
COUR DU TRAVAIL DE LIÈGE 8 FÉVRIER 2010

ASSURANCE

Assurance terrestre – Assurance groupe – Violation du principe de non-discrimination – Différence de traitement dans le calcul de la pension complémentaire, en fonction de la date d’adhésion à l’assurance groupe – Action en responsabilité extracontractuelle contre l’assureur – Prescription – Défaut de mise en garde de l’employeur contre l’éventualité d’une violation de la loi

L’action intentée par d’anciens travailleurs affiliés à un plan d’assurance groupe à l’encontre de l’assureur, sur la base de l’article 1382 ou de l’article 1383 du Code civil, pour tierce complicité dans la violation par l’employeur de dispositions légales interdisant les discriminations entre travailleurs relevant d’une même catégorie de personnel, est soumise au délai de prescription quinquennal prévu à l’article 2262bis, § 1^{er}, 2^{ème} alinéa, du Code civil.

Des dispositions d’un règlement d’assurance groupe qui, au sein d’une même catégorie de personnel, réservent, sans justification objective et raisonnable, le bénéfice d’une formule de calcul plus favorable, entrée en vigueur à une date déterminée, aux travailleurs adhérant au plan d’assurance groupe à partir de cette même date, à l’exclusion des travailleurs qui y avaient adhéré antérieurement à celle-ci, violent le principe de non-discrimination inscrit à l’article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969 révisant l’arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, ainsi qu’à l’article 4, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 1995 relative aux pensions complémentaires (‘loi Colla’).

Adopte un comportement négligent, au sens de l’article 1383 du Code civil, l’assureur qui n’attire pas l’attention de l’employeur, à tout le moins, sur l’éventualité d’une incompatibilité de dispositions d’un règlement d’assurance groupe avec le principe de non-discrimination.

VERZEKERING

Landverzekering – Groepsverzekering – Schending van het niet-discriminatiebeginsel – Verschil in behandeling bij de berekening van het aanvullend pensioen afhankelijk van de toetredingsdatum tot de groepsverzekering – Buitencontractuele vordering tegen de verzekeraar – Verjaring – Geen waarschuwing van de werkgever over een mogelijke schending van de wet

De vordering ingesteld tegen de verzekeraar op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek door oud-werknemers aangesloten bij een groepsverzekeringsplan wegens derdemedepligtigheid van de werkgever bij de schending van de wettelijke bepalingen ter bestrijding van discriminatie tussen werknemers die tot dezelfde personeels-categorie behoren, is onderworpen aan de vijfjarige verjaringstermijn voorzien in artikel 2262bis, § 1, 2^{de} alinea, van het Burgerlijk Wetboek.

Bepalingen in het reglement van de groepsverzekering die binnen eenzelfde personeels-categorie het voordeel van een gunstigere berekeningsformule die op een bepaalde datum in werking is getreden, zonder objectieve en redelijke verantwoording, voorbehouden aan werknemers die vanaf diezelfde datum tot dit verzekeringsplan toegetreden zijn, met uitsluiting van werknemers die reeds voorafgaand aan deze datum toegetreden waren, maken een schending uit van het niet-discriminatiebeginsel bepaald in artikel 45 van de wet van 27 juni 1969 ter herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, alsook in artikel 4, § 1, van de wet van 6 april 1995 betreffende de aanvullende pensioenen (‘wet Colla’).

De verzekeraar die nalaat de aandacht van de werkgever te vestigen minstens op het feit dat bepalingen van een reglement van een groepsverzekering mogelijks onverenigbaar zijn met het niet-discriminatiebeginsel, gedraagt zich nalatig in de zin van artikel 1383 van het Burgerlijk Wetboek.

D.H. et T.J. / SA AG Insurance

Siég.: J.-C. Germain (président), J. Devillers (conseiller social) et M.-R. Fortuny-Sanchez (conseiller social)

Pl.: Mes O. Strypstein loco Y. Strypstein et V. Petry, A.-S. Martens

(...)

I. Rappel**1. La cause**

L’appelant au principal, monsieur T., et l’appelante au principal, madame D., ont été employés par l’ASBL Cliniques

universitaires Saint-Luc (ci-dessous: l’ASBL) à partir, respectivement, du 1^{er} avril 1971 et du 1^{er} mai 1976.

Dès 1975, l’ASBL a conclu un contrat d’assurance de groupe accordant notamment une pension extra-légale au personnel de cadre des services administratifs et techniques. Monsieur T. a été ‘affilié’ à cette assurance le 1^{er} juin 1975 et madame D. le 1^{er} avril 1985 (c’est-à-dire qu’ils ont

répondu, à ces dates, aux conditions d'affiliation fixées par le règlement d'assurance).

Le 7 avril 1988, l'ASBL a conclu, avec la compagnie d'assurances à laquelle succède l'actuelle intimée au principal (ci-dessous: l'assureur), une nouvelle '*Convention d'assurance de groupe pension extra-légale*', assortie d'un nouveau règlement d'assurance. Celui-ci, en son article 3, fixe la formule de calcul de la rente viagère dont le capital est versé au bénéficiaire à l'âge normal de la retraite (65 ans ou 60 ans selon le sexe). Cette formule tient compte d'une durée de carrière différente pour les hommes (45 ans) et pour les femmes (40 ans). Ces dispositions ont été appliquées, à compter du 1^{er} janvier 1988, à tous les affiliés au régime d'assurance antérieur.

Le 23 février 1990, l'ASBL et l'assureur ont souscrit, avec effet au 1^{er} janvier précédent, une '*Annexe n° 3*' au règlement d'assurance, qui modifie, dans l'article 3 de ce dernier, la formule de calcul de la rente viagère "*pour les membres du personnel affiliés à partir du 1^{er} janvier 1988*". Il semble que la nouvelle formule était plus avantageuse que la précédente.

Le 24 juin 1996, l'ASBL et l'assureur ont signé, avec effet au 1^{er} janvier précédent, une '*Annexe n° II*' au règlement d'assurance. Celle-ci visait à remédier à la différence de traitement entre hommes et femmes, conformément à l'article 5 de la loi du 6 avril 1995, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, relative aux régimes de pensions complémentaires (dite 'loi Colla'). Elle uniformisait, pour les bénéficiaires tant féminins que masculins, sur la base d'une carrière normale de 45 ans, la formule de calcul de la rente viagère, telle que prévue dans le règlement d'assurance du 7 avril 1988 pour les bénéficiaires affiliés avant le 1^{er} janvier 1988 ou dans l'annexe n° 3 du 23 février 1990 pour les bénéficiaires affiliés depuis le 1^{er} janvier 1988.

Le 1^{er} décembre 1998, monsieur D. a accédé à la retraite, à l'âge de 65 ans; il avait perçu, le 30 novembre, un capital brut de 1.637.490 FB. Le 1^{er} juin 1999, madame D. a pris sa retraite à son tour, à l'âge de 61 ans; elle a perçu, le 5 juillet suivant, un capital brut de 280.879 FB. Ces montants ont été calculés conformément au prescrit de l'article 3 du règlement d'assurance du 7 avril 1988, modifié par l'annexe n° 11 du 24 juin 1996.

Le 26 septembre 2001, monsieur T. et madame D., par un exploit de citation commun, ont assigné conjointement l'ASBL et l'assureur à comparaître devant le tribunal du travail de Bruxelles. Ils demandaient que les parties citées soient condamnées, solidairement ou *in solidum* ou l'une à défaut de l'autre, à payer à monsieur T. un capital brut de 2.289.829 FB (ou 56.639,43 EUR) et à madame D. un capital brut de 3.728.470 FB (soit 92.426,36 EUR), ainsi que les intérêts judiciaires et les dépens.

D'après eux, les montants réclamés correspondaient à la différence entre le capital de la rente calculé selon la formule

figurant dans l'annexe n° 3, modifiée par l'annexe n° 11 en ce qui concernait Mme D., et le capital qui leur a été effectivement versé.

