CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MICHAEL B. ELMER

présentées le 30 septembre 1997 *

1. Une disposition insérée dans le régime pécuniaire arrêté par un employeur, suivant laquelle les employés perçoivent une rémunération sous forme d'avantages accordés dans les transports, au bénéfice d'un cohabitant du sexe opposé à celui de l'agent, alors que ces avantages sont refusés au bénéfice d'un cohabitant du même sexe que l'agent, implique-t-elle une discrimination fondée sur le sexe, contraire à l'article 119 du traité CE?

Les faits de l'affaire au principal et les questions posées

2. M^lle^ Lisa Grant a été engagée le 4 juin 1993 en qualité d'agent auprès du British Railways Board. Le 31 mars 1995, son rapport d'emploi a été transféré à South-West Trains Ltd, filiale détenue à 100 % par BR et qui a été privatisée le 4 février 1996. Le contrat de travail contient en son point 18 une disposition avec l'en-tête « avantages accordés dans les transports » et qui est libellée comme suit:

« Vous bénéficierez de la gratuité des transports ou des réductions applicables aux agents de votre catégorie. Votre conjoint et les personnes à votre charge bénéficieront également des réductions. Ces avantages accordés dans les transports sont accordés à la discrétion de [l'employeur] et seront retirés en cas d'abus. »

3. Les avantages accordés en la matière ont été précisés dans les Staff Travel Facilities Privilege Ticket Regulations (ci-après les « Ticket Regulations ») édictés par le British Railways Board et repris par South-West Trains après la privatisation. Le point 8 des Ticket Regulations, intitulé « spouses », dispose, entre autres, comme suit:

« Les avantages accordés dans les transports sont octroyés au bénéfice d'un common law opposite sex spouse aux agents ... sur présentation d'une déclaration solennelle qu'une relation a existé depuis deux ans ou plus ... ».

4. Selon les points 10 et 11 des Ticket Regulations, le travailleur a également droit à des avantages accordés dans les transports au bénéfice des enfants non mariés vivant sous le même toit que l'agent. Il ressort en outre du point 12 que « les tickets à tarif préférentiel peuvent être établis ... pour une aide-familiale bona fide résidant en permanence

* Langue originale: le danois.

avec le demandeur et entièrement à la charge de ce dernier... », pour autant que le travailleur vit seul ou ensemble avec son conjoint invalide. La notion de parenté englobe selon cette disposition une mère, un père, un frère, une soeur, une fille ou un fils.

5. M. Potter, qui occupait précédemment l'emploi de M^lle^ Grant, avait en son temps remis une déclaration suivant laquelle il vivait avec sa cohabitante depuis plus de deux ans et c'était pour cette raison qu'il s'était vu accorder des avantages dans les transports au bénéfice de sa cohabitante.

6. Le 9 janvier 1995, M^lle^ Grant a sollicité, de manière analogue, des avantages en matière de transports au bénéfice de sa cohabitante M^lle^ Jillian Percey, en souscrivant parallèlement une déclaration de vie commune avec « la personne décrite comme ma 'common law spouse' dans sa demande en vue de l'octroi d'avantages dans les transports, dans le cadre d'une 'common law relationship' et que tel a été le cas pour une période continue de deux ans ou plus... ». La demande de M^lle^ Grant a été rejetée au motif que les avantages accordés dans les transports visés au point 8 des Ticket Regulations n'étaient pas octroyés au bénéfice de cohabitants de même sexe.

7. M^lle^ Grant a par la suite formé un recours contre South-West Trains devant l'Industrial Tribunal, Southampton, Royaume-Uni, en faisant valoir que l'article 119 du traité s'oppose au refus de lui accorder des avantages dans les transports, en tant que partie de sa rémunération, au bénéfice de sa cohabitante, alors qu'un agent de sexe masculin perçoit dans des circonstances analogues des avantages dans les transports, au bénéfice de sa cohabitante.

