



## Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

15 janvier 2019\*

« Renvoi préjudiciel – Politique sociale – Directive 2000/78/CE – Égalité de traitement en matière d’emploi et de travail – Article 2 – Tentative d’attentat à la pudeur commise par un fonctionnaire sur des mineurs de sexe masculin – Sanction disciplinaire adoptée au cours de l’année 1975 – Mise à la retraite de manière anticipée assortie d’une réduction du montant de la pension – Discrimination fondée sur l’orientation sexuelle – Effets de l’application de la directive 2000/78/CE sur la sanction disciplinaire – Modalités de calcul de la pension de retraite versée »

Dans l’affaire C-258/17,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche), par décision du 27 avril 2017, parvenue à la Cour le 15 mai 2017, dans la procédure

**E.B.**

contre

**Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA,**

LA COUR (grande chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président, M<sup>me</sup> R. Silva de Lapuerta, vice-présidente, M<sup>me</sup> A. Prechal, MM. M. Vilaras, E. Regan, T. von Danwitz, M<sup>me</sup> K. Jürimäe et M. C. Lycourgos, présidents de chambre, MM. E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, M. Safjan (rapporteur) et D. Šváby, juges,

avocat général : M. M. Bobek,

greffier : M. M. Aleksejev, chef d’unité,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 29 mai 2018,

considérant les observations présentées :

- pour E.B., par M<sup>e</sup> H. Graupner, Rechtsanwalt,
- pour le gouvernement autrichien, par M. G. Hesse et M<sup>me</sup> J. Schmoll, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement italien, par M<sup>me</sup> G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M. P. Gentili, avvocato dello Stato,
- pour la Commission européenne, par MM. D. Martin et B.-R. Killmann, en qualité d’agents,

\* Langue de procédure : l’allemand.

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 5 septembre 2018,

rend le présent

### Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO 2000, L 303, p. 16).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant E.B. à la Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA (caisse de maladie des fonctionnaires et agents des pouvoirs publics, Autriche) au sujet de la légalité et des effets de la décision disciplinaire infligée à E.B., au cours de l'année 1975, en raison d'une tentative d'attentat à la pudeur commise sur des mineurs de sexe masculin.

### Le cadre juridique

#### *Le droit de l'Union*

- 3 Aux termes des considérants 1 et 11 à 13 de la directive 2000/78 :
    - « (1) Conformément à l'article 6 [TUE], l'Union européenne est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs à tous les États membres et elle respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [c]onvention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[, signée à Rome le 4 novembre 1950,] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit [de l'Union].
  - [...]
  - (11) La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité [FUE], notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.
  - (12) À cet effet, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines régis par la présente directive doit être interdite dans l'[Union]. [...]
  - (13) La présente directive ne s'applique pas aux régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une rémunération au sens donné à ce terme pour l'application de l'article [157 TFUE] ni aux versements de toute nature effectués par l'État qui ont pour objectif l'accès à l'emploi ou le maintien dans l'emploi. »
- 4 L'article 1<sup>er</sup> de cette directive, intitulé « Objet », énonce :
  - « La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l[e] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement. »

- 5 L'article 2 de ladite directive, intitulé « Concept de discrimination », dispose, à ses paragraphes 1 et 2 :
- « 1. Aux fins de la présente directive, on entend par “principe de l'égalité de traitement” l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>.
2. Aux fins du paragraphe 1 :
- a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> ;
- [...] »
- 6 L'article 3 de la même directive, intitulé « Champ d'application », prévoit, à ses paragraphes 1 et 3 :
- « 1. Dans les limites des compétences conférées à l'[Union], la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne :
- [...]
- c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ;
- [...]
3. La présente directive ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale. »
- 7 Conformément à l'article 18, premier alinéa, de la directive 2000/78, les États membres devaient, en principe, avoir adopté les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard le 2 décembre 2003 ou pouvaient confier aux partenaires sociaux la mise en œuvre de cette directive pour ce qui est des dispositions relevant des accords collectifs, en s'assurant que ces derniers soient mis en œuvre pour la même date.
- 8 La directive 2000/78 est entrée en vigueur le 2 décembre 2000, en application de son article 20.