Dans leur acte introductif d'instance, ils invoquaient une discrimination entre les membres du personnel affiliés à l'assurance de groupe avant le 1^{er} janvier 1988 et ceux affiliés depuis cette date, "*bénéficiaires d'un régime beaucoup plus favorable*".

Ultérieurement, dans le cours de la procédure, ils ont fait plus précisément grief à l'ASBL, ainsi qu'à l'assureur en tant que tiers complice de l'ASBL, de la violation de:

1) l'article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, aux termes duquel "Tout employeur qui accorde volontairement à son personnel des avantages d'ordre social complémentaires de ceux qui résultent de la présente loi, doit les accorder sans distinction à tous les travailleurs de son entreprise appartenant à une même catégorie";

2) l'article 4, § 1^{er}, de la 'loi Colla' précitée (actuellement abrogée et remplacée par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale), suivant lequel "Tout employeur qui conclut un engagement de pension au profit des travailleurs ou d'une partie des travailleurs, ne peut créer de distinctions illicites entre les travailleurs de son entreprise qui appartiennent à une même catégorie."

2. La procédure

2.1. Le jugement du tribunal du travail de Bruxelles

(...)

2.2. L'arrêt de la cour du travail de Bruxelles

(...)

2.3. L'arrêt de la Cour de cassation

A la suite du pourvoi de l'assureur, partie demanderesse en cassation, monsieur T. et madame D. étant défendeurs, la Cour de cassation, en son arrêt du 12 mars 2007, fait les constatations et prend les décisions libellées comme suit:

"Après avoir énoncé que la demande des défendeurs contre la demanderesse est 'fondée sur la tierce complicité de la violation par l'employeur de l'article 45 de la loi du 27 juin 1969 et de l'article 4 de la 'loi Colla', et donc sur la responsabilité professionnelle extracontractuelle de l'assureur', l'arrêt, pour dire cette demande non prescrite, considère que 'aux termes de l'article 2262bis du Code civil, une telle demande en réparation d'un dommage fondée sur les articles 1382 et 1383 du même code (...) se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu

connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable'.

Il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que la demanderesse a soutenu que l'action était prescrite en vertu de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail tandis que les défendeurs ont fait valoir que leur action n'est pas soumise à la prescription annale prévue à cette disposition mais à la prescription triennale de l'article 34 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, sans qu'aucune des parties ait allégué que s'appliquait l'article 2262bis du Code civil.

En élevant d'office le moyen déduit de cette disposition, sans le soumettre à la contradiction des parties, la cour du travail a méconnu le droit de défense de la demanderesse."

Partant, en son dispositif, la Cour "casse l'arrêt attaqué en tant qu'il dit 'non prescrite et donc recevable' la demande de chacun des défendeurs contre la demanderesse" et "renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Liège".

II. Saisine de la Cour

Lorsque la Cour de cassation prononce une cassation partielle et renvoie la cause dans une mesure limitée, le dispositif non cassé de la décision attaquée ne peut plus être remis en question devant le juge de renvoi (Cass. 13 février 2006, *Pas.* 2006, I, p. 359).

Il suit que l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles ne peut être ici contesté en ce qu'il déclare prescrites les demandes de monsieur T. et madame D. à l'encontre de l'ASBL et non fondée leur demande tendant à solliciter l'avis de la Commission bancaire, financière et des assurances.

Ainsi que l'indique l'arrêt de la Cour de cassation, il appartient à la présente cour de statuer sur le point de savoir si, oui ou non, la demande de chacun des deux intéressés contre l'assureur est 'non prescrite et donc recevable'. Il lui appartient aussi de statuer, le cas échéant, sur le fondement de chacune desdites demandes, à l'égard duquel la cour du travail de Bruxelles ne s'est pas prononcée.

Plus précisément encore, comme l'arrêt de la Cour de cassation a pour effet de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt attaqué, sur les points qui peuvent encore être contestés, la présente cour est tenue de statuer sur le fondement de l'appel incident, qui querelle le jugement du tribunal du travail de Bruxelles en ce qu'il reçoit les demandes contre l'assureur et, si cet appel n'est pas fondé, sur le fondement de l'appel principal, en tant qu'il critique le jugement dans la mesure où celui-ci déclare non fondées les demandes contre l'assureur.

III. Fondement des appels

Il est donc logique d'examiner le fondement de l'appel incident de l'assureur avant celui de l'appel principal de monsieur T. et madame D.

1. Fondement de l'appel incident

Contrairement à ce que l'assureur soutient, les demandes dirigées contre lui ne sont pas prescrites en vertu de l'article 15, 1^{er} alinéa, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

En effet, cette disposition légale concerne la prescription des 'actions naissant du contrat'. Il est vrai que celles-ci peuvent découler, non seulement directement, mais aussi indirectement du contrat de travail. Mais elles ne visent que les actions exercées entre parties à ce contrat.

Il suit que les demandes litigieuses ne sont pas des actions naissant du contrat, car elles sont mues par monsieur T. et madame D. contre l'assureur, lequel n'était pas partie à leur contrat de travail conclu avec l'ASBL.

Par ailleurs, c'est à tort aussi que monsieur T. et madame D. continuent à argumenter que leurs demandes contre l'assureur seraient soumises à l'article 34 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, en ce qu'il dispose que "Le délai de prescription de toute action dérivant du contrat d'assurance est de trois ans."

En effet, leurs demandes ne dérivent pas du contrat d'assurance de groupe, même par le biais de la stipulation pour autrui dont ils sont les bénéficiaires, étant donné qu'elles ne tendent pas à obtenir l'exécution de ce contrat, ni des dommages et intérêts pour inexécution de l'une de ses clauses. C'est que l'assureur leur a payé très exactement ce qui était convenu, aux conditions convenues.

Mais monsieur T. et madame D. plaident aussi, et très clairement depuis l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles et l'arrêt de la Cour de cassation, que leurs demandes contre l'assureur constituent des actions en responsabilité extracontractuelle, basées sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette qualification peut être admise puisqu'ils sollicitent la reconnaissance de la tierce complicité de l'assureur dans la violation par l'ASBL des dispositions légales, citées plus haut, qui imposaient à celle-ci l'égalité de traitement entre bénéficiaires d'une même catégorie. Ils ajoutent réclamer en conséquence la réparation du dommage issu de la discrimination dont ils prétendent avoir été victimes.

Partant, il y a effectivement lieu d'appliquer aux demandes examinées l'article 2262bis du Code civil, du moins pour la période prenant cours le 27 juillet 1998, date de l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1998 qui a introduit cet article.

Ce dernier énonce en son § 1^{er}, 1^{er} alinéa: "Toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans". Il prévoit en son § 1^{er}, 2^{ème} alinéa: "Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable."

Si, en l'espèce, le délai de prescription débute le lendemain du versement du capital, jugé insuffisant par monsieur T. et madame D., qui est intervenu pour le premier le 30 novembre 1998 et pour la seconde le 5 juillet 1999, leur action commune intentée le 26 septembre 2001 n'est pas prescrite.

Si le départ de la prescription se situe, au plus tôt d'ailleurs, le lendemain de la signature, le 23 février 1990, de l'annexe n° 3 au règlement d'assurance du 7 avril 1998, considérée comme discriminatoire, l'action n'est pas non plus prescrite. En effet, avant la mise en application de l'article 2262bis, cette action se prescrivait par trente ans en vertu de l'ancien article 2262 du même code. Puis la loi du 10 juin 1998, introduisant l'article 2262bis, a adopté en son article 10 la disposition transitoire suivante: *"Lorsque l'action a pris naissance avant l'entrée en vigueur de la présente loi (soit le 27 juillet 1998), les nouveaux délais de prescription qu'elle institue ne commencent à courir qu'à partir de son entrée en vigueur. Toutefois, le délai total de prescription ne peut dépasser trente ans."*

Il faut ainsi conclure que la demande tant de monsieur T. que de madame D. contre l'assureur est *'non prescrite et donc recevable'*. Dès lors, l'appel incident est *non fondé*.