8. L'Industrial Tribunal a, par ordonnance inscrite au registre de la Cour le 22 juillet 1996, sursis à statuer et déféré à la Cour les questions suivantes:

« 1) Est-il (sous réserve du point 6 ci-après) contraire au principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, établi par l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne et par l'article 1^er^ de la directive 75/117 du Conseil, de refuser à un employé des réductions sur le prix des transports au bénéfice d'un partenaire du même sexe qui cohabite sans être marié alors que des réductions de cet ordre sont accordées au bénéfice des conjoints des employés de la même catégorie ou de leurs partenaires de sexe opposé qui cohabitent sans être mariés?

2) La 'discrimination fondée sur le sexe' visée à l'article 119 englobe-t-elle la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de l'employé?

3) La 'discrimination fondée sur le sexe' visée à l'article 119 englobe-t-elle la discrimination fondée sur le sexe du partenaire de cet employé?

4) Si la première question appelle une réponse affirmative, l'employé qui se voit refuser des réductions de cet ordre est-il nanti d'un droit communautaire qu'il peut directement invoquer contre son employeur?

5) Un refus de cet ordre heurte-t-il les dispositions de la directive 76/207 du Conseil?

6) Un employeur est-il admis à justifier un refus de cet ordre en démontrant a) que les réductions en question visent à avantager les partenaires mariés ou les partenaires qui sont dans une situation équivalente aux partenaires mariés et b) que la société n'a traditionnellement pas assimilé au mariage les relations entre des partenaires du même sexe qui cohabitent et ne les y assimile en général pas, plutôt qu'en invoquant une raison économique ou d'organisation en rapport avec l'emploi en question? »

Quelles sont les règles pertinentes?

9. Dans l'arrêt Garland [1], la Cour a constaté que des avantages en matière de transports en faveur des employés d'une société et de leurs ayants droit constituent une rémunération relevant de l'article 119 du traité.

10. 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], qui précise sur certains points le contenu de l'article 119 du traité [3], n'a pas de portée autonome lorsqu'il s'agit d'une rémunération relevant du champ d'application de l'article 119. La directive 75/117 n'est donc pas pertinente en l'espèce [4].

11. La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail [5], ne comprend pas au contraire les rémunérations et n'est, dès lors, pas pertinente aux fins de la présente affaire.

12. Les questions déférées appellent donc uniquement une réponse sur la base de l'article 119 du traité. Étant donné que les

1 — Arrêt du 9 février 1982 (12/81, Rec. p. 359).

2 — JO L 45, p. 19.

3 — Voir arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (II), (43/75, Rec. p. 455, point 54).

4 — Voir arrêt Garland, précité à la note 1, point 12.

5 — JO L 39, p. 40.

directives précitées complètent et précisent le principe fondamental d'égalité de traitement visé à l'article 119 du traité, la jurisprudence de la Cour afférente à ces directives revêt néanmoins une importance essentielle aux fins de la présente affaire.

Observations générales concernant la discrimination fondée sur le sexe

13. Dans son arrêt du 30 avril 1996 dans l'affaire C-13/94, P./S. [6] (ci-après l'affaire « P. contre S. »), la Cour a eu l'occasion de rendre un arrêt de principe sur la portée des règles communautaires relatives à l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. L'affaire concernait un travailleur licencié pour avoir informé son employeur qu'il avait l'intention de subir une conversion sexuelle. La Cour a constaté que le licenciement constituait une discrimination fondée sur le sexe, qui était contraire à la directive 76/207. Au point 21 des motifs, la Cour a accordé une importance décisive au fait que la discrimination « [était] fondée essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé ». La Cour n'a pas estimé pertinent le fait qu'il y avait en outre discrimination en raison de la transsexualité de P.

6 — Rec. p. I-2143.

14. Nous soulignerons en particulier les points 19 à 22 de l'arrêt, dans lesquels la Cour a déclaré ce qui suit:

« En outre, ainsi que la Cour l'a déjà itérativement constaté, le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, dont la Cour est tenue d'assurer le respect (voir, en ce sens, arrêts du 15 juin 1978, Defrenne, 149/77, Rec. p. 1365, points 26 et 27, et du 20 mars 1984, Razzouk et Beydoun/Commission, 75/82 et 117/82, Rec. p. 1509, point 16) [point 19].

Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée [point 20].

En effet, de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé. Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avec cette opération [point 21].

Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger [point 22]. »

15. Par cet arrêt, la Cour s'est, selon nous, écartée de manière décisive d'une interprétation du principe d'égalité de traitement fondée sur une comparaison traditionnelle entre respectivement un employé masculin et un employé féminin. C'est ainsi que la Cour n'a pas estimé décisif le fait qu'il n'y avait pas de raison de croire qu'une femme qui souhaitait changer de sexe serait traitée plus favorablement qu'un homme qui souhaiterait changer de sexe. Nous renvoyons en particulier au point 20 de l'arrêt, dans lequel la Cour a refusé de limiter le principe d'égalité de traitement aux seuls cas de discrimination découlant de l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe. Le point décisif résidait dans le fait que le licenciement était fondé exclusivement ou essentiellement sur le sexe. A notre sens, la Cour a, ce faisant, interprété le principe communautaire d'égalité de traitement d'une manière qui rend le principe apte à régler les cas de discrimination fondés sur le sexe qui se posent dans les conditions de la société actuelle.

16. L'arrêt de la Cour dans l'affaire P. contre S. avait certes formellement trait à la directive 76/207, mais l'arrêt revêt, en raison de son caractère général, la même importance au regard de l'article 119 du traité, qui énonce le principe fondamental d'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. Pour conférer un effet utile au principe, il est donc, de la même manière que dans l'affaire P. contre S., logique d'interpréter l'article 119 en ce sens que cette disposition s'oppose à toute discrimination des salariés fondée exclusivement ou essentiellement sur le sexe. Pour avoir un effet utile, on doit en outre supposer que cette disposition interdit la discrimination des salariés non seulement lorsqu'elle se fonde sur le propre sexe du travailleur, mais également lorsqu'elle se fonde sur celui de ses enfants, de ses parents ou autres membres de sa famille. On doit donc, par exemple, également supposer que cette disposition s'oppose à ce qu'un employeur refuse à un travailleur une allocation de foyer au profit de garçons de moins de 18 ans habitant à la maison lorsqu'une telle allocation, dans des circonstances au reste analogues, est octroyée au profit de filles habitant à la maison. Une telle compréhension, qui accorde de manière générale de l'importance au critère du sexe en tant que facteur de discrimination, semble également concorder avec la formulation de l'article 119 qui parle certes, en son premier alinéa, du principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail mais qui, en son troisième alinéa, approfondit ce principe en évoquant en termes plus généraux « l'égalité de rémunération sans discrimination fondée sur le sexe ». L'article 119 du traité doit donc être interprété en ce sens qu'il s'étend à tous les cas où le sexe constitue objectivement le facteur qui détermine une rémunération moins élevée pour le travailleur.

17. Il est important de confirmer que, dans le cadre de l'examen visant à rechercher s'il existe une discrimination fondée sur le sexe, une appréciation purement objective s'impose. Le point décisif est de savoir si une discrimination est objectivement fondée — en droit ou en fait — sur le sexe, et non de rechercher les mobiles subjectifs qui animent

l'auteur de la discrimination. La délimitation du champ d'application de l'article 119 doit être libérée de toutes représentations morales, qui peuvent varier d'État à État et se modifier au cours des temps. Seule une appréciation purement objective assure la clarté et la prévisibilité, qui revêtent une importance décisive du point de vue de la sécurité juridique. Dans l'affaire P. contre S., les représentations morales susceptibles de se rattacher à la transsexualité n'ont d'ailleurs joué aucun rôle dans la solution retenue par la Cour. La Cour a confirmé à cet égard que le traité ne saurait être interprété sur la base de représentations morales dans un État membre: voir sur ce point également l'arrêt du 4 octobre 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland [7].

