

Rép. n° 2012/ 2998

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 28 NOVEMBRE 2012

8ème Chambre

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES - fermeture
d'entreprises
Not. 580, 2° CJ
Arrêt contradictoire
Réouverture des débats le 12 juin 2013 à 13h30

En cause de:

1. A

2. B N

3. B C

4. B B

5. C S

6. C N

7. D E

8. D M

9. d M

10. D M

- 11. G I
- 12. G C
- 13. H M
- 14. I N
- 15. O A
- 16. P N
- 17. R A
- 18. S C
- 19. T M
- 20. V M
- 21. Y C
- 22. V E
- 23. T G
- 24. D M
- 25. J E
- 26. R W
- 27. C N

28. B J

29. C L

30. M M

31. D J

32. D G

33. 1. G J

2. M R

3. G X

Venant aux droits de Monsieur G F

34. C H

35. H M

36. H D

37. J J

38. J R

39. L F

40. L J

41. N F

42. R Y

43. S F

44. S G

45. S J

46. S R

47. W I

48. S G

49. V D

50. V H

51. V F

52. V A

53. V A

54. V M

55. V M

56. V M

57. V M

58. H J

59. I M

60. V

P

Parties appelantes :

Contre :

1. **FONDS D'INDEMNISATION DES TRAVAILLEURS LICENCIES EN CAS DE FERMETURE D'ENTREPRISE**, en abrégé **FFE**, dont le siège est établi à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 7,

Première partie intimée, représentée par Me HERBIET Benoît et Me JADOUL Laurent, avocats à LIEGE,

2. **ETAT BELGE**, représenté par Madame DE CONINCK, Ministre de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à 1070 BRUXELLES, Rue Ernest Blerot, 1,

Deuxième partie intimée, représentée par Maître CHAPOULAUD Vincent, avocat à 1030 BRUXELLES, Square Vergote, 20,

3. **d'IETEREN Alain**, avocat à 1170 BRUXELLES, Chaussée de La Hulpe 187 ; **VAN BUGGENHOUT Christian** et **VAN DE MIEROP Ilse**, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise, 106, agissant en qualité de curateurs à la faillite de la SA SABENA,

Troisième partie intimée, représentée Me HOOGSTOEL Tamara, avocat à BRUXELLES.

★

★

★

La Cour du travail après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Vu le jugement du 6 novembre 2009,

Vu la requête d'appel du 10 décembre 2009,

Vu les conclusions des parties et notamment les conclusions déposées,

- par les curateurs de la Sabena le 1^{er} mars 2011,
- pour le Fonds de fermeture le 2 mai 2011,

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire prise le 31 mai 2011 sur pied de l'article 748, § 2, du Code judiciaire,

Vu les conclusions des parties et en particulier, les conclusions de synthèse après réouverture des débats déposées,

- pour les parties appelantes, le 16 août 2011,
- pour l'Etat belge le 16 décembre 2011,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 29 février 2012,

Vu l'avis écrit du Ministère public déposé au greffe de la Cour du travail le 5 juin 2012,

Vu les répliques à cet avis déposées,

- pour les appelantes le 17 septembre 2012,
- pour l'Etat belge, le 17 septembre 2012,

Vu l'acte de reprise d'instance déposé par les héritiers de Monsieur François GERNAEY,

Attendu que l'affaire a été prise en délibéré après le dépôt des dernières répliques.

* * *

I. LES FAITS ET ANTECEDENTS DU LITIGE

1.

Le 29 mars 1984, la SABENA a conclu avec trois organisations syndicales une convention collective portant sur les modalités d'application d'un régime de pension complémentaire pour le personnel navigant.

Dans le respect des conditions énumérées à l'article 2 de cette convention collective, la SABENA s'engageait « à compléter la pension acquise par le nombre d'années à valoriser pour atteindre une carrière complète (30/30èmes PNM ou 34/34èmes PNC) dans l'aviation civile ».

Selon l'article 2, il fallait notamment, avoir atteint l'âge de 55 ans, avoir une carrière minimale de 20 ans (PNM) ou de 23 ans (PNC) dans l'aviation civile, ne pas avoir atteint une carrière complète et être entré à la SABENA avant un certain âge.

Une réversibilité du complément de pension était prévue en faveur de la veuve.

2.

Après que la SABENA ait, le 26 septembre 1995, dénoncé différentes conventions collectives, dont la convention du 29 mars 1984 relative aux modalités du régime de pension complémentaire pour le personnel navigant, il a été convenu par convention collective du 5 novembre 1996, de maintenir cette convention collective du 29 mars 1984, jusqu'au 31 décembre 1997.

3.

La SABENA a maintenu le bénéfice de la pension complémentaire, nonobstant la dénonciation des conventions collectives.

En 2001, la gestion financière et actuarielle en a été confiée à la société FORTIS ASSURANCES GENERALES.

Le 24 janvier 2001, FORTIS EMPLOYEE BENEFIT a informé le personnel que FORTIS AG était chargé depuis le 31 janvier 2001 d'assurer le paiement de la « pension complémentaire pour le personnel navigant ».

Il a été confirmé à cette occasion que cette modification n'aura aucune incidence sur les garanties.

Le transfert de la gestion du plan de pension a fait l'objet d'une convention du 3 août 2001, précisant¹, notamment :

- *« Afin de garantir les objectifs du Plan de prévoyance, la société cède, à partir du 1^{er} janvier 2001, ses obligations existantes en matière de gestion administrative et actuarielle à Fortis Employee Benefits. Cette convention de gestion constitue, pour Fortis Employee Benefits une obligation de moyen à l'égard de la Société.*

Fortis Employee Benefits gère les obligations reprises sous la forme d'une constitution d'une rente collective.

