

Affaire C-681/21**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

11 novembre 2021

Juridiction de renvoi :

Verwaltungsgerichtshof (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

11 octobre 2021

Partie requérante :

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau

Autre partie à la procédure :

B

Sur le pourvoi en Revision formé par la Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau (organisme d'assurance des fonctionnaires et agents publics, des chemins de fer et des mines) contre l'arrêt du Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) du 23 juin 2020, W228 2223005-1/8E, et ayant pour objet la pension de retraite de l'autre partie à la procédure, B, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) [OMISSIS] a rendu la présente

ordonnance :

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie à titre préjudiciel, conformément à l'article 267 TFUE, de la question suivante :

L'article 2, paragraphe 1 et paragraphe 2, sous a), et l'article 6, paragraphe 1, 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, ainsi que les principes de sécurité juridique, de maintien des droits acquis et d'effectivité du droit de l'Union, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale – telle que celle en cause au principal – en vertu de laquelle, à la suite d'une adaptation des pensions, les fonctionnaires de

la catégorie antérieurement favorisée ne bénéficient plus, avec effet rétroactif, des montants de pension auxquels ils avaient droit, et qui, ainsi (suppression rétroactive de la catégorie antérieurement favorisée en la plaçant sur le même plan que la catégorie antérieurement désavantagée), a pour effet que la catégorie des fonctionnaires qui étaient antérieurement défavorisés ne bénéficient pas (plus), par suite de l'adaptation des pensions, des montants de pension auxquels ils auraient eu droit du fait de la discrimination fondée sur l'âge que les tribunaux avaient déjà (itérativement) constatée en ne faisant pas application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union, afin de placer ces fonctionnaires désavantagés sur le même plan que ceux de la catégorie antérieurement favorisée ? [Or. 2]

Motifs :

I) Sur l'affaire au principal :

- 1 L'autre partie à la présente procédure de Revision (ci-après « B ») est née le 10 novembre 1946 et été admise au bénéfice de la retraite au 31 décembre 2011 révolu, conformément à l'article 13 du Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (loi de 1979 sur le statut des fonctionnaires), BGBl. n° 333.
- 2 Par décision du 9 mai 2012 de l'autorité requérante (devenue la Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, Eisenbahnen und Bergbau – organisme d'assurance des fonctionnaires et agents publics, des chemins de fer et des mines), il a été constaté que B avait droit, à compter du 1^{er} janvier 2012, à une pension de retraite d'un montant mensuel brut de 2 483,87 euros ainsi qu'à une allocation complémentaire d'un montant mensuel brut de 595,70 euros.
- 3 Dans sa lettre du 20 mai 2015, B a, en motivant sa position, fait valoir que l'application de l'article 41, paragraphe 3, du Pensionsgesetz 1965 (loi sur les pensions de 1965, BGBl. n° 340), dans le cadre de l'adaptation de sa pension de retraite à compter du 1^{er} janvier 2015, effectuée conformément à l'article 41, paragraphe 2, de la loi sur les pensions de 1965, était contraire à 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. En effet, l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 désavantagerait les fonctionnaires âgés (nés avant le 1^{er} janvier 1955) par rapport aux fonctionnaires plus jeunes (nés à partir de cette date) en ce qui concerne les modalités prévues en matière d'augmentation de la pension. B a ainsi demandé que soit constatée par décision la pension de fonctionnaire à laquelle elle avait droit à compter du 1^{er} janvier 2015 et que lui soient versés les arriérés de retraite.
- 4 Par décision du 24 juin 2015, l'autorité requérante a, par suite de cette demande, constaté, conformément à l'article 41, paragraphes 1, 2 et 3, de la loi sur les pensions de 1965, que B avait droit à une pension de retraite d'un montant mensuel brut de 3 176,27 euros à compter du 1^{er} janvier 2015. Lors de ce calcul, l'autorité a également fait application de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les

pensions de 1965. Elle a estimé que cette disposition était conforme à la Constitution et qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'âge, **[Or. 3]** au motif que les fonctionnaires nés à partir du 1^{er} janvier 1955 étaient soumis au système (moins favorable) du calcul parallèle prévu à l'article 99 de la loi sur les pensions de 1965*.

- 5 Par arrêt du 19 août 2016 [OMISSIS], le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a rejeté le recours introduit contre cette décision comme étant non fondé. Il a estimé que la discrimination directe fondée sur l'âge, que faisait valoir B, à savoir le plafonnement de l'adaptation des pensions prévu à l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, qui ne s'applique qu'aux fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955, n'était pas contraire à la directive. Le fait que les fonctionnaires nés à partir du 1^{er} janvier 1955 sont soumis, lors de la détermination de leur pension, à un calcul parallèle qui leur est moins favorable justifie l'inégalité de traitement existante.
- 6 Suite au recours de B contre cet arrêt, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a, par décision du 25 octobre 2017, Ro 2016/12/0027, [OMISSIS], annulé pour illégalité cette décision du Bundesverwaltungsgericht. Dans ses motifs, il a notamment exposé ce qui suit :

« 21 Comme l'a relevé à juste titre le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral), les modalités d'adaptation des pensions des fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955, que fixe, par dérogation aux autres règles, l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, reposent sur une inégalité de traitement directe fondée sur l'âge. Une telle inégalité de traitement est contraire à la directive directement applicable, à moins qu'elle ne soit justifiée par le motif prévu à l'article 6 de ladite directive.