18. En conclusion, nous sommes d'avis que l'article 119 s'applique à tous les cas dans lesquels, sur la base d'une appréciation objective, en droit ou en fait, une discrimination est exclusivement ou essentiellement fondée sur le sexe.

Existe-t-il en l'espèce une discrimination fondée sur le sexe?

19. South-West Trains, le gouvernement français et le Royaume-Uni font valoir qu'il s'agit en l'espèce d'une discrimination fondée non sur le sexe, mais sur l'orientation sexuelle.

20. L'examen de la question de savoir s'il y a, en droit ou en fait, une discrimination fondée sur le sexe doit prendre son point de départ dans une analyse précise du contenu de la disposition visée au point 8 des Ticket Regulations. Selon cette disposition, un employé a droit à des avantages accordés dans les transports au bénéfice d'un cohabitant du sexe opposé à celui du salarié, mais non en revanche au profit d'un cohabitant du même sexe que l'agent. On doit donc examiner si cette différence de traitement entre les deux groupes considérés s'opère, du point de vue objectif, exclusivement ou pour l'essentiel sur la base du sexe.

21. De façon plus générale, il importe de souligner que les avantages accordés dans les transports prévus par les Ticket Regulations constituent en réalité des prestations de foyer. Selon les points 10 à 12 de ce règlement, l'agent a ainsi droit à des avantages accordés dans les transports pour ses enfants et parents proches, lorsqu'ils sont entretenus par le travailleur; l'orientation sexuelle de l'agent ou des personnes ayant un lien de parenté avec lui n'est, selon ces dispositions, pas pertinente. Si, par exemple, M[lle] Grant avait été en charge d'un enfant, ou d'une mère ou d'un père, elle aurait perçu, quelle que pût être son orientation sexuelle, des avantages accordés dans les transports au bénéfice de ceux-ci.

7 — C-159/90, Rec. p. I-4685.

22. Au cas où l'agent a en outre droit, selon le point 8 des Ticket Regulations, à des avantages accordés aux cohabitants, il en va de même, selon le libellé de cette disposition, que pour les prestations visées aux points 10 à 12. Il s'agit en réalité de prestations de foyer. De la même manière que les points 10 à 12, le point 8 ne fait aucune mention de l'orientation sexuelle de l'agent ou de l'orientation sexuelle des cohabitants, de sorte que, eu égard au contenu objectif de cette disposition, la question de l'orientation sexuelle n'est pas pertinente au regard du droit à la prestation. South-West Trains ne vérifie pas non plus l'orientation sexuelle de l'employé(e), que ce soit en exigeant de lui ou d'elle des informations à cet égard dans la déclaration à remettre par l'employé(e) ou en procédant à une inspection au domicile commun.

23. Le point 8 des Ticket Regulations subordonne en revanche expressément le droit à la prestation à la condition que la personne qui cohabite soit de sexe opposé à celui de l'agent. La discrimination est opérée, selon le contenu objectif de la disposition, uniquement sur la base du sexe. Le sexe est purement et simplement l'unique critère décisif de la disposition. Si la règle avait été neutre en fonction du sexe, de sorte que la prestation serait octroyée sans discrimination à l'ensemble des agents ayant remis une déclaration suivant laquelle ils avaient vécu ensemble durant les deux dernières années, M[lle] Grant aurait perçu la rémunération en cause, qui s'élève selon les données fournies par M[lle] Grant et qui n'ont pas été contestées durant l'instance, actuellement à 1 000 UKL (correspondant à 1 500 écus). Le sexe est ainsi du point de vue objectif le facteur entraînant une discrimination salariale d'un groupe d'employés déterminé.

24. La disposition figurant au point 8 des Ticket Regulations fait ainsi dépendre l'octroi de la rémunération considérée du sexe de l'agent, étant donné que l'agent doit être du sexe opposé à celui de la personne avec laquelle l'agent cohabite. En même temps, cette disposition implique que la personne qui cohabite avec l'agent soit du sexe opposé à celui-ci. Le point de savoir si la condition afférente à la prestation est remplie dépendra donc tant du sexe de l'agent que de celui de la personne avec laquelle il ou elle cohabite. Les avantages accordés dans les transports au profit d'un cohabitant ne sont obtenus que si l'agent est une femme. Les avantages accordés dans les transports au profit d'une cohabitante ne sont obtenus que si l'agent est un homme.