Puisque les montants pour les prestations à effectuer pour la gestion collective sont puisés directement dans le fonds de financement, le risque de décès est entièrement pris en charge par la Société.

Le taux d'intérêt minimum est le taux d'intérêt technique en vigueur au moment du calcul. Cette garantie n'est reconnue que postérieurement et uniquement sous les réserves déjà exprimées. Il s'en suit que le risque financier est supporté par la Société.

Fortis Employee Benefits accepte cette cession d'obligations après réception de la dotation calculée le 30 juin 2001 suivant les modalités reprises à l'article 4 » (article 1).

- *« Le 1^{er} janvier de chaque année, et pour la première fois le 30 juin 2001, les réserves minimales sont calculées sur la base des données communiquées par la Société à Fortis Employee Benefits ainsi que des fondements techniques.*

La dotation annuelle constitue la différence entre les réserves minimales et les réserves constituées dans le Fonds de financement auprès de Fortis Employee Benefits » (article 4).

- *« Le paiement de la dotation annuelle devra avoir lieu endéans les 30 jours qui suivent la date à laquelle elle est demandée.*

En cas de non-paiement de la dotation après cette période de 30 jours, les réserves qui se trouvent dans le Fonds de financement sont transférées vers des « certificats individuels de rente » auprès de Fortis Employee Benefits. (...) » (article 5).

¹ Traduction non contestée déposée par l'Etat belge.

- *« Le montant mensuel brut des rentes communiquées par la Société est payé mensuellement au bénéficiaire jusqu'au décès du bénéficiaire » (article 6).*

Une seconde convention conclue le 3 août 2001 précisait les différents coûts supportés par la SABENA pour rémunérer la gestion collective des rentes de pension du groupe SABENA.

4.

La SABENA a été déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 7 novembre 2001.

FORTIS EMPLOYEE BENEFITS n'ayant pas perçu la dotation qui devait être versée le 30 juin 2001, a interrompu le paiement de la rente aux membres du personnel navigant.

5.

Le 3 avril 2002, l'avocate de différents membres du personnel navigant a écrit au FONDS DE FERMETURE ce qui suit :

« (...) Au mois de janvier 2001, la SABENA a confié à FORTIS AG ses engagements en matière de gestion administrative et actuarielle résultant de la convention collective du 29 mars 1984.

La SABENA n'a pas rempli ses engagements à l'égard de FORTIS AG, qui dès lors :

- o a diminué les compléments de pension qui étaient dus à concurrence, grosso modo de la moitié des montants antérieurement perçus par les travailleurs pensionnés en droit de bénéficier de l'application de la convention collective ;*
- o ne paie pas du tout les travailleurs pensionnés après la faillite.*

Comme vous le savez la directive 80/987/CEE du Conseil des Communautés européennes prévoit en son article 8 : (...).

Sauf erreur de ma part la transposition de l'article 8 de la directive est l'article 4 de la loi du 30 juin 1967 portant extension de la mission du FONDS DE FERMETURE.

Pourriez-vous me faire savoir si votre Office a déjà eu son attention attirée sur ce problème et quelles sont ses intentions à ce propos ».

Il a été répondu à cette lettre que le FONDS DE FERMETURE ne peut accorder son intervention que pour les travailleurs ayant été licenciés dans les délais prévus à l'article 4 de la loi du 30 juin 1967 (soit en principe dans les 12 ou 18 mois précédant la date légale de fermeture).

Il a également été précisé qu'une exception à ces délais est d'application pour les indemnités complémentaires de prépension, mais pas pour les pensions complémentaires.

Le 24 septembre 2002, le FONDS DE FERMETURE a re-précisé son point de vue en indiquant que la garantie de paiement ne peut être accordée en vertu de la loi du 30 juin 1967 dans le cadre d'un régime de pension complémentaire.

La Ministre de l'emploi a confirmé ce point de vue dans un courrier du 30 septembre 2002.

6.

Le 11 octobre 2002, l'avocate de différents membres du personnel navigant a écrit aux curateurs de la SABENA afin d'obtenir la confirmation qu'ils « mettraient leur cachet » sur les formulaires BC 901 destiné au FONDS DE FERMETURE.

Ces derniers ont, le 16 octobre 2002, fait valoir que la créance en matière de pension complémentaire n'était pas privilégiée et que pour le reste, ils se rangeaient derrière la position du FONDS DE FERMETURE de sorte qu'ils n'avaient pas l'intention de faire figurer les pensions complémentaires dans les projets de BC 901.

Le 17 avril 2003, des formulaires BC 901 contenant la réclamation des sommes restant dues en matière de pension complémentaire ont néanmoins été adressés au FONDS DE FERMETURE.

7.

Par citation du 17 juin 2003, les appelants ont cité le FONDS DE FERMETURE et l'Etat belge à comparaître devant le tribunal du travail de Bruxelles.

Par requête déposée à l'audience du 26 juin 2003, les curateurs de la SABENA ont déclaré intervenir volontairement dans le litige afin que le jugement leur soit déclaré commun et opposable.

Les demandes dont le tribunal a été saisi peuvent être résumées comme suit :

- les appelants demandaient tout d'abord que la demande introduite contre le FONDS DE FERMETURE soit déclarée recevable dans la mesure où des formulaires BC 901 lui ont effectivement été adressés ; à titre subsidiaire, ils demandaient que la responsabilité des curateurs soit retenue ;
- les appelants demandaient ensuite que le FONDS DE FERMETURE soit condamné à prendre en charge les montants qui leur reviennent en vertu des conventions collectives du 27 avril 1982 et/ou 29 mars 1984, et dont elles sont privées depuis la faillite ;
- à titre subsidiaire, ils demandaient la condamnation de l'Etat belge à verser les montants repris dans les formulaires BC 901 ;
- à titre plus subsidiaire, ils demandaient au tribunal de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice.