22 Dans ce contexte, le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a estimé – en résumé – que le traitement plus défavorable que les fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955 subissent par rapport aux fonctionnaires plus jeunes en ce qui concerne l'adaptation des pensions était justifiée par le fait que ces fonctionnaires (plus âgés) étaient eux-mêmes tenus de contribuer à la viabilité financière à long terme des pensions (par une adaptation moindre au cours des trois premières années de perception de la pension). Ce faisant, le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) considère manifestement que les fonctionnaires plus jeunes qui ne sont pas soumis à une telle contribution sont obligés de concourir à cet objectif en se voyant appliquer les modalités (moins favorables) résultant du calcul parallèle prévu à l'article 99, paragraphes 1 à 5, de la loi sur les pensions de 1965. **[Or. 4]**

* Ndt : une partie de la retraite est alors calculée en vertu des dispositions de la loi générale sur les pensions.

23 Le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) méconnaît toutefois à cet égard que le calcul parallèle prévu par la disposition légale précitée ne s'applique pas à tous les fonctionnaires (plus jeunes) nés après le 31 décembre 1954. En vertu de l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965, il n'y a en effet pas lieu de procéder à un calcul parallèle si la durée totale des périodes ouvrant droit à pension acquises à partir du 1^{er} janvier 2005 est soit égale à moins de 5 % de la carrière prise en considération aux fins de la retraite, soit inférieure à 36 mois. [OMISSIS]

24 Il en résulte que les fonctionnaires nés après le 31 décembre 1954, qui bénéficient de l'exception prévue à l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965, ne sont pas davantage soumis au calcul parallèle que la partie requérante en Revision. Or la règle défavorable d'adaptation des pensions prévue à l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 ne leur est pas applicable, puisqu'ils ne sont pas nés avant le 1^{er} janvier 1955, de sorte que le motif que le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) tire de l'article 6 de la directive pour justifier l'inégalité de traitement que subit la requérante en Revision par rapport à ce groupe de fonctionnaires plus jeunes n'entre pas en ligne de compte.

25 En tout état de cause, en l'absence d'autres justifications constatées ou invoquées par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral), la primauté dont bénéficie l'article 2 de la directive s'opposerait toutefois à l'application de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, car les personnes appartenant à la tranche d'âge de la requérante en Revision s'en trouveraient discriminées par rapport aux fonctionnaires nés après le 31 décembre 1954, auxquels s'applique la disposition spéciale de l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965. [OMISSIS] »

7 Par arrêt (de substitution) du 9 octobre 2018, le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a accueilli le recours de B et constaté qu'elle avait droit, à compter du 1^{er} janvier 2015, à une pension de retraite d'un montant mensuel brut de 3 182,03 euros (comprenant la pension de retraite et l'allocation complémentaire) ainsi qu'au versement des arriérés de pension correspondants.

Au vu de la discrimination fondée sur l'âge constatée par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a considéré que la primauté dont bénéficie l'article 2 de la directive s'opposait en l'espèce à l'application de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965. **[Or. 5]**

8 Par décision du 30 avril 2019, Ra 2018/12/0059, [OMISSIS], le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a rejeté comme irrecevable le recours en Revision qu'avait introduit l'autorité requérante. Il a notamment fondé sa décision sur les motifs suivants :

« 16 [OMISSIS] [I]l existe non seulement en théorie, mais aussi dans les faits, un groupe – certes restreint – de personnes qui, par rapport à l'autre partie, sont favorisées en raison de leur âge. En effet, le groupe des personnes exclues du calcul parallèle en vertu de l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965 [OMISSIS], illustré par l'autorité requérante à l'aide d'exemples concrets, n'est pas non plus concerné par le plafonnement de l'adaptation des pensions prévu à l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 [OMISSIS].

17 En revanche, si l'autre partie bénéficie certes, en raison de son âge, des règles de l'« ancien système » [OMISSIS], plus favorables pour le calcul de la pension [...], elle n'en fait pas moins en tout état de cause partie, en raison de son âge (puisque'elle est née avant le 1^{er} janvier 1955), du groupe de personnes potentiellement concernées par le plafonnement de l'adaptation de la pension conformément à l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965. De facto, le plafonnement prévu à l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 a également eu un effet négatif sur l'adaptation de la pension de retraite de l'autre partie. [OMISSIS]

[OMISSIS] [autres explications sur la recevabilité qui sont dénuées de pertinence pour la présente affaire]. **[Or. 6]**

20 Il n'apparaît pas que, compte tenu du montant de la pension, la situation de départ du groupe de personnes visées par l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965 [OMISSIS] serait, sur des points déterminants, différente de celle du groupe des personnes concernées de facto par les règles de plafonnement de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 (en raison du montant de leur pension) [OMISSIS]. »