25. Le fait que le point 8 des Ticket Regulations ne mentionne pas un sexe déterminé en tant que critère de la discrimination, mais pose un critère plus abstrait (« sexe opposé »), est selon nous indifférent, étant donné que le point décisif, ainsi qu'il a été constaté dans l'affaire P. contre S., est de savoir si la discrimination est opérée, exclusivement ou essentiellement, sur la base du sexe, et qu'il ne saurait à l'opposé être décisif que la discrimination soit opérée, en droit ou en fait, sur la base d'un sexe déterminé.

26. Pour ces raisons, nous sommes d'avis qu'une disposition insérée dans le régime pécuniaire arrêté par un employeur, suivant laquelle les agents perçoivent une rémunération sous forme d'avantages accordés dans les transports, au bénéfice d'un cohabitant du sexe opposé à celui de l'agent, alors que ces avantages sont refusés à un cohabitant du

même sexe que l'agent, implique une discrimination fondée sur le sexe, relevant de l'article 119 du traité.

L'affaire concerne-t-elle une question du droit de la famille, ne relevant pas du traité?

27. Il y a lieu cependant d'examiner si cette discrimination est une conséquence de la législation du droit de la famille en vigueur dans l'État membre considéré. La Commission a ainsi soutenu que le cas d'espèce porte sur la détermination de la notion de « common law spouses », et par là même d'une question du droit de la famille, qui n'est pas réglée par le traité.

28. Si le point 8 des Ticket Regulations avait rattaché le critère déterminant à la question de savoir si l'agent et son cohabitant ont conclu un mariage, il se serait agi, selon nous, d'une limitation des avantages accordés dans les transports non contraire au droit communautaire puisque cette restriction serait opérée à travers un renvoi à une notion du droit de la famille, dont le contenu est fixé par les États membres.

29. Cela présuppose toutefois que les travailleurs masculins et féminins ainsi que leurs conjoints soient traités de la même manière. Si un employeur, à partir d'une conception morale qui lui est propre, souhaitait par exemple contrecarrer la tendance à la dissolution du rôle des sexes traditionnel en octroyant aux employés dont l'épouse est au foyer une prestation spécifique, et en refusant par contre aux employées dont le mari est au foyer une prestation équivalente, un tel régime serait contraire à l'article 119 du traité, étant donné qu'il impliquerait une discrimination sur la base tant du sexe des employés que des conjoints et ne renverrait pas uniquement à un certain statut au sein du droit de la famille.

30. Le point 8 des Ticket Regulations ne renvoie cependant pas à un concept conférant un statut du droit de la famille en droit anglais, mais au contraire à l'expression « common law spouse ». Cette expression ne correspond pas, en Angleterre, à une notion juridique de Statute law ou de common law. Le droit anglais n'a instauré l'égalité entre époux et cohabitants que dans des domaines limités, par exemple la législation sur les loyers, et dans ce cadre on utilise des formulations plus précises telles que « a man and a woman who lived with each other as husband and wife » (un homme et une femme vivant ensemble en tant que mari et femme). De telles dispositions paraissent présupposer en général que les intéressés aient un budget commun, partagent une vie sociale et aient des relations sexuelles, bien que l'absence de ces dernières ne soit pas décisive [8].

8 — Voir, pour plus de précisions, Bromley P. M., et Lowe N. V., *Family law*, 8e éd., p. 5 et suiv.