Les curateurs ont introduit une demande visant à ce que la créance des appelants soit fixée conformément aux montants repris dans le dispositif de leurs conclusions.

8.

Par jugement prononcé le 6 novembre 2009, la 10^{ème} chambre du tribunal du travail de Bruxelles a déclaré la demande principale non fondée tant à l'égard du

FONDS DE FERMETURE que de l'Etat belge. Le tribunal a déclaré l'intervention volontaire des curateurs recevable et a dit leur demande incidente sans objet.

9.

Les appelants ont fait appel du jugement par une requête reçue au greffe de la Cour du travail le 10 décembre 2009.

II. OBJET DES APPELS ET DES DEMANDES

10.

Les appelants demandent à la Cour du travail de réformer le jugement et en conséquence de :

- constater que suite à la faillite de la société anonyme SABENA survenue le 7 novembre 2001, ils ne bénéficient pas, en tout ou partie, des conventions collectives du 27 avril 1982 et/ou du 29 mars 1984 alors qu'ils se trouvent dans les conditions prévues pour en bénéficier ;
- dire pour droit que le FONDS DE FERMETURE est tenu de leur payer, sur pied de la loi du 30 juin 1967, les montants qui leur reviennent en vertu des conventions collectives précitées et dont le paiement n'est plus assuré par FORTIS EMPLOYEE BENEFITS suite à la carence de la société faillie ;
- dire pour droit que les appelants peuvent invoquer l'effet direct de l'article 8 de la directive 80/897/CEE du 20 octobre 1980 à l'encontre du FONDS DE FERMETURE, premier intimé ;
- dire pour droit, également, que la loi du 30 juin 1967 doit être interprétée conformément à l'article 8 de la directive 80/897/CEE et qu'il en résulte que le FONDS DE FERMETURE, premier intimé, est tenu de payer aux appelants les montants qui leur reviennent en vertu des conventions collectives précitées et dont le paiement n'est plus assuré par FORTIS EMPLOYEE BENEFITS suite à la carence de la société faillie SABENA ;
- condamner le FONDS DE FERMETURE à payer à chacun des appelants les montants fixés par la curatelle (et repris au dispositif des conclusions) ;
- pour le cas où l'intervention du FONDS DE FERMETURE dépasserait le plafond légal, dire pour droit que les appelants conservent leur créance à l'égard de la faillite.

11.

A titre subsidiaire, les appelants introduisent une demande nouvelle visant à ce que le FONDS DE FERMETURE soit condamné à prendre en charge les cotisations dues par la S.A. SABENA à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS au titre de régime extra-légal de sécurité sociale.

Ils sollicitent que cette demande soit déclarée recevable et que le FONDS DE FERMETURE soit condamné à payer à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS les montants que la SABENA était tenue de verser à cette dernière en vertu de la convention du 3 août 2001.

12.

Plus subsidiairement, les appelants demandent que l'Etat belge soit condamné à payer à chacun des appelants les montants fixés par la curatelle et repris dans le dispositif des conclusions.

Encore plus subsidiairement, les appelants demandent à la Cour du travail de poser à la Cour de Justice de l'Union européenne, les questions préjudicielles suivantes :

1° L'article 6 de la directive 80/987 doit-il être interprété en ce sens que lorsqu'un Etat membre n'a pas fait choix expressément de l'option prévue par cette disposition, les articles 3, 4 et 5 de la directive trouvent application et les institutions de garantie visées à la section II doivent protéger des intérêts des travailleurs en ce qui concerne les droits acquis ou en cours d'acquisition au titre de régimes complémentaires de prévoyance existant en dehors des régimes légaux, tels qu'ils sont visés à l'article 8 de la Directive, soit par le versement de compléments de pension soit par le versement de cotisations à un Fonds de pension constitué avant la défaillance de l'employeur ?

2° Compte tenu de l'arrêt Robins du 25 janvier 2007 (CJCE, aff. C-278/05), faut-il considérer que la marge d'appréciation reconnue aux Etats membres dans la transposition de l'article 8 porte exclusivement sur le pourcentage d'intervention de l'institution désignée, en cas de défaillance de l'employeur, et non pas sur l'obligation pour les Etats de faire en sorte d'une manière ou d'une autre qu'en cas de faillite, le travailleur bénéficie de ce pourcentage de ses droits à prestations, de désigner une institution chargée du paiement de tels droits et d'assurer l'alimentation des fonds dus en cas d'insolvabilité de l'employeur ? L'article 8 peut-il être considéré comme d'effet direct dans cette mesure ?

3° Un Etat membre peut-il être considéré comme commettant une violation manifeste et grave dans la transposition incorrecte de l'article 8 de la directive 80/987 si la transposition de l'article 8 ne comprend aucun mécanisme d'alimentation complémentaire du fonds de prévoyance privé institué par l'employeur lorsque ce dernier se révèle insolvable et qu'aucune autre institution n'a été chargée d'assurer le paiement des montants prévus à l'article 8 de la directive. Subsidiairement, un Etat membre peut-il être considéré comme commettant une violation manifeste et grave s'il induit en erreur sur la portée de leurs droits les bénéficiaires de l'article 8 de la directive 80/987, les contraignant à mener une procédure longue et coûteuse et ne désignant l'institution chargée de l'alimentation des fonds qu'en degré d'appel en réponse une plainte déposée auprès de la Commission de l'Union européenne ?