- 9 Par décision du 25 juillet 2019 de l'autorité requérante en Revision, il a été constaté, en réponse à une demande de B du 17 juillet 2019 (présentée à titre de précaution), qu'en vertu de l'article 41, paragraphes 1, 2 et 3, de la loi sur les pensions de 1965, BGBl. n° 340, dans la version du BGBl. I n° 102/2018, B aurait eu droit à une pension de retraite d'un montant mensuel brut de 3 176,27 euros à partir du 1^{er} janvier 2015, de 3 211,26 euros à partir du 1^{er} janvier 2016, de 3 236,95 euros à partir du 1^{er} janvier 2017, de 3 288,74 euros à partir du 1^{er} janvier 2018 **[Or. 7]**, et de 3 354,52 euros à partir du 1^{er} janvier 2019 (point 1 du dispositif), et que, conformément à l'article 39 de la loi sur les pensions de 1965, elle avait perçu un excédent de droits de 84,24 euros bruts pour la période de référence allant de janvier à août 2019, qu'elle devait rembourser à l'État (point 2 du dispositif).
- 10 L'autorité requérante en Revision est à cet égard partie du principe que la deuxième modification statutaire de la loi sur les pensions de 1965 [OMISSIS] (ci-après la « loi de révision de 2018 »), entrée depuis en vigueur, avait élargi le champ d'application de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, dans la mesure où les modalités prévues à l'article 634, paragraphe 12,

de l'Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (loi générale sur la sécurité sociale) pour l'année civile 2010 en matière d'adaptation des pensions n'est plus uniquement applicable aux fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955 et qui étaient en service le 31 décembre 2006, mais aussi aux fonctionnaires auxquels s'applique l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965. Conformément à l'article 109, paragraphe 85, de la loi sur les pensions de 1965, il existe une nouvelle situation juridique avec effet rétroactif, sur la base de laquelle doivent être appréciés les droits à pension de B. La loi de révision de 2018 aurait mis fin rétroactivement à la discrimination fondée sur l'âge, de sorte que la décision définitive du Bundesverwaltungsgericht du 9 octobre 2018 ne s'opposerait pas à une nouvelle décision de l'autorité requérante en Revision.

- 11 Dans son calcul de la pension de retraite de B pour l'année 2015, l'autorité requérante en Revision a procédé de la même manière que dans sa décision du 24 juin 2015. Elle a en outre indiqué que, pour la période du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2018, les sommes constatées par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) dans sa décision du 9 octobre 2018 avaient été versées. Pour la période allant de janvier 2015 à décembre 2018, B a perçu de bonne foi les pensions de retraite dont le montant a été fixé par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral). Il n'y aurait donc pas lieu d'exiger, au titre du remboursement des prestations indûment perçues que prévoit l'article 39 de la loi sur les pensions de 1965, le remboursement de la différence avec les montants qui sont désormais constatés dans ladite décision. En revanche, avec l'entrée en vigueur de la loi de révision, le 23 décembre 2018, on ne saurait plus considérer, à compter du 1^{er} janvier 2019, [Or. 8] que le trop-perçu aurait été touché de bonne foi, de sorte qu'il y a lieu de retenir celui-ci sur la pension de retraite de B.
- 12 Dans son arrêt aujourd'hui attaqué devant le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a déclaré que la demande relative à la détermination du montant de la pension de retraite pour l'année 2015 relevait de la chose jugée et qu'il y avait donc lieu de la rejeter. Il a en outre jugé que le montant de la pension pour les années 2016 à 2020 avait été fixé sur la base de la pension perçue en 2015 (point 1 du dispositif) et qu'il n'y avait pas eu de trop-perçu (point 2 du dispositif).
- 13 Il a justifié sa décision en relevant qu'il y aurait en l'espèce modification substantielle de la situation si la révision du texte de loi avait été effectuée de sorte à éliminer entièrement la discrimination fondée sur l'âge et à ce que la disposition ne reste pas inappliquée du fait de la primauté de la directive. Selon les décisions du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 30 avril 2019, Ra 2018/12/0059, et du 28 février 2019, Ra 2018/12/0054, [OMISSIS], la discrimination fondée sur l'âge résidait dans le fait que la règle de plafonnement de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 n'était pas applicable à la catégorie de personnes visée par l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965. La modification de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 par la modification de 2018 a permis de remédier

textuellement à la portée insuffisante de la règle de plafonnement, qui était à l'origine de la discrimination, en y insérant un renvoi à la catégorie de personnes visée par l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965. La modification du texte n'a toutefois pas à elle seule pour conséquence d'écarter la discrimination subie par B.

- 14 Le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a aussi exposé, notamment, les motifs suivants :

« L'arrêt de la Cour de justice du 7 octobre 2019, *Safeway* (C-171/18, EU:C:2019:839) fait ressortir les éléments suivants. Selon cet arrêt (point 25), l'instauration d'une simple pratique, dépourvue d'effet juridique contraignant à l'égard des personnes concernées, ne suffit pas à mettre fin à une discrimination. Il ne saurait non plus y avoir de maintien provisoire de la discrimination (point 24). Le principe d'égalité interdit aux régimes de pension **[Or. 9]** d'éliminer une discrimination en procédant à la suppression, pour le passé, des avantages des personnes de la catégorie favorisée (point 34). Si la modification de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 par la loi de révision produisait effectivement des effets rétroactifs de fait, il y aurait tout autant, selon cet arrêt de la Cour, contravention au droit de l'Union, en sorte que cette disposition ainsi reformulée serait inapplicable quant à son effet rétroactif.