31. L'expression « common law spouse » et autres expressions du même genre ne sont ainsi pas utilisées dans la législation anglaise du droit de la famille. C'est ainsi que, dans une affaire qui avait trait à un domaine du droit social [9], des membres de la House of Lords ont ouvertement pris leurs distances par rapport à l'usage de cette expression dans un sens juridique, en déclarant, entre autres, que l'affaire en cause concernait « une femme non mariée que l'on désigne ordinairement, bien que de façon plutôt inadéquate, sous les termes 'common law wife' ». L'expression « common law spouse » doit donc être considérée comme n'étant qu'une expression utilisée dans le langage de tous les jours, sans contenu précis et susceptible de modifications en fonction de l'évolution de l'opinion générale, de sorte qu'il n'y a en principe rien qui s'oppose à ce que l'expression « common law spouse » puisse comprendre des cohabitants de même sexe [10].

32. Le fait que deux personnes de même sexe puissent, au Royaume-Uni, être des « common law spouses » résulte d'ailleurs, a contrario, précisément du point 8 des Ticket Regulations arrêtées par South-West Trains. Si seules des personnes de sexe différent pouvaient être, par essence, des « common law spouses », il n'y aurait aucune raison dans ces dispositions de parler de « common law *opposite sex* spouse » (conjoint de common law, de sexe opposé).

33. Or, c'est précisément la compagnie South-West Trains elle-même qui a introduit dans l'expression cette limitation génératrice d'une discrimination sur la base du sexe.

34. La discrimination fondée sur le sexe ne résulte donc pas en l'espèce de la législation sur le droit de la famille en vigueur dans l'État membre considéré, et qui serait pour cette raison exceptée de la réglementation communautaire.

La discrimination fondée sur le sexe peut-elle être justifiée par référence à une conception morale de l'employeur?

35. Le fait que la compagnie ait limité le droit pour ses agents de bénéficier d'avantages accordés dans les transports pour les cohabitants, à des personnes du sexe opposé, correspond — selon les éléments du dossier — au désir de South-West Trains de ne favoriser que les personnes mariées ou vivant une vie commune de couple hétérosexuel, au contraire de personnes vivant la vie commune d'un couple homosexuel, étant donné que la cohabitation de personnes du même sexe au Royaume-Uni n'est traditionnellement pas assimilée à celle d'un couple

9 — Davis/Johnson [1979] AC 264, [1978] 1 All ER 1132, HL.

10 — Dans le droit anglais des contrats, on utilise au reste l'expression « agency of cohabitation » pour exprimer qu'une vie commune est susceptible, en fonction des circonstances, de fonder un droit dans le chef d'une personne de conclure certains actes juridiques qui engagent la personne avec laquelle elle cohabite, voir Cheshire, Fifoot & Furmston: *Law of Contract*, 13e éd., p. 491 et suiv. Une telle légitimation repose sur l'idée que se fait le monde extérieur quant à la stabilité et à la nature de la vie commune, et il ne semble donc pas qu'il y ait d'obstacle de principe pour que des cohabitants de même sexe puissent également satisfaire aux conditions d'« agency of cohabitation ».

hétérosexuel. Il convient donc, ainsi que l'envisage le tribunal de renvoi à travers sa sixième question, de prendre position sur le point de savoir si une discrimination fondée sur le sexe peut être justifiée par référence à des représentations morales.

36. M[lle] Grant fait valoir qu'une discrimination relevant de l'article 119 du traité ne peut être justifiée que si elle est fondée sur des motifs économiques ou commerciaux essentiels ou si elle est prescrite par la loi. En revanche, un employeur ne saurait justifier une discrimination fondée sur le sexe, interdite par le traité, sous couvert de conceptions d'ordre moral manifestées à titre privé par l'employeur, même si cela devait correspondre à la représentation morale dominante dans l'État membre considéré.

37. Nous nous proposons de prendre position sur cette question en renvoyant à titre liminaire au fait que, s'agissant d'apprécier si une discrimination fondée sur le sexe peut éventuellement être justifiée, la Cour a traditionnellement distingué entre discrimination directe et indirecte [11], selon qu'elle résulte directement des critères juridiques à appliquer (discrimination directe) ou qu'elle s'avère, sans résulter directement des critères juridiques utilisés, être en fait au détriment de l'un des sexes (discrimination indirecte). Ce n'est que lorsque la discrimination est indirecte que la Cour semble admettre la possibilité d'une justification eu égard à des circonstances objectives [12].