Les appelants demandent que pour le cas où leur action ne serait pas déclarée fondée à l'égard du FONDS DE FERMETURE ou de l'Etat belge, il soit dit qu'ils conservent leur créance à l'égard de la faillite.

Ils demandent enfin la condamnation aux intérêts judiciaires sur les montants nets du 17 juin 2003 au 30 juin 2005, et sur les montants bruts à partir du 1^{er} juillet 2005.

III. POSITIONS DES PARTIES

A. Position des appelants

13.

Les appelants soutiennent, pour l'essentiel, que les compléments de pension sont des rémunérations dues en vertu de conventions individuelles ou collectives ou, à tout le moins des indemnités ou avantages dus en vertu de la loi ou de conventions collectives de sorte que le FONDS DE FERMETURE doit intervenir, conformément à l'article 2, § 1^{er} de la loi du 30 juin 1967, en cas de défaillance de l'employeur.

Ils ajoutent que l'article 4 de la loi du 30 juin 1967 ne fait pas obstacle à l'intervention du Fonds dans la mesure où les compléments de pension bénéficient, par analogie, du régime applicable aux indemnités de prépension.

Pour le surplus, les appelants font valoir que l'article 8 de la directive 80/987 fait obligation aux institutions de garantie d'intervenir pour les prestations de retraite, que la loi du 30 juin 1967 doit être interprétée en ce sens et qu'à défaut, il faut retenir la responsabilité de l'Etat belge qui devrait être considéré comme n'ayant pas correctement transposé les articles 6 et 8 de la directive.

Dans leurs dernières conclusions, les appelants font valoir que l'Etat belge aurait reconnu que la directive a été exécutée par le biais d'une obligation pour le FONDS DE FERMETURE de prendre en charge les cotisations destinées au financement des avantages complémentaires de sécurité sociale.

B. Position du FONDS DE FERMETURE

14.

Le FONDS DE FERMETURE fait valoir que les pensions complémentaires ne sont pas visées à l'article 2 de la loi du 30 juin 1967, que l'article 8 de la directive n'a pas d'effet direct et qu'en tout état de cause, la loi du 30 juin 1967 ne pourrait être interprétée en conformité avec cet article 8. Il estime en conséquence ne devoir intervenir ni dans le paiement des pensions complémentaires en lieu et place de la SABENA, ni dans le paiement de la dotation que la SABENA n'a pas versée à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS.

Le FONDS DE FERMETURE demande aussi à la Cour de considérer que les questions préjudicielles sont superflues et que la Cour de Justice y a déjà répondu dans son arrêt Robins.

A titre subsidiaire, le FONDS DE FERMETURE soutient que les appelants ne répondent pas aux conditions d'octroi visées à l'article 4 de la loi en ce qui concerne l'intervention du Fonds.

Le FONDS DE FERMETURE fait par ailleurs valoir que l'éventuel défaut de transposition ne pourrait concerner que la responsabilité de l'Etat belge.

Enfin, le FONDS DE FERMETURE fait valoir que s'il doit intervenir, il y a lieu de respecter les plafonds prévus par la loi du 30 juin 1967, de réserver à statuer sur les montants devant être remboursés, de limiter les intérêts légaux à ceux échus depuis l'échéance d'un délai de 4 mois suivant le dépôt du formulaire BC 901 et de dire qu'en cas d'intervention, il est subrogé dans les droits et actions des appelants à l'encontre des curateurs.

C. Position de l'Etat belge

15.

L'Etat belge soutient, lui aussi, que les prestations de pension complémentaire n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 2 de la loi du 30 juin 1967. L'Etat belge rappelle que pour l'application de cette disposition, la notion de rémunération doit s'entendre dans le sens prévu à l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 qui exclut de cette notion les compléments aux avantages accordés par les différents branches de la sécurité sociale.

L'Etat belge soutient également que les prestations de pension complémentaire ne sont pas des « indemnités ou avantages dus en vertu d'une loi ou d'une convention collective », mais des prestations dues en vertu d'une convention conclue entre la SABENA et la S.A. FORTIS EMPLOYEE BENEFITS. Il soutient que la convention collective du 29 mars 1984, n'a pas été reconduite au-delà du 31 décembre 1997.

L'Etat belge conteste qu'à défaut d'avoir exercé l'option prévue par l'article 6 de la directive 80/987, il aurait dû prévoir l'application des articles 3, 4 et 5 de la directive aux prestations de vieillesse prévues dans le cadre des pensions complémentaires. L'Etat belge confirme que la Commission européenne est d'avis que l'article 8 de la directive a été transposé de manière complète par la Belgique.

16.

En ce qui concerne la demande nouvelle des appelants, l'Etat belge invoque tout d'abord la prescription de l'action au regard de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978. Il ajoute que les appelants n'ont jamais sollicité de la SABENA et/ou des curateurs qu'ils prennent en charge les cotisations patronales restant dues au régime de pension extra-légale et que la dotation que la SABENA devait verser à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS ne saurait relever de l'article 5 de la loi du 30 juin 1967.

Pour contester la mise en cause de sa responsabilité dans la transposition de la directive 80/987, l'Etat belge se réfère à l'arrêt Robins. Il en déduit qu'il ne résulte pas de l'article 8 de la directive que les droits acquis ou en cours d'acquisition en matière de prestations de vieillesse relèvent des institutions de garantie.

Il expose qu'en l'espèce les intérêts des travailleurs sont protégés par la législation sur le contrôle des entreprises d'assurance, qui a été étendue aux institutions privées de prévoyance.