[OMISSIS]

Le Bundesverwaltungsgericht estime toutefois qu'il n'y a eu aucun effet rétroactif de fait [OMISSIS]. La règle légale générale à effet rétroactif doit en effet d'abord être individualisée par la voie d'une décision prise à l'égard des personnes concernées. L'autorité n'a pas soutenu qu'elle aurait ainsi procédé envers la catégorie de personnes relevant de l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur l'égalité sur les pensions de 1965.

[OMISSIS] »

- 15 En outre, le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) a déclaré que la décision litigieuse avait définitivement consacré l'inégalité de traitement fondée sur l'âge, en violation des prescriptions de l'arrêt de la Cour du 8 mai 2019, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-24/17, EU:C:2019:373) [OMISSIS]. La méthode de calcul n'a pas été modifiée, même de manière sommaire ; « les montants déclarés inapplicables ont simplement été de nouveau appliqués rétroactivement », afin de permettre une actualisation de la pension de retraite contrairement à la décision du Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral).
- 16 Il convient de souligner, a-t-il ajouté, que, selon la situation juridique modifiée, B n'aurait jamais reçu de compensation. La non-récupération d'un excédent de pension pour les années 2015 à 2018 résulte uniquement de la protection de la confiance légitime garantie par la Constitution, qui a fait que B a perçu les montants de bonne foi. **[Or. 10]**

- 17 La loi de révision n'a donc pas entraîné de modification substantielle de la situation juridique. L'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, tel que modifié, reste inappliqué au motif qu'il viole le droit de l'Union. La force de chose jugée continue donc de faire obstacle à la demande de détermination de la pension de retraite du 1^{er} janvier 2015.
- 18 Dans le présent recours en « Revision » qu'elle a formé contre cette décision, l'administration des pensions estime que, contrairement aux considérations exposées par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral), la modification rétroactive de la situation juridique a pour conséquence que la force de chose jugée n'est pas constituée et que, conformément à la jurisprudence du Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle, Autriche) et au droit de l'Union, B ne reçoit rétroactivement et pour l'avenir que des pensions de retraite d'un montant égal à celui qu'elle aurait déjà perçu avant la modification de la situation juridique par la loi de révision.
- 19 Elle défend en substance la thèse selon laquelle il n'existe pas de dispositions expresses de rang supérieur qui interdiraient au législateur d'intervenir dans des situations juridiques existantes : l'ordre juridique autrichien ne contient pas de droits sociaux fondamentaux ; contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte sociale européenne n'a pas rang constitutionnel et est soumise à la réserve légale (Gesetzesvorbehalt), tandis que la Charte des droits fondamentaux ne contient que des garanties programmatiques très générales en matière de sécurité sociale, telles que l'article 34. Aussi le législateur ordinaire peut-il en principe modifier des positions fondées sur le droit social au détriment des personnes concernées. Il convient néanmoins de tenir compte de la confiance dans les droits acquis ; plus le besoin est élémentaire, plus les exigences auxquelles sont subordonnées les atteintes doivent être strictes. Les bénéficiaires de pensions de retraite et de réversion sont certes particulièrement dignes de protection [OMISSIS], mais l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965 était déjà en vigueur au moment de la première fixation de la pension de retraite de B ; seul le champ d'application a fait l'objet d'une modification rétroactive. En outre, l'intensité de l'intervention est relativement faible. Il convient toutefois surtout de noter qu'en adoptant la loi de révision [Or. 11] le législateur entendait éliminer la discrimination fondée sur l'âge qui avait été auparavant constatée.

II) Dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne :

- 20 L'article 2, paragraphe 1, et paragraphe 2, sous a), l'article 3, paragraphe 1, sous c), l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78, ainsi que l'article 9, paragraphe 1, disposent (dans leurs parties pertinentes) :

« Article premier

Objet

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le 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. »

« Article 2

Concept de discrimination

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^{er}.

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^{er} ;

[...] »

« Article 3

Champ d'application

1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toute personne, 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 ;

[...] » **[Or. 12]**

« Article 6

Justification des différences de traitement fondées sur l'âge

1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation

professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

[...] »

« Article 9

Défense des droits

1. Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite se sont terminées.

[...] »

III) Les dispositions du droit autrichien pertinentes dans l'affaire au principal sont les suivantes :

- 21 L'article 41 de la loi sur les pensions de 1965, dans sa version résultant du BGBl. I n° 111/2010, est libellé comme suit :

« Effets des modifications futures de la présente loi fédérale et adaptation des prestations à versement périodique

Article 41 (1) Les modifications de la présente loi fédérale qui ne modifient ni le montant des prestations en vertu de cette même loi ni les conditions ouvrant droit à ces prestations s'appliquent également à l'égard des personnes qui, à la date de son entrée en vigueur, ont droit à des prestations mensuelles en espèces en vertu de cette même loi. Ce n'est qu'en cas de disposition expresse en ce sens que les modifications des règles de calcul ou des conditions ouvrant droit aux prestations s'appliquent à l'égard des personnes qui, à la date de son entrée en vigueur, ont droit à des prestations en vertu de la présente loi fédérale.