38. En l'espèce, la discrimination fondée sur le sexe découle directement du critère juridique énoncé dans la disposition contenue au point 8 des Ticket Regulations et, selon la jurisprudence de la Cour, une telle discrimination directe ne peut pas être justifiée sous couvert de circonstances objectives.

39. Même si l'on devait admettre qu'il s'agit d'une discrimination indirecte, susceptible d'être justifiée eu égard à des circonstances objectives, nous voyons difficilement comment une discrimination telle qu'en l'espèce pourrait être justifiée eu égard à des circonstances objectives. Les dépenses du foyer de l'agent consacrées aux voyages en train doivent — toutes choses égales par ailleurs — être les mêmes, que le foyer se compose de deux cohabitants de sexe opposé ou de deux cohabitants de même sexe. Pour tout motif, South-West Trains renvoie en réalité simplement à un élément purement subjectif, à savoir qu'elle entend traiter différemment les homosexuels par rapport aux hétérosexuels. Il s'agit ainsi, à notre sens, d'une motivation purement subjective et non de circonstances objectives, comme des calculs actuariels portant sur la valeur des cotisations versées à certaines formes de

11 — Voir arrêts du 8 novembre 1990, Dekker (C-177/88, Rec. p. I-3941, point 13); du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297, point 15), et du 27 octobre 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535, point 14).

12 — Voir point 13 de l'arrêt Dekker, précité à la note 11, combiné au point 10 de l'arrêt Enderby, également précité à la note 11.

régimes de pension, comparée à l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes [13].

40. La motivation de South-West Trains ne traduit en réalité rien d'autre que le désir de cet employeur, à partir de sa propre représentation particulière de l'ordre moral, d'écarter un principe communautaire fondamental vis-à-vis de certaines personnes qui vivent leur vie d'une manière qui ne plaît pas à cet employeur.

41. Le point de savoir si la représentation particulière que cet employeur se fait de l'ordre moral correspond à celle qui est dominante au Royaume-Uni ne revêt aucune importance dans ce contexte. Selon le traité, la Cour est tenue d'assurer le respect du droit alors qu'elle n'a pas en revanche pour mission d'être la gardienne des représentations morales, que ce soit dans les différents États membres ou dans la Communauté, et qu'elle n'a d'ailleurs ni de possibilité pratique ni de mandat politique à cet effet. S'il fallait faire un choix, au sein de la Communauté, entre différentes conceptions morales, il incomberait sans doute aux institutions politiques de la Communauté, et donc à ceux qui élaborent les traités, ou éventuellement au législateur communautaire, d'opérer de pareils choix.

42. On ne trouve au reste rien, ni dans le traité sur l'Union européenne ni dans le traité instituant la Communauté européenne, qui suggère que les droits et obligations découlant du traité CE, y compris le droit de ne pas être l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, ne devraient pas s'appliquer aux homosexuels, aux handicapés, aux personnes d'une origine ethnique donnée ou aux personnes ayant une conception religieuse donnée. L'égalité devant la loi est un principe fondamental de toute société régie par le droit et donc aussi dans la Communauté. Les droits et obligations découlant du droit communautaire s'appliquent à tous sans discrimination et aux quelque 35 millions d'habitants de la Communauté — suivant la méthode de détermination retenue — qui sont homosexuels [14].

43. En conclusion, cette partie des questions qui ont été déférées appelle selon nous une réponse en ce sens que la discrimination précitée fondée sur le sexe ne peut pas être justifiée sous couvert de ce que l'employeur souhaite avantager des couples hétérosexuels par rapport aux couples homosexuels.

Applicabilité directe

44. A travers la quatrième question, le tribunal de renvoi souhaite savoir si l'article 119 du traité est directement applicable et donc s'il est susceptible, dans une affaire telle qu'en l'espèce, d'être directement invoqué devant les juridictions nationales.