2. Fondement de l'appel principal

Avant d'apprécier la responsabilité de l'assureur dans la violation par l'ASBL des dispositions légales concernées, il faut commencer par examiner si celles-ci ont été ou non effectivement violées par l'ASBL. Ce fut au demeurant la démarche suivie par le premier juge puis par la cour du travail de Bruxelles.

2.1. Sur la violation de la loi

2.1.1. LES DISPOSITIONS LÉGALES INVOQUÉES

L'article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969, en vigueur lors de l'adoption des annexes n° 3 et n° 11 au règlement d'assurance, dispose donc que *"Tout employeur qui accorde volontairement à son personnel des avantages d'ordre social complémentaires de ceux qui résultent de la présente loi doit les accorder sans distinction à tous les travailleurs de son entreprise appartenant à une même catégorie."*

L'article 45, 2^{ème} alinéa, ajoute: *"Dans les entreprises qui occupent plus de vingt travailleurs, ces avantages doivent être accordés suivant un règlement établi avec le concours des représentants du personnel qui seront désignés selon une procédure fixée par arrêté royal."* Celui-ci, semble-t-il, n'a jamais été adopté. Cette carence constitue un obstacle, non pas à l'octroi des avantages visés, mais aux modalités de cet octroi telles qu'annoncées par l'article 45, 2^{ème} alinéa. Elle n'a donc pas pour effet de rendre inapplicable la règle de non-discrimination énoncée dans l'article 45, 1^{er} alinéa. Partant, c'est à tort que l'assureur prétend que l'article 45, tout entier, *"ne peut pas être retenu comme base juridique pour*

les entreprises occupant plus de vingt travailleurs" (dern. concl. synth., p. 30).

Pour mettre en œuvre l'article 45, 1^{er} alinéa, l'opération prioritaire consiste à déterminer la catégorie à laquelle appartiennent les travailleurs bénéficiaires des avantages complémentaires. Une fois cette catégorie circonscrite, l'employeur a l'obligation d'accorder les mêmes avantages à tous les travailleurs qui en font partie, sans aucune distinction. Si l'employeur crée néanmoins quelque distinction que ce soit, il n'y a pas lieu de rechercher si elle est licite ou non: elle est toujours illicite du seul fait qu'elle est contraire au prescrit de l'article 45, 1^{er} alinéa.

L'article 4 de la loi du 6 avril 1995 ('loi Colla'), lequel était d'application lors de l'adoption de l'annexe n° 11 qui n'a pas supprimé la distinction litigieuse figurant dans l'annexe n° 3, énonçait en son § 1^{er}: *"Tout employeur qui conclut un engagement de pension au profit des travailleurs ou d'une partie des travailleurs, ne peut créer de distinctions illicites entre les travailleurs de son entreprise qui appartiennent à une même catégorie."*

A première vue, une différence importante sépare cet article 4, § 1^{er}, et l'article 45, 1^{er} alinéa, précité: celui-ci oblige l'employeur à accorder les mêmes avantages complémentaires à tous les travailleurs d'une même catégorie, *sans distinction quelconque*; celui-là interdit à l'employeur, qui conclut un engagement de pension, de créer, entre travailleurs d'une même catégorie, *des distinctions illicites*. Cette différence n'est cependant qu'apparente, comme exposé ci-dessous.

La loi du 6 avril 1995, comme son arrêté royal d'exécution du 10 janvier 1996, ne définit pas la notion de *distinctions illicites*. Elle en donne simplement, dans son article 4, § 2, trois exemples, dont aucun n'était d'ailleurs vérifié en l'espèce.

D'après une circulaire ministérielle du 2 août 1996 (*MB* 7 août 1996), *"précisant quelques notions et dispositions de la loi du 6 avril 1995 (...) et de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 (...)"*, est considérée comme une distinction illicite: *"(...) 3° toute distinction contraire au principe d'interdiction d'une distinction quelconque entre les travailleurs appartenant à la même catégorie, repris à l'article 45 de la loi du 27 juin 1969 (...)"* (la circulaire tient aussi pour illicite toute distinction contraire à d'autres lois, ou encore *"qui ne repose pas sur un critère objectif et qui n'est pas raisonnablement justifiée"*).

Il est adéquat de s'inspirer de cette circulaire, même si elle ne lie pas le juge, pour déduire que l'article 45, 1^{er} alinéa, et l'article 4, § 1^{er}, chacun pour les avantages d'ordre social qu'il concerne, interdisent à l'employeur de créer une distinction quelconque, toujours illicite en soi, entre travailleurs appartenant à une même catégorie. C'est donc avec raison qu'il est reconnu que ces deux articles doivent être interprétés de façon similaire (*cf.* J.-M. BINON et M.-A. CRIJNS,

L'assurance groupe en Belgique, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 180-181).

2.1.2. LA DÉTERMINATION DE LA CATÉGORIE

Il convient de cerner, au regard de l'article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969, la *catégorie* à laquelle monsieur T. et madame D. appartenaient, dans l'entreprise gérée par l'ASBL, lors de l'adoption de l'annexe n° 3 au règlement d'assurance. La notion de *catégorie* n'est pas définie par cette loi. Il est admis qu'elle désigne, en termes généraux, un *groupe homogène* de travailleurs, auxquels il est raisonnable d'accorder les mêmes avantages d'ordre social.

Ce groupe est le plus souvent identifié en fonction de la nature du travail ou du niveau de responsabilité des travailleurs, suivant les catégories traditionnelles du droit social (ouvriers, employés, mais aussi personnel de maîtrise, cadres, personnel de direction, ou encore représentants de commerce, etc.). Des critères d'identification plus restrictifs peuvent, le cas échéant, être pris en considération, comme un régime spécifique de rémunération (cf. C. DE VOEDT, "Assurance, discrimination et différenciation", *Le droit de la lutte contre la discrimination en tous ses états*, Liège, CUP, 2009, p. 99).

En l'espèce, il est clair que la catégorie à laquelle ressortissaient monsieur T. et madame D. était celle correspondant au personnel de cadre des services administratifs et techniques de l'ASBL. Cette catégorie a été jugée suffisamment homogène pour lui accorder à partir de 1975 le bénéfice de la même pension extra-légale par assurance de groupe. Nul autre critère d'identification de la catégorie ne s'impose à la lumière des éléments du dossier.

Il suit que la distinction introduite par l'annexe n° 3 du 23 février 1990 parmi les membres de ce personnel de cadre pour le calcul du montant de leur pension extra-légale, selon qu'ils étaient affiliés à l'assurance de groupe avant le 1^{er} janvier 1988 ou depuis cette date, était une distinction contraire à l'article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969.

Le maintien de la même distinction par l'annexe n° 11 du 24 juin 1996 était contraire, non seulement audit article, mais aussi à l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 1995, dans lequel la notion de catégorie se définit bien sûr de manière identique.

2.1.3. LE JUGEMENT ATTAQUÉ

Pour sa part, le premier juge a choisi d'apprécier, dans le cadre de l'article 45, 1^{er} alinéa, l'opportunité de distinguer, parmi les membres du personnel de cadre visé, deux catégories séparées: les membres affiliés à l'assurance de groupe avant le 1^{er} janvier 1988 et ceux affiliés depuis cette date. Il a alors soulevé la question de savoir si ce critère de distinction, qui constitue un critère objectif, était '*raisonnablement justifié*' et répondait à une '*fin légitime*'.