(2) Les pensions de retraite et les pensions de réversion dues en vertu de la présente loi, à l'exception de l'allocation complémentaire de niveau de vie prévue à l'article 26, doivent être adaptées au même moment et dans la même mesure que les pensions relevant du régime d'assurance pension légal, **[Or. 13]**

1. lorsque le droit à pension a déjà été constitué avant le 1^{er} janvier de l'année concernée
2. lorsqu'elles sont dérivées de pensions de retraite auxquelles un droit a été constitué avant le 1^{er} janvier de l'année concernée.

Par dérogation à la première phrase, la première adaptation d'une pension de retraite n'est effectuée avec effet qu'à compter du 1^{er} janvier de la deuxième année civile suivant l'ouverture du droit à la pension de retraite.

(3) La méthode d'adaptation des pensions fixée à l'article 634, paragraphe 12, de l'ASVG pour l'année civile 2010 s'applique, pour les fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955 qui étaient en activité au 31 décembre 2006, lors des trois premières adaptations de leur pension de retraite, ou des pensions de réversion qui en sont dérivées, sauf si, pour l'année civile considérée, une disposition dérogatoire à l'article 108h, paragraphe 1, de l'ASVG s'applique. »

- 22 L'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, telle que modifiée par la deuxième loi de révision statutaire de 2018, BGBl. I n° 02/2018 (la loi de révision de 2018), dispose :

« (3) La méthode d'adaptation des pensions fixée à l'article 634, paragraphe 12, de l'ASVG pour l'année civile 2010 s'applique, pour les fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955 qui étaient en activité au 31 décembre 2006, ainsi que pour ceux auxquels l'article 99, paragraphe 6, est applicable, lors des trois premières adaptations de leur pension de retraite, ou des pensions de réversion qui en sont dérivées, sauf si, pour l'année civile considérée, une disposition dérogatoire à l'article 108h, paragraphe 1, de l'ASVG s'applique. » [La modification apportée par la loi de révision de 2018 est soulignée par le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative)].

Dans les documents législatifs relatifs à la loi de révision de 2018 [OMISSIS], il est précisé à propos de l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de retraite de 1965 :

« Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a déclaré, dans la décision Ro 2016/12/0027, du 25 octobre 2017, que, en ce qui concerne l'application de l'article 41, paragraphe 3, la classe d'âge des fonctionnaires nés avant 1955 était discriminée par rapport à celle des fonctionnaires qui sont nés après 1954 et auxquels l'article 99, paragraphe 6, est applicable. Afin d'éliminer cette discrimination, les fonctionnaires auxquels l'article 99, paragraphe 6, est applicable sont inclus rétroactivement dans le champ d'application de l'article 41, paragraphe 3 ».

- 23 L'article 634, paragraphe 12, de l>Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (loi générale sur la sécurité sociale),

BGBl. n° 189/1955, dans la version donnée à cet article par la loi fédérale BGBl. I n° 81/2013, dispose :

« (12) Par dérogation à l'article 108h, paragraphe 1, première phrase, le ministre fédéral des affaires sociales et de la protection des consommateurs procède, dans le règlement visé à l'article 108, paragraphe 5, pour les années civiles 2009 et 2010, à l'adaptation des pensions de sorte [**Or. 14**]

1. à ce que les pensions qui ne dépassent pas 60 % de l'assiette des cotisations maximale visée à l'article 45 soient multipliées par le facteur 1,034 pour l'année civile 2009 et par le facteur d'adaptation pour l'année civile 2010, et
 2. à ce que toutes les autres pensions soient augmentées d'un montant fixe égal à l'augmentation qui résulte de l'application, à 60 % de l'assiette des cotisations maximale visée à l'article 45, du facteur 1,034 pour l'année civile 2009 et du facteur d'adaptation pour l'année civile 2010. »
- 24 L'article 99 de la loi sur les pensions de 1965, dans la version de la loi fédérale BGBl. I n° 210/2013, était libellé comme suit :

« SECTION XIII

Dispositions particulières applicables aux fonctionnaires nés après le 31 décembre 1954

Calcul parallèle

Article 99.

(1) La section XIII ne s'applique qu'aux fonctionnaires qui sont nés après le 31 décembre 1954 et avant le 1^{er} janvier 1976, ont été recrutés dans la fonction publique fédérale avant le 1^{er} janvier 2005 et se trouvent en service au 31 décembre 2004.

(2) Le fonctionnaire ne bénéficie de la pension d'ancienneté ou de la pension de professeur de troisième cycle calculée conformément aux dispositions de la présente loi fédérale que dans la mesure correspondant au pourcentage, visé à l'article 7 ou à l'article 90, paragraphe 1, qui résulte de la durée totale de la carrière ouvrant droit à pension qu'il a accomplie jusqu'au 31 décembre 2004.

(3) Outre la pension de retraite ou la pension de professeur de troisième cycle, une pension est calculée pour le fonctionnaire en application des dispositions de l'Allgemeines Pensionsgesetz (loi générale sur les pensions) et de l'article 6, paragraphe 3, et de l'article 15, paragraphe 2, de cette loi, telle qu'en vigueur au 31 décembre 2013.