### ***Le droit autrichien***

#### *Le droit pénal*

- 9 À la date du 25 février 1974, les articles 128 et 129 du Strafgesetzbuch 1945 (code pénal de 1945), dans sa version résultant de la loi fédérale publiée au BGBl. n° 273/1971 (ci-après le « StG »), disposaient :

« Viol

§ 128. Quiconque abuse sexuellement d'un garçon ou d'une jeune fille âgés de moins de 14 ans [...] en vue d'assouvir son désir d'une autre manière que celle qui est désignée à l'article 127 se rend coupable du crime de viol et encourt une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans ; en cas de circonstances aggravantes, une peine pouvant atteindre dix ans et, lorsqu'une des conséquences prévues à l'article 126 se produit, une peine d'emprisonnement pouvant atteindre vingt ans.

Crime d'attentat à la pudeur

I. Attentat à la pudeur commis sur de jeunes gens du même sexe

§ 129. Sont également punies en tant que crimes les formes d'attentat à la pudeur suivantes :

I. Attentat à la pudeur à caractère homosexuel commis par une personne de sexe masculin âgée de 18 ans ou davantage sur une personne qui n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans ».

10 L'article 129 du StG a été remplacé par l'article 209 du Strafgesetzbuch (code pénal, ci-après le « StGB »), lequel est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1975. Ledit article 209 était rédigé comme suit :

« Tout individu de sexe masculin ayant atteint l'âge de 19 ans qui commet un acte de nature sexuelle avec une personne du même sexe âgée de plus de 14 ans et n'ayant pas encore 18 ans est passible d'une peine allant de six mois à cinq ans d'emprisonnement. »

11 Par arrêt du 21 juin 2002, le Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle, Autriche) a jugé que l'article 209 du StGB n'était pas conforme à la Constitution et a annulé cette disposition.

12 La loi fédérale publiée au BGBl. I, n° 134/2002 a, à compter du 13 août 2002, modifié le StGB et abrogé l'article 209 de celui-ci, avant que l'annulation prononcée par le Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle) ne devienne effective.

13 La République d'Autriche a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de l'application qui avait été faite de l'article 209 du StGB avant l'abrogation de celui-ci (voir, notamment, Cour EDH, 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche, CE:ECHR:2003:0109JUD003939298 ; Cour EDH, 9 janvier 2003, S.L. c. Autriche, CE:ECHR:2003:0109JUD004533099, ainsi que Cour EDH, 21 octobre 2004, Woditschka et Wilfling c. Autriche, CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

*Le droit de la fonction publique*

14 S'agissant des droits à la pension des fonctionnaires en Autriche, l'article 13, paragraphe 1, du Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (loi sur la fonction publique de 1979), dans sa version résultant de la loi fédérale publiée au BGBl. I, n° 119/2002, prévoyait que, jusqu'au 30 décembre 2016, le fonctionnaire accédait au bénéfice de la retraite à la fin de la 65<sup>e</sup> année suivant l'année de sa naissance.

15 L'article 24 du Dienstpragmatik (règlement de service), dans sa version publiée au RGBL. n° 15/1914 (ci-après le « DP »), applicable aux services de police, énonçait, à son paragraphe 1 :

« Le fonctionnaire doit veiller, dans le cadre et en dehors de son temps de service, à préserver la réputation de sa profession, à se comporter en tout temps conformément aux exigences en matière de règles de conduite et à éviter tout ce qui serait susceptible de porter atteinte à l'estime et à la confiance que requièrent ses fonctions. »

16 L'article 87 du DP disposait :

« Les fonctionnaires qui manquent à leurs obligations professionnelles et statutaires feront l'objet, sans préjudice de leur responsabilité pénale, de sanctions administratives ou disciplinaires, selon que le manquement aux obligations constitue une simple infraction aux règles administratives ou que, en considération du préjudice ou de l'atteinte portés aux intérêts des pouvoirs publics, de la nature ou de la gravité du manquement, de la récidive ou d'autres circonstances aggravantes, ce manquement est considéré comme un manquement aux obligations de service. »

17 L'article 93 du DP prévoyait, à son paragraphe 1 :

« Les sanctions disciplinaires sont :

- a) le blâme,
- b) l'exclusion de l'avancement en matière de traitements,
- c) la diminution du salaire mensuel, à l'exclusion de l'allocation de foyer,
- d) la mise à la retraite avec réduction du montant des pensions,
- e) la révocation. »

18 L'article 97 du DP était libellé comme suit :

« 1. Il peut être procédé à la mise à la retraite en tant que sanction disciplinaire soit pour une période déterminée, soit à titre permanent. La réduction du montant normalement perçu au titre des pensions (de l'indemnité) ne saurait excéder 25 %.