Là-dessus, le jugement attaqué constate ce qui suit: "*Aucune information n'est donnée à ce sujet au tribunal. Le conseil de l'assureur et de l'employeur, interrogé à l'audience, n'a pas précisé quel a été l'objectif poursuivi à l'époque par la distinction faite entre les travailleurs affiliés avant ou à partir du 1^{er} janvier 1988. Ceci ne suffit pas à démontrer que la distinction aurait été dépourvue de motif et donc arbitraire*".

Puis le premier juge en tire la conclusion ci-après: "*Les demandeurs, à qui incombe la charge de la preuve (l'assureur et l'employeur devant néanmoins y collaborer), ne démontrent pas qu'un objectif illicite aurait été poursuivi ou que le critère de distinction retenu n'aurait pas été raisonnablement justifié par rapport à l'objectif poursuivi.*" Telle est la motivation principale sur base de laquelle les demandes de monsieur T. et madame D. ont été déclarées non fondées.

Il convient de formuler toutes réserves sur les considérations du premier juge concernant la charge de la preuve. Certes, il admet que l'assureur et l'employeur sont tenus d'y collaborer. Mais en réalité, c'est sur ceux-ci qu'elle repose essentiellement. En effet, ils sont bien mieux placés pour fournir et démontrer les raisons qui ont déterminé le choix du critère litigieux, alors que monsieur T. et madame D. n'ont, à l'époque, aucunement participé à ce choix.

La cour du travail de Bruxelles, comme le premier juge, a estimé utile de connaître ces raisons. Par son arrêt du 18 avril 2006, elle a rouvert les débats "*afin de permettre aux parties intimées, et plus particulièrement à (l'assureur), de préciser plus clairement les 'motifs historiques' qui ont conduit à adopter des régimes différents de pensions complémentaires pour les travailleurs affiliés avant le 1^{er} janvier 1988 et pour ceux affiliés après cette date (...)*".

Devant la cour de céans, l'assureur rapporte deux explications émanant de l'ASBL, l'une ayant déjà été présentée à la cour du travail de Bruxelles et l'autre étant ajoutée.

La première explication est la suivante: "*A l'origine des cliniques universitaires, le personnel était rémunéré par l'Université, avec un statut relevant du secteur public. Lors de la constitution des Cliniques Universitaires St-Luc en ASBL, la 1^{ère} formule d'assurance groupe a été construite de manière à garantir au personnel transféré de l'UCL à St-Luc, des avantages et une participation personnelle équivalents à ceux dont il bénéficiait à l'UCL. Lorsque sont arrivés les premiers affiliés avec participation personnelle, engagés avec les nouveaux barèmes et statuts St-Luc relevant du secteur privé, il est apparu que leur participation personnelle était supérieure à celle de l'employeur. Pour rétablir l'intervention de l'employeur pour les nouveaux travailleurs à un niveau comparable à celui des anciens, les avantages ont été augmentés avec l'introduction de la 2^{ème} formule. Le but était d'accorder aux nouveaux travailleurs une contribution patronale comparable à celle des anciens.*" (dern. concl. synth., p. 48).

Quant à la seconde explication, elle est formulée comme suit: “(...) la justification de la différence entre les plans d’assurance de groupe pourrait (sic) résulter de la volonté de fidéliser; autant que faire se peut, les nouveaux travailleurs pour éviter un trop grand turnover de personnel ainsi que des départs dans les hôpitaux leur octroyant des avantages salariaux plus importants. A l’époque de la conclusion de ces plans d’assurance de groupe, la situation des hôpitaux de Bruxelles n’était pas des plus florissantes et le secteur ‘non marchand’ ne disposait (et c’est toujours le cas actuellement) pas des mêmes ressources financières que le secteur de l’économie traditionnelle” (ibid., p. 49).

La première de ces explications est abstruse, voire techniquement incompréhensible. La seconde, évoquant le souci d’avantager les nouveaux membres du personnel par rapport aux anciens pour des raisons de concurrence, constitue une justification presque provocante de l’inégalité de traitement entre les uns et les autres.

En réalité, ces explications n’autorisent pas à distinguer, dans la catégorie du personnel de cadre bénéficiaire de l’assurance de groupe, deux sous-catégories constituées respectivement par les affiliés à l’assurance avant ou à partir du 1^{er} janvier 1988. A dire vrai, ce critère chronologique n’est pas un critère d’identification de la catégorie telle que visée par l’article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969 et par l’article 4, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 1995; c’est véritablement le critère de séparation entre les deux traitements inégaux appliqués.

2.1.4. CONCLUSION

En leurs conclusions de synthèse, monsieur T. et madame D. démontrent clairement que la nouvelle formule de calcul de la pension extra-légale est plus favorable que l’ancienne, qui a été mise en œuvre à leur égard.

L’ASBL a donc violé l’obligation d’égalité de traitement et de non-discrimination que lui imposaient, en tant qu’employeur, les dispositions légales précitées.

2.2. Sur la responsabilité de l’assureur

Il s’impose maintenant d’apprécier si l’assureur a engagé sa responsabilité extracontractuelle envers monsieur T. et madame D., sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, à l’occasion de la violation par l’ASBL de la règle de non-discrimination examinée plus haut et plus précisément lors de l’adoption des annexes n° 3 et n° 11 au règlement d’assurance de groupe.

2.2.1. SUR LA FAUTE

Il est vrai que l’assureur, comme il le souligne, n’avait aucune obligation personnelle de respecter l’égalité de traitement entre les bénéficiaires de l’assurance, ni en vertu de l’article 45, 1^{er} alinéa, ou de l’article 4, § 1^{er}, précités, ni dans le cadre légal de l’assurance de groupe, notamment au

regard de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d’assurances et de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre, ni non plus, contrairement à ce que soutiennent les appelants au principal, par l’effet de l’article 50, § 3 et 4, de l’arrêté royal du 17 décembre 1992 relatif à l’activité d’assurance sur la vie.

Il est exact aussi qu’avant l’entrée en vigueur de la loi Colla, l’employeur était seul responsable du contenu de la convention d’assurance de groupe. Il jouissait à ce sujet d’une entière liberté, sauf à respecter la règle de non-discrimination. Il n’était même pas tenu de consulter les représentants du personnel, en l’absence d’arrêté royal d’exécution de l’article 45, 2^{ème} alinéa, de la loi du 27 juin 1969. Quant à l’assureur, il avait essentiellement pour mission de gérer et d’exécuter la convention d’assurance, sauf stipulation lui confiant des responsabilités plus étendues. Ce qui précède est du reste confirmé, en la présente espèce, par les dispositions des articles 12 et 16 du règlement d’assurance souscrit le 16 avril 1988.

Il est vrai enfin, ainsi que l’assureur se plaît également à l’observer, que la loi Colla a confirmé, en son article 3, § 1^{er}, que “La décision d’instaurer, modifier ou abroger un régime de pension complémentaire relève de la compétence exclusive de l’employeur.” Celui-ci conservait la maîtrise du contenu de l’engagement de pension conclu au profit des travailleurs (cependant que la participation de ces derniers, par le truchement de leurs organes de représentation dans l’entreprise, était désormais prévue par l’art. 13 de la loi). En outre, comme indiqué plus haut, la règle de non-discrimination était confirmée et même amplifiée. En ce qui concernait ‘l’organisme de pension’, c’est-à-dire l’organisme assureur, il restait “chargé de la mise en œuvre de l’engagement de pension”, selon les termes de l’article 2, 8^o, de la loi.

Toutefois, les constatations ci-dessus n’empêchent pas d’envisager si l’assureur, lors de ses contacts avec le preneur d’assurance et dans l’exécution de sa mission, s’est montré normalement attentif et prudent alors que l’employeur lui soumettait des dispositions soulevant à tout le moins la question de leur compatibilité avec la règle de non-discrimination entre bénéficiaires de la même catégorie.