Il rappelle enfin qu'une mise en cause de sa responsabilité ne pourrait se faire qu'en présence d'une méconnaissance grave et manifeste de son pouvoir d'appréciation.

D. Position des curateurs

17.

Les curateurs qui sont intervenus dans le seul but que l'arrêt leur soit déclaré commun, n'entendent pas prendre part au débat relatif aux demandes formulées par les appelants contre le FONDS DE FERMETURE et l'Etat belge.

* *
*

IV. DISCUSSION

A. Nature des engagements de pension complémentaire tels qu'ils existaient à la date de la faillite

18.

Comme indiqué au n° 1 ci-dessus, la SABENA a conclu, le 29 mars 1984, une convention collective portant sur les modalités d'application d'un régime de pension complémentaire pour le personnel navigant.

Dans le respect des conditions énumérées à l'article 2 de cette convention collective, la SABENA s'engageait « à compléter la pension acquise par le nombre d'années à valoriser pour atteindre une carrière complète (30/30èmes PNM ou 34/34èmes PNC) dans l'aviation civile ».

A l'origine, l'engagement de pension était donc à charge de la SABENA et résultait d'une convention collective.

A juste titre, le FONDS DE FERMETURE relève qu'un engagement de pension ne doit pas être confondu avec un régime de prépension conventionnelle dans lequel l'employeur ne verse pas une pension extra-légale, mais complète temporairement les allocations de chômage : toute application par analogie du régime de garantie des indemnités complémentaires de prépension doit donc être écartée².

19.

A la date de la faillite de la SABENA, les prestations de pension complémentaire n'étaient plus dues en vertu d'une convention collective.

² Cette précision permet, dès à présent, d'indiquer qu'une application, par analogie, de la loi du 12 mai 1975 ayant étendu la mission du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises à certaines indemnités complémentaire de prépension, est exclue.

Il résulte des pièces déposées que la convention collective du 29 mars 1984 avait été conclue pour une durée indéterminée, qu'elle pouvait, selon son article 3, être dénoncée moyennant un préavis de 6 mois et qu'elle a effectivement été dénoncée, le 26 septembre 1995, par lettre envoyée aux organisations syndicales signataires.

Il est exact que par convention collective du 5 novembre 1996, il a été convenu de maintenir la convention collective du 29 mars 1984, en application jusqu'au 31 décembre 1997.

Après cette date, il a encore été fait référence à la convention collective du 29 mars 1984 dans d'autres conventions collectives sans qu'il en résulte néanmoins que les parties à ces conventions auraient eu l'intention de la prolonger au-delà du 1^{er} janvier 1998.

Ainsi, nonobstant ces références liées à l'objet spécifique de ces autres conventions, la convention collective du 29 mars 1984 a pris fin le 31 décembre 1997.

Ceci étant précisé, les obligations initialement prévues par la convention collective du 29 mars 1984, ont subsisté après le 1^{er} janvier 1998.

Si tel n'avait pas été le cas, la SABENA n'en aurait pas poursuivi l'exécution et n'aurait pas envisagé d'en confier la gestion administrative à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS.

C'est donc à juste titre que le tribunal a considéré que les obligations prévues par la convention collective du 29 mars 1984 subsistaient en tant qu'engagement unilatéral de l'employeur.

Vis-à-vis des travailleurs encore en service à la date du 1^{er} janvier 1998, le premier juge aurait pu également, - sans que cela ait d'incidence sur le niveau hiérarchique de la source de droit -, se référer à l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968 qui précise que « le contrat de louage de travail individuel implicitement modifié par une convention collective de travail subsiste tel quel lorsque la convention cesse de produire ses effets, sauf clause contraire dans la convention même ».

Les obligations en matière de pensions complémentaires subsistaient donc à un niveau individuel (et non plus collectif).

20.

L'engagement de pension souscrit par la SABENA n'a pas été externalisé : il n'a été financé ni dans le cadre d'une assurance de groupe, ni par une dotation à un Fonds de pension.

A la date de la souscription de l'engagement en 1984, la législation belge n'excluait pas que l'engagement de pension ne soit pas externalisé.

Il n'était donc pas exclu que des réserves ne soient pas constituées en-dehors du patrimoine de l'entreprise via une assurance de groupe ou au sein d'un Fonds de

pension : les engagements (ou promesses) de pension internes à l'entreprise restaient autorisés.

L'externalisation n'est devenue obligatoire qu'avec l'adoption de l'article 5, § 3, de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires, qui précise que « l'exécution de l'engagement de pension est confiée à un organisme de pension ».

Il résulte, en effet, de cette disposition que « l'obligation de confier les engagements de pension au profit des travailleurs à des organismes de pension agréés (des entreprises d'assurances ou des fonds de pension) implique que les fonds internes au sein d'une entreprise ne sont plus autorisés (...). L'objectif poursuivi est en effet de soumettre à un même contrôle et donc à une même protection tous les engagements de pension (level playing field). » (Rapport, Doc. parl., Doc n° 50-1340/005, p. 20).

21.

C'est à tort que l'Etat belge soutient en pages 38 et 39 de ses conclusions que la convention conclue avec FORTIS EMPLOYEE BENEFITS le 3 août 2001 a eu pour effet de décharger la SABENA de ses obligations à l'égard des pensionnés bénéficiaires des engagements prévus initialement par la convention collective du 29 mars 1984.

Comme l'indique clairement son article 1, la convention du 3 août 2001 avait uniquement pour objet la gestion administrative et actuarielle du plan de pension.

FORTIS EMPLOYEE BENEFITS a seulement souscrit une obligation de moyen à l'égard de la SABENA qui, selon ce même article 1, supportait le risque financier.