2. À l'expiration de la période déterminée dans la décision, le fonctionnaire doit être traité comme s'il avait été mis à la retraite temporaire, conformément à l'article 76, à la date à laquelle la décision disciplinaire est devenue définitive. »

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

19 E.B., de sexe masculin, né en 1942, est un fonctionnaire fédéral de police à la retraite.

20 Par jugement du 10 septembre 1974, le Landesgericht für Strafsachen Wien (tribunal régional en matière pénale de Vienne, Autriche) a, sur le fondement de l'article 129, point I, du StG, condamné E.B., alors fonctionnaire de police en service actif, à une peine privative de liberté avec sursis, assortie d'une période probatoire de trois ans, pour une tentative d'attentat à la pudeur à caractère homosexuel commise le 25 février 1974 sur deux mineurs.

21 E.B. a interjeté appel de ce jugement devant l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne, Autriche), lequel a rejeté son recours.

22 Par décision du 10 juin 1975 (ci-après la « décision disciplinaire du 10 juin 1975 »), la commission disciplinaire de la Bundespolizeidirektion Wien (direction de la police fédérale de Vienne, Autriche) a sanctionné E.B. pour avoir manqué à ses obligations déontologiques en ordonnant à deux mineurs de sexe masculin, âgés respectivement de 14 ans et de 15 ans, de s'engager avec lui dans des actes à caractère sexuel, motif pour lequel il a été condamné, conformément à l'article 8 et à l'article 129, point I, du StG, pour s'être rendu coupable du crime de tentative d'attentat à la pudeur à caractère homosexuel avec des jeunes gens. Selon les termes de ladite décision, « [i]l a ainsi commis une faute professionnelle [...], raison pour laquelle il est, à titre de sanction disciplinaire, mis à la retraite avec réduction du montant normal de sa pension, qui sera réduite de 25 % (vingt-cinq pour cent) [article 93, paragraphe 1, sous d), lu en combinaison avec l'article 97, paragraphe 1, du DP]. »

23 E.B. a introduit un recours contre cette décision devant la commission supérieure de discipline du Bundesministerium für Inneres (ministère fédéral de l'Intérieur, Autriche), laquelle a rejeté ce recours par une décision du 24 mars 1976 (ci-après la « décision disciplinaire confirmative du 24 mars 1976 »). En conséquence, E.B. a été mis à la retraite avec effet au 1<sup>er</sup> avril 1976. Selon les indications