Certes, il faut établir que l’assureur connaissait, ou devait connaître, la règle violée. En tout cas, il en avait incontestablement connaissance dès qu’elle fut inscrite dans la loi Colla. Il apparaît au demeurant qu’après l’entrée en vigueur de celle-ci, l’assureur a pris l’initiative de proposer à l’ASBL un avenant, soit l’annexe n° 11, destiné à supprimer l’inégalité de traitement, qui découlait du règlement d’assurance, entre bénéficiaires masculins et féminins; cette inégalité était prohibée par l’article 5 de la loi, complémentaire de l’article 4. Pour la période antérieure, en tant que professionnel de l’assurance pratiquant régulièrement l’assurance de groupe au sein des entreprises, l’assureur devait aussi connaître cette règle fondamentale de non-discrimination figurant dans l’article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969.

Il suit que l'assureur aurait dû normalement avoir assez de vigilance et de prudence pour attirer l'attention de son cocontractant, l'ASBL, au minimum sur l'éventualité d'une infraction à ladite règle par l'adoption de deux formules différentes de calcul de la pension complémentaire. Or l'assureur ne nie pas qu'il n'en a rien fait, ni lors de l'adoption de l'annexe n° 3, qui introduisait cette différence, ni même lors de celle de l'annexe n° 11, qui la confirmait.

De la sorte, l'assureur a eu un comportement fautif, par négligence ou imprudence, comme prévu par l'article 1383 du Code civil. Ce comportement s'est révélé dommageable pour les bénéficiaires soumis à la formule désavantageuse, dont monsieur T. et madame D. Aussi, l'assureur engageait envers eux sa responsabilité, non pas contractuelle puisqu'il leur a payé exactement, en leur qualité de bénéficiaires de la stipulation pour autrui, ce qui avait été stipulé et promis, mais bien sa responsabilité extracontractuelle.

2.2.2. SUR LE DOMMAGE

Le dommage issu de la faute de l'assureur ne consiste pas dans la perte du capital supplémentaire dû à monsieur T. et madame D. En effet, il n'est pas certain que l'ASBL, prévenue par l'assureur d'une possible discrimination interdite par la loi, aurait spontanément payé ce capital. Peut-être aurait-elle accepté de le faire; peut-être l'aurait-elle refusé, soit sans exprimer de raisons, soit en donnant des raisons qu'elle pouvait croire bonnes ou raisonnables. L'effet d'un tel refus, c'est qu'il ouvrait à monsieur T. et madame D. le droit de réclamer à l'ASBL elle-même la totalité de leur dû.

En réalité, le préjudice causé par l'abstention fautive de l'assureur a consisté, pour les deux intéressés, dans la perte d'une chance d'obtenir de l'ASBL, sans devoir l'attirer en justice, le capital complémentaire qui leur revenait. Le silence de l'assureur les a privés de cette chance. C'est la perte de celle-ci qu'il est dès lors tenu d'indemniser.

Cela étant, il faut par ailleurs admettre que cette perte de chance fut aussi imputable à d'autres silences, confirmés par les éléments du dossier.

D'abord, il apparaît que les représentants du personnel de cadre ne se sont pas manifestés. Ils auraient pu le faire dès la souscription de l'annexe n° 3, notifiée aux travailleurs; ils auraient dû le faire lors de la signature de l'annexe n° 11, adoptée à un moment où leur participation en la matière était légalement organisée.

Ensuite, il est étrange que l'annexe n° 3 du 23 février 1990 a été approuvée, sans réserves ni commentaire, par l'Office de contrôle des assurances le 12 décembre suivant. C'est d'autant plus curieux que ce même office, saisi d'une demande d'avis le 20 janvier 2000 par le syndicat de monsieur T., a déclaré par courrier du 8 février que, "*selon sa doctrine*", serait illicite "*la distinction qui est faite entre les*

travailleurs en fonction d'une date, étant donné qu'une amélioration du plan est accordée aux nouveaux entrants et non aux anciens".

Enfin, il reste à s'étonner du silence observé par monsieur T. et madame D. eux-mêmes pendant plusieurs années après la notification de l'annexe n° 3 et longtemps encore après celle de l'annexe n° 11. De même ont-ils encore inexplicablement tardé à agir après l'expiration de leur contrat de travail et la réception de leur capital, au point de laisser prescrire leur demande à l'encontre de l'ASBL.

L'évaluation de ce préjudice résultant de la perte d'une chance doit être faite *ex aequo et bono*. Mais il faut aussi avoir à l'esprit la part de responsabilité propre à l'assureur dans cette perte. De plus, il convient de respecter un rapport de proportionnalité avec le montant net incontesté du capital complémentaire calculé en appliquant à chacun des intéressés la nouvelle formule de l'annexe n° 3 à partir du 1^{er} janvier 1988, soit 17.921 EUR pour monsieur T. et 27.684 EUR pour madame D.

Il est, dans ces conditions, approprié d'estimer les dommages et intérêts dus par l'assureur aux montants de 7.000 EUR pour monsieur T. et de 11.000 EUR pour madame D., sommes à majorer des intérêts judiciaires. Il suit que leur appel principal est *partiellement fondé*.

IV. Les dépens

Les deux demandeurs originaires succombent en partie sur leurs demandes dirigées contre l'assureur, lesquelles apparaissent comme partiellement fondées. Après compensation faite en application de l'article 1017, 4^{ème} alinéa, du Code judiciaire, il y a lieu de dire que l'assureur est redevable aux demandeurs originaires conjointement, au titre de dépens de la première instance, de la moitié des frais de citation de 131,16 EUR, à savoir 65,58 EUR, et de la moitié de l'indemnité de procédure de 205,26 EUR, à savoir 102,63 EUR, soit un total de 168,21 EUR.

Les deux défendeurs en cassation supportent, pour cette procédure, leurs propres dépens, à savoir 138,10 EUR (frais de signification du mémoire en réponse), et sont redevables à la demanderesse en cassation de ses dépens, liquidés au montant de 201,74 EUR (frais de signification du pourvoi).

Enfin, les appelants au principal succombent en partie sur leur appel et l'appelante sur incident totalement sur le sien. En conséquence, celle-ci leur doit, après compensation, les 3/4 de leurs frais de citation après cassation de 198,33 EUR, à savoir 148,75 EUR, et les 3/4 du montant de base de l'indemnité de procédure de 5.000 EUR, à savoir 3.750 EUR, soit un total de 3.898,75 EUR.

(...)

Note

*Devoir de conseil en assurance groupe: mieux vaut prévenir que guérir*Jean-Marc Binon¹

1. L'arrêt commenté, qui a déjà retenu l'attention de plusieurs spécialistes², constitue l'épilogue d'un contentieux opposant depuis près d'une décennie les Cliniques universitaires Saint-Luc à deux de leurs anciens employés, qui s'estimaient victimes d'une discrimination au niveau de leur pension complémentaire au motif que, ayant été affiliés à partir, respectivement, du 1^{er} avril 1971 et du 1^{er} mai 1976 à l'assurance groupe souscrite par leur employeur, ils avaient été exclus du bénéfice d'une formule de calcul (de la rente viagère) plus favorable, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988 et réservée aux travailleurs affiliés à partir de cette date³.

Il regorge d'enseignements intéressants, notamment en ce qui concerne le délai de prescription d'une action en responsabilité extracontractuelle intentée contre l'assureur et les contours de l'interdiction de discrimination entre travailleurs en présence d'un critère chronologique fondé, comme en l'espèce, sur la date de l'adhésion à l'assurance groupe. Cette note s'attardera toutefois essentiellement aux développements consacrés par la cour du travail de Liège à la question de la responsabilité civile de l'assureur groupe en cas de méconnaissance du principe de non-discrimination en matière de pensions complémentaires.

2. Liée à des agissements (des modifications du plan d'assurance groupe) remontant aux années '90⁴, l'affaire a eu pour toile de fond juridique l'article 45, 1^{er} alinéa, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, ainsi que l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 6 avril 1995 relative aux régimes de pensions complémentaires (dite 'loi Colla').