Il résulte d'ailleurs de la lettre adressée au personnel le 24 janvier 2001 que FORTIS AG n'était en charge que de l'exécution du paiement et que cette modification n'aurait « aucune incidence sur les garanties » : seule la SABENA restait engagée à l'égard des bénéficiaires.

Comme le relève le FONDS DE FERMETURE (voir page 42 de ses conclusions de synthèse), l'article 7 de la convention du 3 août 2001, en évoquant la possibilité de la souscription ultérieure d'une assurance de groupe, confirme que cette convention n'avait pour objet que la gestion administrative de l'engagement de pension de la SABENA et ne constituait pas, en soi, une assurance de groupe (la dotation constituant, du reste, un montant unique non-individualisable par travailleur).

Ainsi, à la différence d'un engagement de pension résultant d'une assurance de groupe ou d'un Fonds de pension, l'éventuel financement constitué par la SABENA ne se trouvait donc pas logé dans une entité disposant d'un patrimoine propre: cet éventuel financement (sur lequel les travailleurs ne disposent d'aucun droit ou privilège) s'est donc fondu dans la masse de la faillite.

22.

En résumé, à la date de la faillite, subsistaient des engagements individuels de pension, dans le cadre d'une pension interne à la SABENA.

C'est en fonction de cette réalité que les obligations respectives du FONDS DE FERMETURE et de l'Etat belge doivent être appréciées.

B. La demande de garantie du FONDS DE FERMETURE

B.1. Les dispositions pertinentes de la loi du 30 juin 1967

23.

Dans sa version applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juin 2002, la loi du 30 juin 1967 portant extension de la mission du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises précisait en son article 2, § 1er :

« § 1er. Lorsqu'en cas de fermeture d'entreprise au sens des articles 2 et 2bis de la loi du 28 juin 1966 (...), l'employeur ne s'acquitte pas de ses obligations pécuniaires envers ses travailleurs, le Fonds est chargé de leur payer :

1° les rémunérations dues en vertu des conventions individuelles ou collectives de travail ;

2° les indemnités et avantages dus en vertu de la loi ou de conventions collectives de travail ».

Selon les travaux préparatoires de la disposition légale ayant modifié l'article 2 de la loi du 30 juin 1967, le texte visé ci-dessus résulte d'une proposition du Conseil national du travail, de ne plus procéder à une énumération des indemnités et avantages dont le paiement est garanti par le FONDS DE FERMETURE mais de faire usage d'une formule générale.

Il a été précisé :

« La formule générale figurant dans la nouvelle rédaction de l'article 2 de la loi de 1967, recouvre notamment en ce qui concerne les avantages légaux :

1° la rémunération telle qu'elle est définie à l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération des travailleurs ;

2° les gratifications considérées comme éléments constitutifs de la rémunération sur la base des critères dégagés par la jurisprudence ;

3° les dommages et intérêts dus, en vertu de la loi, en cas de rupture de contrat... » (Exp. des motifs, Ch., sess. 1970-1971, n° 987, p. 6).

Il apparaît ainsi que l'intention du législateur était de se référer à la fois à la définition de la rémunération donnée par la loi du 2 avril 1965 et à celle retenue par la jurisprudence.

24.

Selon l'article 2 de la loi du 12 avril 1965, on entend par rémunération :

« 1° le salaire en espèces auquel le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement ;

(...)

3° les avantages évaluables en argent auxquels le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement.

Le Roi peut, sur proposition du Conseil national du Travail, étendre la notion de "rémunération" telle qu'elle est définie à l'alinéa premier.

Toutefois, ne sont pas à considérer comme rémunération pour l'application de la présente loi :

1° les indemnités payées directement ou indirectement par l'employeur :

(...)

c) qui doivent être considérées comme un complément aux avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale (...).

L'exclusion dont question à l'article 2, alinéa 3, 1°, c) concerne les prestations de pension versées via le Fonds de pension ou l'assurance-groupe mais pas les cotisations ou les primes d'une assurance-groupe payées par un employeur en exécution d'un règlement faisant partie d'un contrat de travail (voy. Cass. 4 février 2002, S.010103.N).

La Cour de cassation définit, par ailleurs, la rémunération comme étant « la contrepartie du travail exécuté en vertu d'un contrat de travail » (Cass. 20 avril 1977, Pas. 1977, I, p. 854 ; Cass. 12 septembre 1977, Pas. 1978, I, p. 36 ; Cass. 3 avril 1978, Pas. 1978, I, p. 853 ; Cass. 9 octobre 1978, Pas. 1979, I, p. 174 ; Cass. 26 février 1979, Pas. 1979, I, p. 764 ; Cass. 29 octobre 1979, Pas. 1980, I, p. 274 ; Cass. 24 décembre 1979, Pas. 1980, I, p. 499 ; Cass. 22 février 1982, Pas. 1982, I, p. 763 ; Cass. 9 septembre 1985, Pas. 1986, I, p. 14 ; Cass. 16 mars 1992, Pas. 1992, I, p. 643 ; Cass. 18 janvier 1993, Pas. 1993, I, p. 61 ; Cass. 11 septembre 1995, Pas. 1995, I, p. 795 ; Caas. 18 septembre 2000, Pas. 2000, n° 477...).

La Cour de cassation a récemment décidé que :

« Les paiements auxquels l'employeur s'est engagé en contrepartie des prestations de travail fournies en vertu du contrat de travail constituent des rémunérations au sens de l'article 2, § 1er, 1°, de la loi du 30 juin 1967 portant extension de la mission du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises » (Cass. 16 novembre 2009, S.09.0044.N).