- figurant dans la décision de renvoi, en l'absence de cette décision disciplinaire, E.B. aurait, conformément à la législation autrichienne, été admis au bénéfice d'une pension de retraite à la date du 1<sup>er</sup> janvier 2008.
- 24 Par décision du 17 mai 1976, le montant de la pension d'E.B. a été calculé sur la base de sa mise à la retraite avec effet au 1<sup>er</sup> avril 1976 et avec application de la réduction de 25 % ordonnée par l'autorité disciplinaire.
- 25 Le 2 juin 2008, E.B. a formé un recours devant l'autorité disciplinaire afin, notamment, que celle-ci annule la décision disciplinaire du 10 juin 1975 et suspende la procédure disciplinaire engagée contre lui.
- 26 Par décision du 17 juin 2009, la commission supérieure de discipline du Bundeskanzleramt (Chancellerie fédérale, Autriche) a rejeté ce recours.
- 27 Par arrêt du 26 janvier 2012, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche) a rejeté comme infondé le recours qu'E.B. avait introduit contre cette décision.
- 28 Par ailleurs, le 11 février 2009, E.B. a adressé à l'administration des pensions une demande en vue du calcul et du paiement d'arriérés de salaire ainsi que de l'attribution d'une pension d'un montant plus élevé. Il a fait valoir, à titre principal, que, afin de mettre fin à la discrimination existante, il devait être considéré, s'agissant de son salaire et de sa pension, comme s'il était resté en service actif jusqu'à l'âge légal de départ à la retraite. À titre subsidiaire, il a fait valoir qu'il avait droit, à tout le moins, à la totalité du montant de sa pension, sans aucune réduction.
- 29 Par décision du 9 octobre 2013, le ministère fédéral de l'Intérieur a rejeté la demande d'E.B. visant à obtenir le paiement d'arriérés de salaires. Il a considéré, en substance, qu'E.B. n'avait subi aucun préjudice dès lors que les revenus qu'il avait perçus dans le secteur privé après avoir quitté la fonction publique fédérale étaient supérieurs à ceux qu'il aurait obtenus s'il avait conservé son poste de fonctionnaire fédéral.
- 30 Par décision du 11 juin 2015, la caisse de maladie des fonctionnaires et agents des pouvoirs publics a rejeté les demandes d'E.B., qu'il avait entretemps partiellement modifiées, en vue de l'attribution d'une pension d'un montant plus élevé.
- 31 Par jugement du 25 mai 2016, le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral, Autriche) a rejeté comme non fondé le recours qu'E.B. avait introduit contre cette dernière décision.
- 32 E.B. a introduit un recours en *Revision* contre ce jugement devant le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative). Dans les motifs de la demande d'admission de son recours, il a notamment soulevé la question de savoir si les effets juridiques de la décision disciplinaire confirmative du 24 mars 1976 n'étaient pas devenus obsolètes, en raison de l'interdiction de la discrimination prévue à l'article 2 de la directive 2000/78, en ce qui concerne les droits à pension sur lesquels porte cette décision.
- 33 Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a estimé que la procédure en *Revision* engagée par E.B. était licite, dans la mesure où, dans les motifs de sa demande d'admission, celui-ci a soulevé la question de l'interprétation de l'article 2 de la directive 2000/78.
- 34 Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) part, en outre, du principe que la décision de la commission supérieure de discipline des services de la Chancellerie fédérale, du 17 juin 2009, n'a pas tranché de manière définitive, avec effet obligatoire, la question de la limitation des effets juridiques de la décision disciplinaire confirmative du 24 mars 1976.

- 35 Selon la juridiction de renvoi, il est constant que, aux dates d'adoption de la décision disciplinaire du 10 juin 1975 et de la décision disciplinaire confirmative du 24 mars 1976, aucune disposition du droit de l'Union ne s'opposait aux sanctions prononcées contre E.B. pour les motifs qui ont alors été retenus.
- 36 Elle ajoute toutefois que, après l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, une sanction disciplinaire comparable ne pourrait plus être prononcée en Autriche. En effet, il n'aurait plus été permis d'établir une distinction, même aux fins de l'application du droit disciplinaire, selon que les attentats à la pudeur commis sur la personne d'un mineur dont l'âge est compris entre 14 ans et 18 ans ont un caractère homosexuel masculin ou bien un caractère hétérosexuel ou lesbien. Or, ce serait manifestement sur une telle distinction que repose la décision disciplinaire du 10 juin 1975, dès lors qu'elle serait essentiellement fondée sur le caractère pénalement condamnable, à l'époque, des faits reprochés à E.B. en raison de leur caractère homosexuel masculin. Même s'il ne pouvait être exclu qu'une incitation comparable à pratiquer des actes à caractère hétérosexuel ou lesbien aurait été considérée comme une atteinte aux bonnes mœurs, susceptible de poursuites disciplinaires à la date des faits, la sanction disciplinaire qui aurait éventuellement été infligée au fonctionnaire reconnu coupable d'attentat à la pudeur, en l'absence des éléments constitutifs prévus à l'article 129, point I, du StG, aurait été considérablement moins sévère. Selon la juridiction de renvoi, en particulier, les faits commis par E.B. n'auraient pas pu être de nature à justifier la sanction disciplinaire consistant à la mise à la retraite.
- 37 Or, l'entrée en vigueur de la directive 2000/78 pourrait avoir modifié la situation juridique dans l'affaire au principal en ce sens que, pour les périodes postérieures à la date de cette entrée en vigueur, le montant de la pension versée à E.B. devrait être calculé sans discrimination aucune. À cet égard, la juridiction de renvoi se réfère à l'arrêt de la Cour du 29 avril 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212).
- 38 Dans ces conditions, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :
- « 1) L'article 2 de la directive [2000/78] s'oppose-t-il au maintien des effets juridiques d'une décision administrative définitive en matière de droit disciplinaire des fonctionnaires (décision disciplinaire) ordonnant le départ à la retraite d'un fonctionnaire assorti d'une réduction du montant de sa pension lorsque, à la date de son adoption, des dispositions du droit de l'Union, en particulier la directive 2000/78, n'étaient pas encore applicables à cette décision administrative, mais qu'une décision (imaginaire) comparable enfreindrait cette directive si elle avait été adoptée après l'entrée en vigueur de celle-ci ?
- 2) En cas de réponse affirmative, le droit de l'Union exige-t-il, pour rétablir une situation exempte de toute discrimination,
- a) que, aux fins du calcul de ses droits à pension, le fonctionnaire soit réputé s'être trouvé, entre l'entrée en vigueur de la décision administrative et la survenance de son âge légal de départ à la retraite, non pas en situation de retraite, mais en situation de service actif ou bien
- b) est-il suffisant à cet effet de reconnaître qu'il a droit à une pension complète au taux applicable en raison de sa mise à la retraite à la date indiquée dans la décision administrative ?
- 3) La réponse à donner à la deuxième question dépend-elle du point de savoir si, avant d'atteindre l'âge de la pension, le fonctionnaire s'est spontanément efforcé d'entreprendre une activité dans la fonction publique fédérale ?