Ainsi qu'il est constaté au point III.2.2.1. de l'arrêt commenté, ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne rend formellement l'assureur débiteur de l'obligation de respecter le principe de non-discrimination. La première vise l'"employeur qui accorde volontairement à son personnel des avantages d'ordre social complémentaire", tandis que la seconde, aujourd'hui abrogée, concernait l'"employeur qui

conclut un engagement de pension au profit des travailleurs ou d'une partie des travailleurs". Partant de ce constat, la juridiction liégeoise s'est alors engagée sur la voie de la responsabilité civile, à la recherche d'une éventuelle faute ou négligence 'complice' dont se serait rendu coupable l'assureur à l'occasion des modifications litigieuses introduites dans le plan d'assurance groupe.

Un tel détour par le droit civil s'imposerait-il avec la même nécessité dans le contexte juridique actuel? Cela n'est pas certain. La loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale (dite 'loi Vandebroucke'), qui a pris le relais de la loi Colla, dénote en effet, en matière de discrimination, par sa tonalité plus impersonnelle, plus objective. Il n'y est plus question d'imposer au seul employeur le respect du principe de non-discrimination, mais de bannir, d'une manière générale, "toute forme de discrimination entre travailleurs, affiliés et bénéficiaires" (art. 14, § 1^{er}, 1^{er} al.).

Si une telle discrimination vient à trouver sa source dans un document (convention ou règlement d'assurance groupe) conclu entre l'"organisateur" de l'engagement de pension complémentaire, au sens de l'article 3, § 1^{er}, 5^o, de la loi Vandebroucke (la structure paritaire désignée par convention collective, dans le cas d'un régime sectoriel de pension; l'employeur, dans le cas d'un régime d'entreprise) et l'assureur groupe, aucun élément ne paraît faire obstacle à une mise en cause directe de ce dernier pour non-respect du principe de non-discrimination⁵. S'agissant, en tout cas, de l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien art. 141 Traité CE), relatif au principe d'égalité des rémunérations des travailleurs féminins et masculins, il ressort d'une jurisprudence européenne aujourd'hui bien établie que les organismes, tels que les assureurs groupe, en charge de la gestion d'un régime de pension professionnelle, bien qu'étant étrangers à la relation de travail, sont tenus d'assurer le respect dudit principe, dont l'effet direct peut

¹ Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Maître de conférences invité à l'UCL.

² Voy., notamment, P. DOYEN, note d'observations sous cet arrêt, *Forum de l'assurance*, n° 105, juin 2010, pp. 122-125 et Y. STEVENS, "Pension complémentaire. L'institution de pension peut être rendue responsable de discrimination", *Life & Benefits*, n° 6, juin 2010, pp. 2-5.

³ Pour une présentation et un commentaire de l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 18 avril 2006 visé au point I.2.2. de l'arrêt commenté, voy. P. ROELS, "Pensions complémentaires. Dans quelle mesure les assureurs sont-ils responsables?", *Life & Benefits*, n° 2, février 2007, pp. 1-4.

⁴ Le premier avenant au règlement d'assurance groupe (l'"annexe n° 3") date du 23 février 1990, tandis que le second (l'"annexe n° 11") a été signé le 24 juin 1996.

⁵ Ce même ton impersonnel imprègne les dispositions figurant à l'art. 12 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, ainsi qu'au même article de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Du reste, en précisant, au § 2, 4^{ème} al., que les dérogations légales à l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe sont admises tant dans le chef de l'organisateur que dans celui de l'organisme de pension ou d'assurance qui met en œuvre le régime, l'art. 12 de la première loi citée sous-entend, a contrario, que le respect du principe de non-discrimination qu'il énonce à son § 1^{er}, s'impose tant à l'organisateur qu'à l'assureur et que l'un comme l'autre sont passibles de sanctions civiles en cas d'infraction à ce principe.

être invoqué à leur encontre par les travailleurs affiliés, et ce, indépendamment des problèmes d'insuffisance de fonds qu'engendrerait, pour ces organismes, l'application de ce principe ou encore de l'existence, dans le droit national applicable, d'une protection juridique complète des travailleurs victimes d'une discrimination à l'égard de leur employeur⁶.

Resterait la question du délai de prescription d'une telle action contre l'assureur groupe, directement fondée sur une transgression de normes 'anti-discrimination'. Sauf à voir dans le contrat d'assurance groupe, dont bénéficient les affiliés par le mécanisme de la stipulation pour autrui⁷, le 'réceptacle' de l'obligation pour l'assureur de respecter ces normes à l'égard desdits affiliés⁸, il paraît difficile de regarder pareille action comme dérivant du contrat d'assurance, au sens de l'article 34 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, étant donné qu'elle ne vise pas à dénoncer une inexécution ou une exécution incorrecte du contrat en cause, mais bien l'obtention, au titre du principe de non-discrimination, d'une prestation complémentaire à celle censée découler des stipulations contractuelles. Il y aurait alors lieu de se tourner, comme l'a fait en l'occurrence la juridiction liégeoise, vers les règles de prescription applicables en matière de responsabilité extracontractuelle⁹.

Au bout du compte, l'attrait d'une telle action paraît donc résider essentiellement dans le fait que, à la différence de celle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, elle semble autoriser la victime (ici, l'affilié s'estimant discriminé) à s'en tenir, aux fins d'obtenir la réparation du préjudice allégué, à la preuve, outre de la réalité de ce dernier

de l'élément causal, d'une violation objective des dispositions légales pertinentes, sans qu'il soit besoin pour elle d'établir, ni pour le juge de vérifier, en sus de cette transgression matérielle de la loi, le caractère fautif ou négligent de celle-ci (en particulier, l'imputabilité subjective du comportement en cause à son auteur) à l'aune, notamment, du critère de la personne raisonnable et prudente placée dans la même situation¹⁰.

3. Revenant à l'arrêt commenté, l'on y perçoit la confirmation d'une tendance générale, déjà bien perceptible, notamment en assurance vie individuelle, consistant à doubler la mission 'informative' de l'assureur¹¹, dans la phase précédant la conclusion du contrat, d'un rôle de conseil et de mise en garde de son futur partenaire contractuel¹². L'émergence, doctrinale mais aussi jurisprudentielle, de ce devoir de 'conseil négatif' – pour reprendre une expression à présent consacrée par la doctrine française¹³ – entend consciencier l'assureur, en tant que professionnel de la finance, sur la nécessité de s'enquérir spontanément du profil exact de son client (son degré de connaissance, ses besoins, ses attentes), de l'orienter vers la solution ou le contrat le plus approprié à sa situation particulière et d'appeler son attention sur les risques ou les dangers potentiels inhérents à l'opération envisagée ou à certaines composantes de celle-ci.

Certes, l'assurance groupe est-elle, par essence, imprégnée davantage que d'autres branches d'assurance d'une dynamique de dialogue précontractuel, dans la mesure où la conclusion du contrat entre l'organisateur et l'assureur constitue souvent l'aboutissement de discussions et de négociations

6. Voy., notamment, les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 28 septembre 1994, C-200/91, *Coloroll Pension Trustees, Rec.*, p. I-4389 et C-128/93, *Fischer, Rec.*, p. I-4583, ainsi que du 9 octobre 2001, C-379/99, *Menauer, Rec.*, p. I-7275.

7. M. FONTAINE, *Droit des assurances* (3^{ème} éd.), Collection des Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 156-157.

8. Sur la tendance, en jurisprudence belge, à faire du contrat le réceptacle d'obligations diverses artificiellement rattachées au périmètre contractuel, voy., notamment, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *La fait générateur et le lien causal*, Collection Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 474-475.

9. Il ressort de l'art. 23, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de l'art. 18 de la loi de la même date tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, que, en cas de discrimination, la victime peut, à défaut d'application du droit de la responsabilité contractuelle, réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité extracontractuelle.