Les articles 15 et 16, paragraphe 5, de l'Allgemeines Pensionsgesetz (loi générale sur les pensions) ne sont pas applicables. La pension au titre de loi générale sur les pensions est due à concurrence de la différence entre le pourcentage visé au paragraphe 2 et 100 %.

(4) Les périodes validées conformément à l'article 9 ne sont pas prises en compte pour l'application des paragraphes 2, 3 et 6. En ce qui concerne les périodes prises en compte, c'est l'époque effective à laquelle a été accomplie la période prise en compte qui est déterminante.

(5) La pension totale du fonctionnaire se compose de la pension proportionnelle visée au paragraphe 2 et de la pension proportionnelle visée au paragraphe 3.

(6) Il n'y a pas lieu de procéder à un calcul parallèle si la durée totale de la carrière ouvrant droit à pension qui a été accomplie à compter du 1^{er} janvier 2005 représente moins de 5 % de la carrière totale ouvrant droit à pension ou qu'elle est inférieure à 36 mois. Dans ce cas, la pension est calculée conformément aux dispositions de la présente loi fédérale, à l'exception de la présente section. »
[Or. 15]

IV) Explications relatives aux questions préjudicielles :

La question posée sous 1) :

- 25 La pension due au fonctionnaire fédéral en vertu de la loi sur les pensions de 1965 doit être assimilée à une rémunération des fonctionnaires au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/78. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une pension globale due en vertu de l'article 99, paragraphe 5, de la loi sur les pensions de 1965 (voir arrêt de la Cour du 21 janvier 2015, Felber, C-529/13, EU:C:2015:20, point 24). Il convient donc d'apprécier la fixation du montant respectif de ces pensions au regard des articles 2 et 6 de la directive 2000/78.
- 26 Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, dès lors qu'une discrimination, contraire au droit de l'Union, a été constatée et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée. Les personnes défavorisées doivent ainsi être placées dans la même situation que les personnes bénéficiant de l'avantage concerné (voir, en ce sens, par exemple, arrêts du 22 janvier 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, point 79, et du 8 mai 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:3758.5.2019, point 70 et jurisprudence citée). Lorsqu'il existe un système de référence, comme en l'espèce, le juge national doit écarter l'application d'une disposition nationale discriminatoire, sans avoir à demander ou à attendre son élimination préalable par le législateur, et appliquer aux personnes de la catégorie défavorisée le régime applicable aux personnes de l'autre catégorie. Le fonctionnaire discriminé doit se voir verser la différence par rapport au montant résultant du système de référence (voir arrêt du 8 mai 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:3758.5.2019, points 71, 72 et 76).
- 27 Le fait qu'il faille interpréter le terme « aussi longtemps » (solange), qui figure dans la jurisprudence précitée de la Cour, en le rapportant à une période déterminée ressort également, selon le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), de l'arrêt de la Cour du 7 octobre 2019, Safeway (C-171/18, EU:C:2019:839, points 20 et suivants), en vertu duquel existe un droit au versement de la différence par rapport au système de référence jusqu'à l'élimination effective de la discrimination. [Or. 16]

- 28 [OMISSIS] [Résumé de la procédure à ce jour, telle qu'exposée ci-dessus].
- 29 Selon la législation en vigueur avant la loi de révision de 2018, il existait trois catégories de fonctionnaires qui étaient chacune soumises à des régimes différents d'adaptation de leurs pensions. La première catégorie comprend les fonctionnaires nés avant le 1^{er} janvier 1955, dont l'adaptation des pensions, y compris selon la législation actuellement en vigueur, est plafonnée au cours des trois premières années de perception. La deuxième catégorie comprend les fonctionnaires nés à compter du 1^{er} janvier 1955, pour lesquels il convient de procéder à un calcul parallèle, y compris selon la législation en vigueur. La troisième comprend les fonctionnaires auxquels s'appliquait l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965 (fonctionnaires nés après le 31 décembre 1954 et n'ayant accompli qu'une faible partie de leur carrière ouvrant droit à pension après le 1^{er} janvier 2005), pour lesquels il n'y avait lieu de procéder ni à une adaptation plafonnée de la pension ni à un calcul parallèle. Dans son arrêt du 25 octobre 2017, dont un extrait est reproduit ci-dessus, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a constaté l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge à l'encontre de B, qui relève de la première catégorie, par rapport aux fonctionnaires de la troisième catégorie.
- 30 En incluant les fonctionnaires auxquels s'applique l'article 99, paragraphe 6, de la loi sur les pensions de 1965 dans le champ d'application de l'adaptation plafonnée et limitée dans le temps que prévoit l'article 41, paragraphe 3, de la loi sur les pensions de 1965, la loi de révision de 2018, publiée le 22 décembre 2018, a eu pour effet d'éliminer rétroactivement [Or. 17] la troisième catégorie que le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) avait considérée comme favorisée (pas d'adaptation plafonnée de la pension et pas de calcul parallèle), en la traitant comme la catégorie qui avait été jugée soumise jusqu'alors à un traitement défavorable (adaptation temporairement plafonnée), de sorte que la discrimination du groupe défavorisé en fonction de l'âge par rapport au groupe jusqu'alors favorisé, itérativement constatée par les tribunaux à l'égard des fonctionnaires, a été éliminée par le fait que, en vertu de la loi de révision de 2018, les deux catégories sont désormais rétroactivement traitées de la même façon (aussi mal) – adaptation temporairement plafonnée de la pension.
- 31 [OMISSIS]
- 32 Après la modification de la situation légale par la loi de révision de 2018, l'autorité requérante en Revision a en conséquence fixé la pension de retraite de B à 3 176,27 euros, inchangée par rapport à la décision du 24 juin 2015, c'est-à-dire au montant initial, comme auparavant, lorsque la discrimination avait été itérativement constatée en justice.
- 33 Ainsi la présente affaire fait-elle également ressortir que les effets de la loi de révision de 2018 remontent relativement loin dans le passé, étant entendu que des droits dont bénéficient des fonctionnaires ont déjà été définitivement établis par les tribunaux pour cette période de quatre ans durant laquelle les dispositions