Cet arrêt semble confirmer qu'il ne faut pas s'en tenir à la seule définition prévue par la loi du 12 avril 1965 mais qu'il faut aussi avoir égard à la définition de la rémunération donnée par la Cour de cassation.

25.

En vertu de l'article 4 de la loi du 30 juin 1967, l'intervention du FONDS DE FERMETURE n'est prévue qu'en faveur des ouvriers et des employés licenciés moins de 12 ou 18 mois avant la fermeture :

« Les dispositions de l'article 2 sont applicables, lorsque le contrat de travail a pris fin soit dans les douze mois qui précèdent la fermeture de l'entreprise (...), soit dans les douze mois qui suivent la fermeture (...), ce dernier délai étant porté à trois ans pour les travailleurs qui participent aux activités de liquidation de l'entreprise.

Pour les employés, le délai de douze mois précédant la fermeture de l'entreprise (...) est porté à dix-huit mois.

Les délais de douze et dix-huit mois, prévus aux alinéas 1er et 2, ne sont pas d'application pour les travailleurs licenciés qui bénéficient :
(...)

2° de l'indemnité prévue par une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail prévoyant l'octroi d'une indemnité complémentaire à certains travailleurs âgés en cas de licenciement ou d'une convention collective de travail conclue au sein d'un organe paritaire ou s'appliquant à une entreprise qui prévoit des avantages similaires à ceux prévus par une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail ».

26.

L'article 5 de la loi du 30 juin 1967 précise que lorsque le FONDS DE FERMETURE assure, à défaut de l'employeur, « les paiements prévus à l'article 2 », il est tenu « de payer aux organismes intéressés les cotisations patronales imposées par la législation relative à la sécurité sociale et par les conventions particulières ou collectives de travail concernant les avantages complémentaires de sécurité sociale ».

B.2. Application dans le cas d'espèce

27.

A juste titre, l'Etat belge et le FONDS DE FERMETURE insistent sur la nécessité de distinguer la garantie de paiement des prestations de pension complémentaire et la question du paiement des primes (ou dotations) prévues en vue du financement ou du paiement des prestations de pension.

Dans le cadre de la présente procédure, les appelants ont, à l'origine, sollicité l'intervention du FONDS DE FERMETURE à propos du versement des prestations.

Dans le cadre de leurs conclusions d'appel, ils ont également sollicité l'intervention du FONDS DE FERMETURE pour le paiement de la dotation restant due par la SABENA à l'égard de FORTIS EMPLOYEE BENEFITS.

B.2.1. Demandes relatives aux prestations de pension complémentaire

28.

L'engagement individuel qui subsistait dans le chef de la SABENA n'avait pas pour objet le paiement d'une rémunération.

Comme indiqué ci-dessus, en vertu de l'article 2, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 30 juin 1967, le FONDS DE FERMETURE doit intervenir, que la source de droit soit individuelle ou collective, mais uniquement pour les rémunérations.

En droit social coexistent deux définitions de la rémunération, à savoir celle résultant de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 et celle donnée par la Cour de cassation (cfr ci-dessus, n° 23).

Or, quelle que soit la définition retenue, les compléments de pension ne constituent pas une rémunération.

Ils constituent des avantages complémentaires de sécurité sociale et sont, à ce titre, expressément exclus de la notion de rémunération au sens de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965.

Par ailleurs, à la différence d'une prime versée par l'employeur en cours de contrat pour financer un engagement de pension, les compléments de pension ne sont pas une contrepartie du travail exécuté en vertu du contrat de travail.

Le FONDS DE FERMETURE ne peut être tenu d'intervenir sur la base de l'article 2, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 30 juin 1967.

29.

Comme indiqué ci-dessus, les engagements de pension subsistant dans le chef de la SABENA ne résultaient plus d'une convention collective.

Ils résultaient d'un engagement unilatéral de la SABENA, voire résultaient du contrat individuel de travail compte tenu de l'incorporation prévue par l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968.

Les appelants ne peuvent donc pas se prévaloir, vis-à-vis du FONDS DE FERMETURE, de l'article 2, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 30 juin 1967 qui, comme indiqué précédemment, vise les avantages dus en vertu de la loi ou de conventions collectives de travail.

B.2.2. Demandes relatives aux dotations dues à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS

30.

Comme indiqué précédemment, la convention du 3 août 2001 avait uniquement pour objet la gestion administrative et actuarielle du plan de pension : il s'agissait de prévoir, entre FORTIS EMPLOYEE BENEFITS et la SABENA, des modalités particulières d'exécution des engagements souscrits par cette dernière à l'égard de son personnel.

La dotation due à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS n'équivaut pas à la prime due à l'assureur-groupe ou au Fonds de pension, en vertu du règlement prévu par le contrat de travail du travailleur : elle ne sert pas à constituer des réserves pour faire face aux créances futures résultant d'un engagement de pension, mais à payer les sommes qu'au cours d'une année déterminée, l'employeur doit payer en vertu d'un engagement de pension interne à l'entreprise.

Par ailleurs, alors que dans le cadre d'une assurance de groupe ou d'un Fonds de pension, l'employeur est tenu, vis-à-vis de son personnel, de verser les primes et dotations en vertu du règlement d'assurance-groupe ou du règlement du Fonds de pension prévu par le contrat de travail, la dotation à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS ne résulte que de la convention du 3 août 2001 à laquelle les travailleurs salariés et les pensionnés n'étaient aucunement associés.

S'il a été jugé que « les paiements auxquels l'employeur s'est engagé en contrepartie des prestations de travail fournies en vertu du contrat de travail constituent des rémunérations au sens de l'article 2, § 1er, 1°, de la loi du 30 juin 1967 » (voy. Cass. 16 novembre 2009), il n'en est pas de même de la dotation destinée à permettre la gestion administrative et actuarielle du plan de pension en vertu d'une convention à laquelle les appelants n'ont pas été associés.