- 4) Dans l'hypothèse où la Cour jugerait que le droit de l'Union exige uniquement d'annuler la réduction en pourcentage du montant de la pension (et, le cas échéant, en fonction des circonstances visées dans la troisième question) :

l'interdiction de discrimination imposée par la directive 2000/78 est-elle susceptible de justifier une primauté de celle-ci sur toute disposition de droit national contraire, primauté qui s'imposerait au juge national lors du calcul du montant de la pension même pour des périodes qui se situent avant que cette directive ne devienne directement applicable dans les États membres ?

- 5) En cas de réponse affirmative à la quatrième question : à quel moment intervient un tel "effet rétroactif" ? »

## Sur les questions préjudicielles

### *Sur la première question*

- 39 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 2 de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'il s'applique aux effets juridiques d'une décision disciplinaire définitive, adoptée avant l'entrée en vigueur de cette directive, ordonnant la mise à la retraite anticipée d'un fonctionnaire, assortie d'une réduction du montant de sa pension.
- 40 Selon une jurisprudence constante de la Cour, il ressort tant de l'intitulé et du préambule que du contenu et de la finalité de la directive 2000/78 que celle-ci tend à établir un cadre général pour assurer à toute personne l'égalité de traitement « en matière d'emploi et de travail », en lui offrant une protection efficace contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à son article 1<sup>er</sup>, au nombre desquels figure l'orientation sexuelle (voir, en ce sens, arrêts du 18 juin 2009, Hütter, C-88/08, EU:C:2009:381, point 33, et du 19 septembre 2018, Bedi, C-312/17, EU:C:2018:734, point 28).
- 41 Afin de répondre à la première question posée par la juridiction de renvoi, il importe de vérifier, dans un premier temps, si une situation telle que celle créée par la décision disciplinaire du 10 juin 1975 relève du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2000/78.
- 42 À cet égard, tout d'abord, il ressort de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de cette directive que celle-ci s'applique, dans les limites des compétences conférées à l'Union, « à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics », en ce qui concerne, notamment, « les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération » (arrêts du 12 octobre 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, point 20, et du 24 novembre 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, point 32).
- 43 En l'occurrence, E.B., fonctionnaire de police, a fait l'objet, à titre de sanction disciplinaire, d'une mise à la retraite anticipée, assortie d'une réduction de 25 % du montant de sa pension. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la décision disciplinaire du 10 juin 1975, en ce qu'elle implique une mise à la retraite anticipée, a affecté ses conditions d'emploi et de travail, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78.
- 44 Cela étant, aux fins d'apprécier si une pension telle que celle en cause au principal relève du champ d'application de la directive 2000/78, il y a lieu de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que ce champ d'application doit s'entendre, à la lumière de l'article 3, paragraphe 1, sous c), et paragraphe 3, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 13 de celle-ci, comme ne couvrant pas les régimes de sécurité sociale et de protection sociale dont les avantages ne sont pas assimilés à une

rémunération, au sens donné à ce terme pour l'application de l'article 157, paragraphe 2, TFUE (arrêts du 6 décembre 2012, *Dittrich e.a.*, C-124/11, C-125/11 et C-143/11, EU:C:2012:771, point 31, ainsi que du 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17, EU:C:2018:734, point 30).