nationales contraires au droit de l'Union n'ont pas été appliquées. Sur cette base, la loi de révision de 2018 pourrait entrer en conflit avec le principe de sécurité juridique. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, ce principe s'applique tout particulièrement lorsqu'il s'agit de dispositions susceptibles de comporter des conséquences financières. Ce principe requiert que les droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union soient mis en œuvre de manière suffisamment précise, claire et prévisible pour permettre aux personnes concernées de connaître avec exactitude leurs droits et leurs obligations et **[Or. 18]** de prendre leurs dispositions en conséquence ainsi que de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales (voir arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, EU:C:2019:839, point 25 et jurisprudence citée).

- 34 Selon la jurisprudence de la Cour, le fait d'adopter une mesure uniformisant, avec effet rétroactif, le droit à pension de la catégorie favorisée sur celui de la catégorie antérieurement défavorisée peut être contraire non seulement au principe de sécurité juridique, mais aussi à l'obligation de procéder à l'élimination immédiate et complète d'une discrimination, ainsi qu'à l'interdiction de supprimer, pour le passé, les avantages dont bénéficiaient les personnes jusqu'alors favorisées (voir arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 34 et 41, ainsi que jurisprudence citée). Or la loi de révision de 2018 supprime, pour le passé, c'est-à-dire rétroactivement, les avantages dont disposait la catégorie antérieurement favorisée. Dans ce contexte, on peut se demander si les déclarations de la Cour dans son arrêt du 7 octobre 2019, Safeway (C-171/18, EU:C:2019:839), qui avait pour objet une discrimination fondée sur le sexe dans le cadre d'un régime de pension, qu'interdit le droit primaire et le droit dérivé de l'Union, doivent être entièrement transposées dans la présente affaire, qui concerne une discrimination fondée sur l'âge lors de l'adaptation de la pension, qu'interdit uniquement le droit dérivé.
- 35 Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) n'ignore pas que, selon la jurisprudence de la Cour, des mesures visant à mettre fin à une discrimination contraire au droit de l'Union peuvent, à titre exceptionnel, être prises avec effet rétroactif, pourvu que, outre le respect de la confiance légitime des intéressés, ces mesures répondent effectivement à un impératif d'intérêt général. En particulier, en vertu d'une jurisprudence constante, un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du régime de pension concerné peut constituer un tel impératif d'intérêt général (voir arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, EU:C:2019:839, point 43 et jurisprudence citée). À cet égard, il convient de relever que, en Autriche, les pensions de retraite des fonctionnaires ne sont pas payées par un régime de pension, mais par le budget de l'État [voir, à cet égard, les explications fournies dans la demande de décision préjudicielle du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 31 juillet 2020, Ro 2019/12/0005 e.a., C-405/20 [OMISSIS]]. Dans ce contexte, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres tiennent compte de considérations budgétaires parallèlement à des considérations d'ordre politique, social ou démographique, **[Or. 19]** pour autant que, ce faisant, ils respectent, en particulier, le principe général de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. À cet égard, si des considérations d'ordre

budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un État membre et influencer la nature ou l'étendue des mesures qu'il souhaite adopter, de telles considérations ne peuvent constituer à elles seules un objectif légitime, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 (voir, par exemple, arrêt du 8 mai 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:375, point 43). Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) ne discerne toutefois pas, dans la présente affaire au principal, de justifications d'importance comparable au risque d'atteinte grave à un régime de retraite, qui seraient susceptibles de constituer un impératif d'intérêt général au sens de cette jurisprudence de la Cour.

