de pessoas jurídicas, ou de pessoas colectivas públicas submetidas a uma tutela comum, bem como aos casos em que a classificação profissional e a remuneração são determinadas com base

numa convenção colectiva vinculativa. Em todos os casos, cabe procurar a presença de uma fonte comum.

55. As diferenças nas condições de remuneração entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos que constituem o objecto do processo principal não podem, todavia, reportar-se a uma fonte comum, que possa ser considerada responsável. O simples facto de as condições de trabalho das actividades comparáveis serem diferentes no Council relativamente às que existem nas novas entidades patronais das demandantes é insuficiente para se concluir que as entidades patronais actuais são culpadas de uma discriminação directa proibida pelo artigo 141.° CE. A jurisprudência constante desenvolvida pelo Tribunal de Justiça no que respeita ao critério do «mesmo estabelecimento ou serviço» não permite qualquer outra conclusão.

56. Este resultado parece-me, além disso, justificado. Efectivamente, um dos elementos do artigo 141.° CE é que a entidade patronal tem o «direito de se defender». Deve ter a possibilidade de demonstrar que a diferença de remuneração é justificada por factores objectivos estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. É impossível à entidade patronal que é objecto de um recurso baseado na desigualdade de tratamento determinar sobre que bases uma outra entidade patronal remunera as actividades «equivalentes», a não ser que o faça ela própria. Supondo que o pudesse fazer, não estaria, no entanto, em condições, tendo em conta a sua posição económica, de se colocar ao nível do seu concorrente. Além disso, em que outra empresa seria necessário encontrar as actividades «equivalentes»?

57. Nas suas observações escritas e orais, as demandantes no processo principal sublinham que subsistem no Reino Unido diferenças sensíveis de remuneração entre os ramos de actividade que empregam sobretudo mulheres e os outros. Não vislumbro qualquer razão que permita pôr em causa a exactidão destes dados. Subscrevo inteiramente a opinião das demandantes de que esta situação pode parecer contrária à finalidade do artigo 141.° CE. Contudo, a tentativa de estas invocarem o efeito directo deste artigo contra estas diferenças nas relações salariais não procede. A análise requerida para remediar estas anomalias estruturais ultrapassa em muito o domínio da análise puramente jurídica e exige a intervenção das partes nas convenções colectivas ou, pelo menos, do legislador nacional. Observe-se ainda que o artigo 141.° CE oferece ao legislador comunitário uma base jurídica para impor aos legisladores nacionais que tomem medidas neste sentido.

58. Os limites acima expostos colocados pelo Tribunal de Justiça ao efeito directo do artigo 141.° CE conduzem-me à conclusão de que o recurso individual a este artigo não pode permitir resolver as dife-

renças de remuneração ocasionais e estruturais, cuja responsabilidade incumbe a várias fontes diferentes.

59. As circunstâncias especiais que estão na base das presentes questões prejudiciais não permitem especificar ou diferenciar a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria. Quando a reorganização de um serviço público conduz a que certas actividades sejam tidas em conta pelos operadores comerciais, esta circunstância pode, pela sua própria natureza, ter consequências nas condições de trabalho dos trabalhadores em causa. Estes podem, certamente, ser protegidos de certas consequências sociais de tal transferência, designadamente por força da Directiva 77/187, mas não é esse o propósito do artigo 141.° CE. Não está, além disso, adaptado para este fim: efectivamente, pode conceber-se que os trabalhadores do sexo feminino percam a protecção hipotética que pretendem dele retirar, no caso das actividades transferidas terem um carácter «misto»?

60. Impõe-se rejeitar também a alegação de que as demandantes desempenhariam, num novo contexto, exactamente as mesmas tarefas que antes desempenhavam e que o Council seria sempre, e na mesma medida, responsável pelo fornecimento das refeições e pela limpeza dos estabelecimentos escolares. Esta responsabilidade pública não tem, efectivamente, nada a ver com a questão de saber quem fornece os serviços no local e quem é responsável pelos trabalhadores que produzem estes serviços. Não implica qualquer responsabilidade pelas condições de trabalho nas empresas que prestam os serviços adquiridos pelo Council.

61. Por fim, o argumento de que os serviços garantidos pelo próprio Council e os que lhe são fornecidos têm a mesma fonte de financiamento parece-me indefensável. As Administrações públicas costumam adquirir bens e serviços em grande escala. Não se pode exigir do Council que, no momento de abrir um concurso público para a adjudicação de certos serviços, imponha aos prestadores que as condições de trabalho das mulheres ao serviço destes últimos sejam as mesmas, para trabalho equivalente, que as dos homens que ele próprio emprega. *A fortiori*, este argumento não pode permitir exigir das entidades patronais actuais que coloquem as condições de trabalho das mulheres que recrutaram ao nível das dos homens que desenvolvem um trabalho equivalente ao serviço do Council.

62. Tendo em conta estas considerações, o artigo 141.° CE não pode ter efeito directo no caso em apreço. Consequentemente, não cabe responder à segunda questão.

VI — Conclusão

63. Por estes motivos, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão do Court of Appeal (England and Wales) da seguinte forma:

«Em circunstâncias como as do processo principal, o artigo 141.° CE não produz qualquer efeito directo que as demandantes possam invocar em apoio da sua reivindicação destinada a obter das suas entidades patronais actuais a mesma remuneração que os trabalhadores do sexo masculino ao serviço da sua anterior entidade patronal, que executam o mesmo trabalho ou um trabalho equivalente.»