- 45 À cet égard, seul le critère tiré de la constatation que la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail qui l'unit à son ancien employeur, c'est-à-dire le critère de l'emploi, tiré des termes mêmes dudit article, peut revêtir un caractère déterminant (voir, en ce sens, arrêts du 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93, EU:C:1994:350, point 43, ainsi que du 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, point 46 et jurisprudence citée).
- 46 Dans ce contexte, relève du champ d'application de cet article la pension qui n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs, qui est directement fonction du temps de service accompli et dont le montant est calculé sur la base du dernier traitement (voir, en ce sens, arrêts du 1<sup>er</sup> avril 2008, *Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, points 47 et 48, ainsi que du 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, point 35).
- 47 Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, à l'aune de ces éléments, si la pension de retraite versée à E.B. relève du champ d'application de l'article 157 TFUE et, en particulier, si cette pension est, en droit national, considérée comme une rémunération qui continue à être versée dans le cadre d'une relation de service qui se poursuit après l'admission du fonctionnaire au bénéfice des prestations de retraite, à l'instar de la pension de la fonction publique en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 21 janvier 2015, *Felber* (C-529/13, EU:C:2015:20).
- 48 Eu égard à ce qui précède, et pour autant que la pension versée à E.B. relève de la notion de « rémunération », au sens de l'article 157 TFUE, et, partant, de la directive 2000/78, une situation telle que celle créée par la décision disciplinaire du 10 juin 1975 entre dans le champ d'application *ratione materiae* de cette directive.
- 49 Il importe, dans un second temps, d'examiner si une telle situation relève du champ d'application *ratione temporis* de ladite directive.
- 50 Selon une jurisprudence constante de la Cour, une règle de droit nouvelle s'applique à compter de l'entrée en vigueur de l'acte qui l'instaure et si elle ne s'applique pas aux situations juridiques nées et définitivement acquises sous l'empire de la loi ancienne, elle s'applique aux effets futurs de celles-ci, ainsi qu'aux situations juridiques nouvelles. Il n'en va autrement, et sous réserve du principe de non-rétroactivité des actes juridiques, que si la règle nouvelle est accompagnée de dispositions particulières qui déterminent spécialement ses conditions d'application dans le temps (arrêts du 16 décembre 2010, *Stichting Natuur en Milieu e.a.*, C-266/09, EU:C:2010:779, point 32, ainsi que du 26 mars 2015, *Commission/Moravia Gas Storage*, C-596/13 P, EU:C:2015:203, point 32).
- 51 En l'occurrence, il convient de constater que la décision disciplinaire du 10 juin 1975 a fait naître une situation juridique définitivement acquise antérieurement à l'application de la directive 2000/78.
- 52 Une décision telle que celle en cause au principal ne peut dès lors, en l'absence de dispositions particulières en ce sens dans la directive 2000/78, être rattachée au champ d'application du droit de l'Union pour la période antérieure à l'expiration du délai de transposition de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt du 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, EU:C:2011:286, point 61).
- 53 Ainsi, ce n'est qu'à l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78, à savoir à partir du 3 décembre 2003, que celle-ci a conduit à faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union les effets de la décision en cause au principal (voir, en ce sens, arrêt du 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, EU:C:2011:286, point 63).