10. Dans le contexte de la directive 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, la CJUE va même plus loin puisqu'elle considère que, lorsqu'un Etat-membre choisit, pour les cas de violation de l'interdiction de discrimination, une sanction s'inscrivant dans un régime de responsabilité civile, une telle violation suffit pour engager, à elle seule, la responsabilité entière de son auteur, sans qu'il puisse être tenu compte des causes d'exonération prévues par le droit national (voy. arrêts du 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker, Rec.*, p. I-3941, points 19 à 29 et du 22 avril 1997, C-180/95, *Draehmpaehl, Rec.*, p. I-2195, points 16 à 22).

11. En assurance groupe, le devoir d'information précontractuelle est principalement régi par l'art. 15, § 1^{er}, b), du règlement général de contrôle (arrêté royal du 22 février 1991). Celui prescrit par l'art. 8, § 1^{er} à 3, de l'arrêté vie du 14 novembre 2003 ne concerne, pour sa part, pas l'assurance groupe (art. 43, § 1^{er}).

12. Voy., ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 29 novembre 2006 (*Bull. ass.* 2007, pp. 220-224 et observations C. DEVOET, "La cour d'appel de Mons rejette aussi le procédé de requalification de certains produits nouveaux d'assurance vie"), qui, à propos d'un contrat d'assurance vie individuelle alimenté par une prime manifestement exagérée au regard de la situation patrimoniale du preneur d'assurance, a condamné l'assureur *in solidum*, avec le bénéficiaire du contrat, au rapport de cette prime à la succession, au motif que ledit assureur, alors que sa connaissance de la situation générale du preneur aurait dû lui permettre de comprendre que le contrat en cause tendait à un détournement d'actifs successoraux, n'avait pas appelé l'attention du preneur, à la conclusion du contrat, sur les conséquences attachées par l'art. 124 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre aux abus visant à éluder l'application du droit commun des successions. Sur l'évolution du devoir d'information et de conseil en assurance vie individuelle, voy. notre contribution intitulée "La métamorphose du devoir de transparence en assurance vie individuelle", à paraître dans le dossier spécial 2010 du *Bull. ass.*

13. Voy., notamment, S. ABRAVANEL-JOLLY, note sous Cass. civ. 12 février 2009 (*RGDA* 2009, p. 539), qui renvoie à C. WILLEMS, "De la mise en garde à la dissuasion contractuelle", *Droit et patrimoine* 2002, n° 109, p. 32.

préalables à la mesure des enjeux financiers et commerciaux en cause. Mais l'intérêt de l'arrêt commenté réside sans conteste dans l'accent mis sur la responsabilité que peut encourir l'assureur – mais aussi, par analogie, toute personne, telle un consultant ou un avocat, impliquée dans la mise en place ou la transformation d'un régime d'assurance groupe¹⁴ – qui aurait omis d'attirer l'attention de l'organisateur, lors de l'instauration ou d'une modification subséquente du régime, à tout le moins sur le risque¹⁵ d'une incompatibilité de celui-ci avec la législation générale applicable à l'assurance groupe, que l'assureur, en tant que professionnel de la matière, ne peut, selon la juridiction liégeoise, feindre d'ignorer.

4. Cet exemple de 'mifidisation' de l'assurance groupe – pour emprunter au professeur Cousy¹⁶ sa terminologie employée pour désigner un apparent phénomène de contagion en provenance du droit européen des services d'investissement¹⁷ – illustre en réalité l'importance de la fonction – et de ses implications – que l'assureur qui entend s'investir dans le domaine des retraites professionnelles a vocation à assumer. Il ne s'agit pas uniquement d'obtenir la gestion, notamment financière, de l'engagement de pension pris en faveur des travailleurs et de décharger par la même occasion l'organisateur des diverses contraintes inhérentes à une telle gestion. Il s'agit aussi, et peut-être d'abord et avant tout, d'éclairer l'organisateur, de le conseiller et de l'avertir, à la manière d'un expert, de certains dangers lors de la phase préalable à la conclusion d'une opération complexe et généralement envisagée pour une durée indéterminée.

Il est, certes, vrai que, ainsi que le rappelle bien l'arrêt commenté (voir le point III.2.2.1.), l'organisateur a, en permanence, la maîtrise de l'engagement de pension comme tel, qu'il est seul compétent non seulement pour instaurer, mais aussi pour modifier ou abroger (art. 5 et 44 de la loi Vandebroucke). Mais – et tel semble être le signal lancé par la juridiction liégeoise – il serait réducteur de ne pas comprendre les fonctions de l'assureur, dans cette constellation triangulaire qu'incarne l'assurance groupe, comme englobant un devoir d'assistance et de partenariat à l'égard de l'organisateur, destiné à garantir, en faveur des affiliés et des ayants droit promis au bénéfice des prestations assurées, la conformité de l'engagement de pension et de son exécution au cadre légal et réglementaire ambiant. Est-il besoin de souli-

gner à cet égard que, nonobstant la responsabilité assumée par l'organisateur, en vertu de la relation de travail dont l'engagement de pension fait partie intégrante, en ce qui concerne la bonne fin de cet engagement¹⁸, c'est, aux yeux de l'affilié ou de l'ayant droit, l'assureur qui, par la grâce du mécanisme de la stipulation pour autrui, apparaît généralement comme le 'débitéur normal' de la prestation concernée¹⁹?

En retenant la tierce complicité de l'assureur dans la violation de la loi par les Cliniques universitaires Saint-Luc au motif que celui-ci ne s'était pas montré normalement attentif et prudent "alors que l'employeur lui soumettait des dispositions soulevant à tout le moins la question de leur compatibilité avec la règle de non-discrimination entre bénéficiaires de la même catégorie" (point III.2.2.1. de l'arrêt), l'arrêt annoté entend, en quelque sorte, calquer le droit sur cette perception générale, en voyant dans l'intervention de l'assureur bien plus que le fruit d'une opération technique d'externalisation de la gestion de l'engagement de pension pris par l'organisateur. Il l'investit d'une dimension supplémentaire, celle de garant de la légalité du cadre conventionnel censé œuvrer à la gestion et à la liquidation des prestations assurées.

5. L'arrêt commenté peut interpellé en ce que – peut-être parce que l'argument n'a tout simplement pas été débattu – il revient implicitement à attribuer en l'occurrence à l'organisateur le statut d'une partie faible ou d'un novice en la matière, se refusant ainsi à le considérer sur un pied d'égalité contractuelle avec l'assureur²⁰. Or, si l'on peut souscrire à l'idée, véhiculée par la théorie anglo-saxonne de la *financial illiteracy*, d'un renforcement du devoir d'information et de conseil du professionnel en présence d'un particulier ou d'un employeur de petite taille peu familiarisé aux complexités de l'assurance vie, il est, en revanche, permis de s'étonner de ce que la juridiction liégeoise n'ait apparemment pas tenu compte, d'une façon ou d'une autre, de la circonstance qu'un employeur de la taille des Cliniques universitaires Saint-Luc est censé disposer, de son côté, de ressources humaines, internes ou externes, propres à lui permettre de se forger lui-même une opinion sur la compatibilité de son plan d'assurance groupe avec la législation environnante.

Au final, le message véhiculé par l'arrêt semble être que la

¹⁴ Voy., en ce sens, P. ROELS, *o.c.*, p. 3.

¹⁵ Il ressort ainsi du point III.2.2.1. de l'arrêt commenté que le manque de vigilance et de prudence reproché par la cour du travail de Liège à l'assureur tient au fait que celui-ci n'a pas attiré l'attention de son cocontractant 'au minimum sur l'éventualité d'une infraction' à la règle de non-discrimination par l'adoption de deux formules différentes de calcul de la pension complémentaire.

¹⁶ H. COUSY, "Le secteur des assurances sera-t-il 'mifidisé'?", *Bull.ass.* 2009, pp. 245-254.