- 36 Dans sa jurisprudence relative à la discrimination fondée sur l'âge, la Cour a en principe souligné la nécessité d'assurer la protection des droits acquis de la catégorie de personnes favorisées par le régime antérieur (voir, par exemple, arrêts du 8 mai 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:375, point 49, notamment ; du 28 janvier 2015, Starjakob, C-417/13, EU:C:2015:38, point 37, et du 14 mars 2018, Stollwitzer, C-482/16, EU:C:2018:180, point 41). Or, ce sont précisément les droits acquis des personnes de la catégorie favorisée par le régime antérieur qui ne sont pas préservés dans l'affaire au principal.
- 37 Dans sa jurisprudence, la Cour a certes également jugé qu'il n'y avait pas impérativement lieu, dans tous les cas de discrimination fondée sur l'âge, d'accorder une compensation financière qui corresponde au versement de la différence entre la rémunération que la personne discriminée aurait obtenue en l'absence d'une telle discrimination et celle qu'elle a effectivement obtenue (voir, par exemple, arrêts du 28 janvier 2015, Starjakob, C-417/13, EU:C:2015:38, point 49, et du 14 mars 2018, Stollwitzer, C-482/16, EU:C:2018:180, point 29). Il a néanmoins été considéré, dans ces cas, que les droits acquis de la catégorie antérieurement avantagée étaient préservés – contrairement à l'affaire au principal. Pour autant qu'on puisse en juger, la Cour de justice n'a pas encore précisé dans quels cas, dans quelles circonstances et à quel niveau cette différence peut être réduite. En tout état de cause, pour autant que l'on puisse en juger, elle n'a jamais dit qu'il serait conforme au droit de l'Union qu'une nouvelle disposition légale, assortie d'effets rétroactifs, place en définitive la catégorie antérieurement favorisée sur un pied d'égalité **[Or. 20]** avec la catégorie antérieurement désavantagée en ce qui concerne ses droits, de sorte que la personne antérieurement discriminée en fonction de l'âge n'ait aucun droit financier **[OMISSIS]**.
- 38 Il conviendrait en outre de tenir compte du fait que, en retenant une espérance de vie moyenne, B subirait, en application de la loi de révision de 2018, une perte non négligeable de pension par rapport à la situation juridique créée (judiciairement) par la non-application des dispositions discriminatoires, puisque les adaptations annuelles de la pension sont effectuées en pourcentage ou au moyen d'un montant fixe, à partir du droit à pension de l'année précédente [voir, à cet égard, les explications figurant dans la demande de décision préjudicielle du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 31 juillet 2020, Ro 2019/12/0005 e.a., C-405/20].

- 39 Il s'ajoute encore que, toujours selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE imposent aux États membres l'obligation d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union, afin de garantir le respect de ce droit fondamental au sein de l'Union. Le droit à un recours effectif est réaffirmé par la directive 2000/78 elle-même, dont l'article 9 de celle-ci dispose que les États membres veillent à ce que toute personne qui s'estime lésée par une discrimination puisse faire valoir ses droits (voir, en ce sens, par exemple, arrêts du 11 novembre 2014, Schmitzer, C-530/13, EU:C:2014:2359, point 49, et du 8 mai 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:375, point 60 et 61).
- 40 La détérioration rétroactive de la position juridique de la catégorie antérieurement favorisée, ainsi ramenée au niveau de la catégorie jusqu'alors défavorisée, aurait cependant pour conséquence de priver de toute efficacité ces voies de recours, dès lors que serait considérée comme conforme au droit de l'Union une disposition légale qui permettrait d'éliminer rétroactivement une discrimination constatée judiciairement dans un cas particulier, sans garantir aux personnes discriminées la possibilité de bénéficier de la différence par rapport au système de référence pour la période écoulée jusqu'à l'élimination effective de la discrimination. Le fait que, par application de cette thèse, la différence par rapport au système de référence doive être payée d'autant plus longtemps que la non-élimination de la discrimination [Or. 21] se prolonge paraît répondre à l'obligation de procéder à l'élimination immédiate et complète de la discrimination dès que celle-ci a été constatée (voir arrêt de la Cour du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839, point 41).
- 41 Dans ce contexte, force est également de tenir compte du fait que, si la loi de révision de 2018 est conforme au droit de l'Union, les fonctionnaires qui avaient invoqué la discrimination auront supporté des dépenses financières et assumé un litige avec leur employeur, sans que le fait d'avoir dénoncé avec succès la discrimination leur apporte en définitive le moindre avantage.
- 42 Le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) fait également remarquer que, dans la catégorie des fonctionnaires ayant introduit un recours pour faire valoir leurs droits au titre du droit de l'Union, il y a, d'une part, le sous-groupe des fonctionnaires qui ont déjà reçu, pour les années 2015 à 2018 incluses, des paiements sur la base d'un calcul non discriminatoire de leur pension de retraite et qui peuvent conserver cet excédent et, d'autre part, le sous-groupe des fonctionnaires qui n'ont pas reçu de tels paiements à ce jour, de sorte qu'ils n'ont bénéficié d'aucun avantage financier. La sous-catégorie à laquelle appartient un fonctionnaire dépend essentiellement de circonstances indépendantes de la volonté des fonctionnaires concernés, à savoir si et comment les autorités compétentes et les juridictions administratives ont décidé ou procédé dans le cas considéré, de sorte que l'efficacité des recours introduits par les fonctionnaires concernés pour faire valoir leurs droits au titre du droit de l'Union et le principe général d'égalité de traitement paraissent remis en cause.

- 43 Compte tenu des considérations qui précèdent, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) a décidé de saisir la Cour de la question préjudicielle figurant au début des présentes.

Vienne, le 11 octobre 2021

DOCUMENT DE TRAVAIL