- 54 Or, si l'État autrichien a commencé à verser périodiquement à E.B. une pension de retraite à partir de l'année 1976, conformément à la décision disciplinaire du 10 juin 1975, il a continué de verser cette pension postérieurement à l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78.
- 55 Ainsi, en raison de la poursuite des versements de la pension d'E.B., cette décision, si elle est, certes, devenue définitive avant l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78, n'a en revanche pas épuisé tous ses effets juridiques préalablement à l'expiration dudit délai, mais continue, au contraire, à produire périodiquement ses effets, pendant toute la durée de la retraite de la personne concernée, postérieurement à ladite expiration.
- 56 Par conséquent, eu égard à la jurisprudence citée au point 50 du présent arrêt, la situation créée par la décision disciplinaire du 10 juin 1975 constitue une situation née avant l'entrée en vigueur de la directive 2000/78, mais dont les effets futurs sont régis par ladite directive à compter de l'expiration du délai de transposition de celle-ci, conformément au principe selon lequel les règles nouvelles s'appliquent immédiatement à de tels effets futurs.
- 57 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 2 de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'il s'applique, après l'expiration du délai de transposition de cette directive, à savoir à partir du 3 décembre 2003, aux effets futurs d'une décision disciplinaire définitive, adoptée avant l'entrée en vigueur de ladite directive, ordonnant la mise à la retraite anticipée d'un fonctionnaire, assortie d'une réduction du montant de sa pension.

#### *Sur les deuxième à cinquième questions*

- 58 Par ses deuxième à cinquième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, eu égard à la réponse apportée à la première question, si, et dans quelle mesure, la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle impose à la juridiction nationale de réexaminer les effets juridiques de la décision disciplinaire définitive ordonnant la mise à la retraite anticipée d'un fonctionnaire assortie d'une réduction du montant de sa pension.
- 59 À titre liminaire, il y a lieu de relever que le gouvernement autrichien fait valoir que les règles déontologiques applicables à E.B., qui imposaient aux fonctionnaires de préserver la réputation de leur profession dans le cadre et en dehors de leur temps de service, sanctionnaient de la même manière les personnes homosexuelles et les personnes hétérosexuelles ayant commis un délit. Par conséquent, ces règles n'auraient entraîné aucune discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle.
- 60 Cependant, ainsi que la juridiction de renvoi l'a relevé dans sa décision de renvoi, et tel qu'il ressort du point 36 du présent arrêt, la décision disciplinaire du 10 juin 1975, entérinée par la décision disciplinaire confirmative du 24 mars 1976, a été essentiellement fondée sur le caractère pénalement condamnable, à l'époque, des faits reprochés à E.B. en vertu d'une disposition du droit autrichien qui réprimait les attentats à la pudeur commis par une personne de sexe masculin sur une personne du même sexe âgée de moins de 18 ans, mais qui ne réprimait pas les attentats à la pudeur commis par une personne hétérosexuelle ou par une personne homosexuelle de sexe féminin sur une personne âgée de moins de 18 ans. La juridiction de renvoi a également souligné qu'une éventuelle sanction disciplinaire infligée dans l'hypothèse de l'absence de réunion des éléments constitutifs d'un attentat à la pudeur à caractère homosexuel masculin prévus par cette disposition du droit pénal autrichien aurait été considérablement moins sévère.
- 61 Il s'ensuit qu'une situation telle que celle résultant de la décision disciplinaire du 10 juin 1975, qui repose sur une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, comporte une discrimination directe, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78.