¹⁷ Une directive européenne du 21 avril 2004 (*JOUE* L 145, p. 1), connue sous le nom de directive 'MIF' en français ou 'MiFID' en anglais (*Markets in Financial Instruments Directive*), impose en effet un devoir de cette teneur aux entreprises actives dans le domaine des services d'investissement. Voy., à ce sujet, M. GRÉGOIRE et M.-D. WEINBERGER, "Responsabilité des intermédiaires financiers après MiFID. Deux observations en matière de conseil en investissement" in *Liber Amicorum J.-L. Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 559 et s.

¹⁸ Voy., en ce sens, l'art. 30 de la loi Vandebroucke, qui dispose que, en cas de sortie de l'affilié du régime de pension complémentaire, l'organisateur est tenu d'apurer les réserves acquises manquantes ainsi que le déficit par rapport aux garanties financières visées à l'art. 24 de cette même loi.

¹⁹ Voy., en ce sens, le point 31 de l'arrêt *Menauer*, cité à la note de bas de page 6.

²⁰ Voy., en ce sens, Y. STEVENS, *o.c.*, p. 4.

gestion d'un engagement de pension complémentaire repose sur l'idée d'une collaboration étroite entre l'organisateur et l'assureur au bénéfice ultime des affiliés et de leurs ayants droit, propre à les rendre complices d'un éventuel manquement à une norme légale.

6. Les développements consacrés par l'arrêt aux autres conditions d'engagement de la responsabilité civile que sont le préjudice allégué et le lien causal entre celui-ci et le manquement constaté dans le chef de l'assureur méritent, eux aussi, l'attention.

Certes prêteront-ils sans doute le flanc à la critique parmi les spécialistes de la responsabilité civile, en raison de la confusion qu'ils entretiennent entre ces deux éléments pourtant autonomes.

Doutant du fait que l'employeur, s'il avait été averti par l'assureur de l'existence d'une possible discrimination dans les dispositions régissant le plan d'assurance groupe, aurait spontanément régularisé la situation (ce qui aurait alors permis aux deux affiliés de percevoir, à leur départ à la retraite, le capital complémentaire qui leur revenait), la juridiction liégeoise choisit d'emblée de maquiller cette incertitude causale en requalifiant le préjudice allégué en la perte d'une chance d'obtenir ce capital complémentaire de l'employeur sans devoir l'attirer en justice²¹. Revenant ensuite sur le terrain de la causalité, elle s'emploie alors à identifier une série d'éléments qui, à côté du silence de l'assureur, ont, selon elle, également contribué à la survenance du dommage ainsi requalifié: passivité tant des représentants du personnel que des deux affiliés lors de l'adoption des avenants litigieux; approbation de l'un des avenants sans réserve par l'Office de contrôle des assurances (devenu la Commission bancaire, financière et des assurances). Par un dernier détour, la prise en compte de ces causes multiples la ramène finalement sur le terrain du préjudice (la perte de chance) réparable, qu'elle évalue *ex aequo et bono*, en veillant à préserver un rapport de proportionnalité avec le montant net incontesté du capital complémentaire revenant à chacun des deux demandeurs en application de la formule de calcul en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988 (respectivement, 17.921 EUR et 27.684 EUR).

Cette solution inspirée de l'équité, visiblement dictée par la difficulté pour la juridiction liégeoise de faire la part des choses parmi les différentes sources possibles de la discrimina-

tion subie par les demandeurs, a donc été préférée à une approche, sans doute plus orthodoxe, qui eût consisté, plutôt qu'à déplacer le point de vue vers la perte d'une chance, à prendre acte du caractère incontesté et, donc, certain du préjudice financier allégué par les demandeurs (à tout le moins, à concurrence des montants respectifs précités), à identifier, conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, les différentes causes concurrentes ayant, selon une certitude humaine raisonnable²², contribué à la réalisation de ce préjudice comme tel et, sauf à considérer, au vu des éléments du dossier (notamment, du 'feu vert' accordé à l'époque par l'OCA), qu'une mise en garde de l'assureur n'aurait pas empêché la survenance de ce dernier, à procéder le cas échéant à un partage des responsabilités tenant compte des comportements fautifs constatés dans le chef respectif de l'assureur et des demandeurs victimes de la discrimination alléguée.

Il reste que, en dépit de l'interférence douteuse qu'il génère entre les éléments de la causalité et du préjudice réparable, l'arrêt commenté a le grand mérite, à la différence de décisions de justice antérieures²³, de ne pas verser, au prix d'une occultation des autres éléments de la cause, dans la pure présomption ou dans l'affirmation péremptoire quant au caractère exclusif de la contribution du comportement fautif de l'assureur à la survenance du dommage allégué.

7. Il est bien sûr trop tôt pour savoir si cet arrêt aura valeur de précédent. Il reste que ce développement jurisprudentiel doit conduire tous ceux – à commencer par les assureurs – qui collaborent à la mise en place et à la gestion de régimes de pension complémentaire à redoubler de vigilance et de prudence dans l'accomplissement de leur mission. Une interrogation ou un doute sur la légalité de dispositions conventionnelles d'assurance groupe, quand bien même il ne trouverait pas, comme dans la présente affaire, d'écho auprès de l'autorité publique en charge de l'application et de l'interprétation de la législation concernée, devrait inciter l'assureur soucieux d'éviter une mise en cause ultérieure de sa responsabilité, à alerter l'organisateur sur les risques ainsi encourus, sans oublier au passage de s'en ménager la preuve à toutes fins utiles.

Mais même l'absence de doute, liée, par exemple, à des positions officielles ou doctrinales 'apaisantes', au sujet de la compatibilité du régime en cause avec la législation qui lui

21. Pour un recours comparable à cette solution, voy., en assurance vie individuelle, Mons 28 janvier 2009, *JLMB* 2009, pp. 1605 et s. Pour des prises de position critiques sur la confusion ainsi opérée entre le lien causal et le dommage réparable, voy., notamment, B. DUBUISSON, "La théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa?", *JT* 2007, pp. 493 et s.; I. DURANT, "La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement?" in P. WÉRY (dir.), *Droit des obligations. Développements récents et pistes nouvelles*, Collection Commission Université-Palais, vol. 96, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, pp. 37 et s.; J.-L. FAGNART, "La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain" in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Collection Droit des assurances, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 73 et s.; P. VAN OMMESLAEGHE, "Lien de causalité et dommage réparable: dérives et corrections" in *Liber Amicorum J.-L. Fagnart, o.c.*, pp. 687 et s. Voy. également B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *o.c.*, pp. 368-387.

22. L'expression est empruntée à P. VAN OMMESLAEGHE, *o.c.*, p. 690.

23. L'arrêt contraste en cela avec celui de la cour d'appel de Mons, cité à la note de bas de page 12, qui a constaté la responsabilité de l'assureur sans même examiner si le préjudice allégué par les héritiers réservataires grugés par le contrat d'assurance vie litigieux se serait produit, comme tel, en l'absence de manquement de l'assureur à son devoir de conseil ou de mise en garde à l'égard de son client.

est applicable ne met pas forcément l'assureur à l'abri d'une condamnation si, d'aventure, une juridiction venait par la suite à conclure, de son côté, au caractère illégal (en l'occurrence, discriminatoire) de tel ou tel volet du plan d'assurance groupe et à estimer qu'un assureur normalement prudent et diligent aurait dû, à tout le moins, émettre des réserves à cet égard à l'occasion de ses contacts avec l'organisateur. Et ce,

alors même que (ou parce que?) ce dernier pourrait, par le jeu des règles de prescription applicables aux actions dérivées du contrat de travail, est libéré de toute responsabilité à l'égard des personnes lésées.

Ce coup de semonce liégeois ne doit donc pas être pris à la légère. Mieux vaut prévenir que (devoir) guérir...