13 — Voir arrêts du 28 septembre 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Rec. p. I-4389, points 76 et suiv.), et du 22 décembre 1993, Neath (C-152/91, Rec. p. I-6935, points 28 à 33).

14 — Voir à cet égard le point 22 de l'arrêt P. contre S., précité au point 14.

45. Déjà dans l'arrêt Defrenne [15], la Cour a constaté que l'article 119 est directement applicable dans le cas de discriminations directes, c'est-à-dire de discriminations pouvant déjà être constatées à l'aide des critères énoncés dans cette disposition. La Cour cite à cet égard comme exemple les discriminations qui ont leur source dans des dispositions de nature législative ou dans des conventions collectives du travail, ainsi que dans une rémunération inégale de travailleurs masculins et de travailleurs féminins pour un même travail, accompli dans un même établissement ou service, privé ou public, de telles discriminations étant décelables sur la base d'analyses purement juridiques.

46. En l'espèce, la discrimination des agents cohabitant avec une personne du même sexe, par rapport aux agents cohabitant avec une personne du sexe opposé, se rapporte à une seule et même entreprise et à un seul et même ensemble de règles, à savoir South-West Trains et le point 8 des Ticket Regulations. On doit donc tenir pour satisfaite la condition à laquelle est subordonné l'effet direct de l'article 119.

47. Partant, la juridiction nationale est tenue de veiller à ce que la catégorie d'agents la plus défavorisée bénéficie des mêmes conditions que la catégorie d'agents privilégiée [16], et par là même de veiller à ce que les agents de South-West Trains cohabitant avec une personne du même sexe soient traités sur un pied d'égalité avec les agents cohabitant avec une personne du sexe opposé, et qui perçoivent des avantages accordés dans les transports en faveur de celle-ci.

48. Cette question appelle donc selon nous une réponse dans le sens que l'article 119 du traité est directement applicable et qu'il incombe aux juridictions nationales de veiller à ce que la catégorie d'agents la plus défavorisée soit traitée dans les mêmes conditions que la catégorie d'agents privilégiée.

Effet ratione temporis

49. Le Royaume-Uni a, dans ses observations, demandé à la Cour de limiter les effets dans le temps de l'arrêt, pour autant que celle-ci répondrait par l'affirmative aux questions posées. Le Royaume-Uni n'a pas réitéré cette demande au cours de l'audience et n'a pas non plus fourni d'indications destinées à établir qu'il y aurait un besoin en l'espèce de limiter les effets de l'arrêt dans le temps. A notre sens, un arrêt qui suivrait nos conclusions se situerait dans le cadre de la jurisprudence antérieure de la Cour et serait en même temps fondé sur des considérations concrètes. Il n'y a pas lieu dès lors de fixer une limitation dans le temps des effets de l'arrêt.

15 — Arrêt précité à la note 3, points 18 et 22.

16 — Voir les arrêts Coloroll Pension Trustees (précité à la note 13, point 32); du 1er juillet 1993, Van Cant (C-154/92, Rec. p. I-3811, point 22), et du 24 mars 1987, McDermott et Cotter (286/85, Rec. p. 1453, point 19).

Conclusions

50. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions déférées par l'Industrial Tribunal, Southampton, comme suit:

« 1) Une disposition insérée dans le régime pécuniaire arrêté par un employeur suivant laquelle les agents perçoivent une rémunération sous forme d'avantages accordés dans les transports au bénéfice d'un cohabitant du sexe opposé à celui de l'agent, alors que ces avantages sont refusés au bénéfice d'un cohabitant du même sexe que l'agent, implique une discrimination fondée sur le sexe, qui est contraire à l'article 119 du traité.

2) Une telle discrimination fondée sur le sexe ne peut pas être justifiée au motif que l'employeur souhaite avantager des couples hétérosexuels par rapport à des couples homosexuels.

3) L'article 119 du traité est directement applicable et il incombe aux juridictions nationales de veiller à ce que la catégorie d'agents la plus défavorisée soit traitée dans les mêmes conditions que la catégorie d'agents la plus favorisée. »