- 62 Cette constatation étant faite, il convient de relever que la sanction disciplinaire ayant consisté à mettre E.B. à la retraite de manière anticipée a pris effet au 1<sup>er</sup> avril 1976. Cette sanction est devenue définitive avant l'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78 et a épuisé tous ses effets au moment de son entrée en vigueur. Elle ne peut dès lors plus, eu égard à la réponse apportée à la première question, être remise en cause sur le fondement de cette directive. Le fait que la juridiction de renvoi indique qu'E.B. n'aurait pas pu être mis à la retraite à titre de sanction disciplinaire en l'absence du caractère pénalement condamnable, à l'époque, des faits qui lui sont reprochés n'est pas de nature à modifier cette constatation.
- 63 Dans ces conditions, une personne telle qu'E.B. ne saurait se prévaloir des dispositions de la directive 2000/78 en vue d'obtenir la reconstitution de la carrière professionnelle qu'elle aurait eue si la décision disciplinaire du 10 juin 1975 n'avait pas été adoptée.
- 64 Ainsi, aux fins du calcul du montant de la pension d'une personne telle qu'E.B., celle-ci ne peut être réputée s'être trouvée, pour la période allant de l'entrée en vigueur de la décision disciplinaire du 10 juin 1975 jusqu'à la survenance de son âge légal de départ à la retraite, en situation de service actif en tant que fonctionnaire. Par conséquent, le droit de l'Union n'exige pas le versement, par l'État autrichien, d'une rémunération ou la reconnaissance d'un droit à pension au titre de cette période.
- 65 S'agissant, en revanche, de la sanction consistant en la réduction de 25 % du montant de la pension d'E.B. sur la base de sa mise à la retraite à partir du 1<sup>er</sup> avril 1976, il convient de souligner que, si les effets que cette sanction a produits avant la date d'expiration du délai de transposition de la directive 2000/78 ne sauraient, eu égard à la réponse apportée à la première question, être remis en cause sur le fondement de cette directive, cette pension ainsi réduite continue toutefois à être versée périodiquement à E.B. Partant, l'application de la directive 2000/78 à partir de la date d'expiration du délai de transposition de celle-ci implique, conformément à la jurisprudence citée au point 50 du présent arrêt, que, à compter de ladite date, la réduction du montant de la pension d'E.B. soit réexaminée, afin de mettre fin à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le calcul à effectuer dans le cadre de ce réexamen doit se faire sur la base du montant de la pension à laquelle E.B. aurait eu droit compte tenu de sa mise à la retraite à partir du 1<sup>er</sup> avril 1976.
- 66 À cet égard, la juridiction de renvoi doit vérifier dans quelle mesure un fonctionnaire qui aurait commis, à la même époque, un manquement à ses obligations déontologiques comparable à celui d'E.B. aurait fait l'objet d'une sanction disciplinaire s'il avait été fait abstraction du caractère homosexuel masculin de ce manquement.
- 67 En l'occurrence, la juridiction de renvoi a indiqué que, même s'il ne pouvait être exclu qu'une incitation comparable d'un mineur à pratiquer des actes à caractère hétérosexuel ou lesbien aurait été considérée et sanctionnée en tant que violation des obligations déontologiques pesant sur les fonctionnaires de police, la sanction disciplinaire infligée à E.B. aurait été considérablement moins sévère en l'absence de réunion des éléments constitutifs prévus par la disposition de droit pénal autrichien en cause. Dans ces conditions, il lui appartient de déterminer si ledit manquement aurait conduit à une sanction disciplinaire impliquant une réduction du montant de la pension de retraite et, le cas échéant, quelle aurait été l'importance de la réduction du montant de la pension qui aurait été imposée à E.B. en tant que sanction disciplinaire en l'absence de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, étant entendu qu'une telle réduction doit, par hypothèse, être inférieure à 25 %.
- 68 Dans le cadre de l'application de la directive 2000/78, et dès lors qu'il s'agit de remédier à une discrimination telle que celle en cause au principal en déterminant le pourcentage pertinent de réduction du montant de la pension d'E.B., est sans incidence le fait que, avant d'atteindre l'âge légal de départ à la retraite, la personne concernée s'est ou non spontanément efforcée d'entreprendre une activité dans la fonction publique ou que, au cours de sa retraite anticipée, elle a travaillé dans le secteur privé.

- 69 La juridiction de renvoi doit ainsi déterminer le montant de la pension qui doit être versé à E.B., pour la période débutant le 3 décembre 2003.
- 70 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre aux deuxième à cinquième questions que la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens que, dans une situation telle que celle visée au point 57 du présent arrêt, elle impose à la juridiction nationale de réexaminer, pour la période débutant le 3 décembre 2003, non pas la sanction disciplinaire définitive ordonnant la mise à la retraite anticipée du fonctionnaire concerné, mais la réduction du montant de sa pension, pour déterminer le montant qu'il aurait perçu en l'absence de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

### Sur les dépens

- 71 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

- 1) **L'article 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'applique, après l'expiration du délai de transposition de cette directive, à savoir à partir du 3 décembre 2003, aux effets futurs d'une décision disciplinaire définitive, adoptée avant l'entrée en vigueur de ladite directive, ordonnant la mise à la retraite d'un fonctionnaire, assortie d'une réduction du montant de sa pension.**
- 2) **La directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens que, dans une situation telle que celle visée au point 1 du dispositif du présent arrêt, elle impose à la juridiction nationale de réexaminer, pour la période débutant le 3 décembre 2003, non pas la sanction disciplinaire définitive ordonnant la mise à la retraite anticipée du fonctionnaire concerné, mais la réduction du montant de sa pension, pour déterminer le montant qu'il aurait perçu en l'absence de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.**

Signatures