En l'espèce, la dotation due à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS pourrait d'autant moins résulter d'un engagement souscrit en contrepartie des prestations de travail fournies en vertu du contrat de travail, qu'elle résulte d'une convention souscrite à un moment où la plupart des appelants étaient déjà pensionnés.

Dans ces conditions, la dotation prévue par la convention du 3 août 2001 ne constitue pas une somme pour laquelle le FONDS DE FERMETURE pourrait être tenu d'intervenir sur base de l'article 2, § 1^{er} de la loi du 30 juin 1967.

31.

De même, le FONDS DE FERMETURE ne pourrait être tenu d'intervenir sur la base de l'article 5 de la loi.

La dotation prévue par la convention du 3 août 2001 n'est pas liée aux salaires et avantages visés à l'article 2 de la loi du 30 juin 1967, mais résulte d'une convention particulière intervenue avec un tiers, - à un moment où la plupart des appelants étaient déjà pensionnés -, en vue d'assurer la gestion actuarielle et administrative des engagements de pension auxquels la SABENA restait tenue.

C. Responsabilité de l'Etat belge pour cause de transposition insuffisante de la directive 80/987.

C.1. Les principes utiles à la solution du litige

C.1.1. La directive 80/987 CEE du 20 octobre 1980

32.

En vertu de la directive 80/987 CEE du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, les États membres doivent mettre en place une institution de garantie qui assure le paiement, dans certaines limites, des créances impayées des travailleurs salariés.

L'article 3 précise :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent, sous réserve de l'article 4, le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de

travail ou de relations de travail et portant sur la rémunération afférente à la période qui se situe avant une date déterminée.

2. La date visée au paragraphe 1 est, au choix des États membres: - soit celle de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur,

- soit celle du préavis de licenciement du travailleur salarié concerné, donné en raison de l'insolvabilité de l'employeur,

- soit celle de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur ou celle de la cessation du contrat de travail ou de la relation de travail du travailleur salarié concerné, intervenue en raison de l'insolvabilité de l'employeur ».

L'article 4 prévoit la possibilité de limiter la période d'intervention de l'institution de garantie et de plafonner ladite intervention, « afin d'éviter le versement de sommes allant au-delà de la finalité sociale de la présente directive ».

L'article 5 précise que :

« Les États membres fixent les modalités de l'organisation, du financement et du fonctionnement des institutions de garantie en observant notamment les principes suivants:

a) le patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs et être constitué de telle façon qu'il ne puisse être saisi au cours d'une procédure en cas d'insolvabilité;

b) les employeurs doivent contribuer au financement, à moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics;

c) l'obligation de paiement des institutions existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement ».

33.

Les articles 6 à 8 de la directive concernent les obligations en matière de sécurité sociale (et d'avantages complémentaires de sécurité sociale).

L'article 7 concerne l'incidence du non versement des cotisations dans le cadre des régimes légaux de sécurité sociale. Il n'est pas directement en cause dans la présente affaire.

En vertu de l'article 6,

« Les États membres peuvent prévoir que les articles 3, 4 et 5 ne s'appliquent pas aux cotisations dues au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ou au titre des régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale » (article 6).

Selon le rapport de la Commission européenne du 15 juin 1995, « l'article 6 de la directive ne vise pas directement les cotisations que les employeurs doivent verser pour les travailleurs qu'ils emploient. Les différents Etats membres sont donc libres de décider si ces cotisations doivent ou non être également protégées contre l'insolvabilité, alors même qu'elles ne sont pas prélevées sur la rémunération du travail » (Rapport, Com(95) 164, final, du 15 juin 1995, p. 37).

34.

En vertu de l'article 8,

« Les États membres s'assurent que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement de l'employeur à la date de la survenance de l'insolvabilité de celui-ci, en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droits en cours d'acquisition, à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale » (article 8).

Dans son rapport du 15 juin 1995, la Commission précisait que « les mesures nationales visant à garantir le paiement au régime de prévoyance des cotisations non payées par l'employeur, ne suffisent pas, bien entendu, pour répondre à ce but (à savoir protéger les créances futures). L'Etat doit prendre des mesures prudentielles ou intervenir par tout autre moyen (par exemple, obligation de constituer des réserves, contrôle des investissements, indépendance en tous les cas du fonds, assurance, etc.) nécessaire au bon fonctionnement des institutions de prévoyance qui doivent pouvoir, à tout moment assurer la protection des intérêts des travailleurs, notamment le droit au versement de leurs prestations de vieillesse en cas d'insolvabilité de l'entreprise » (Rapport, Com(95) 164, final, du 15 juin 1995, p. 43-44).

Dans le cadre de ses observations générales formulées à propos de l'article 8, la Commission signalait que « lorsque la prévoyance est directement prise en charge par l'entreprise, en cas d'insolvabilité, le danger pour les travailleurs de perdre leurs droits acquis ou en cours d'acquisition, peut être (...) plus grand » (Rapport du 15 juin 1995, précité, p. 42). Dans le même rapport, à propos de l'Allemagne, elle soulignait l'existence d'un mécanisme de garantie pour les promesses directes de prestations par l'employeur (Rapport du 15 juin 1995, précité, p. 45).

35.

Dans l'affaire ROBINS (aff. C-278/05, arrêt du 25 janvier 2007), une juridiction du Royaume-Uni a posé différentes questions à la Cour de Justice en rapport avec l'article 8 de la directive 80/987.

Par la première question, il était en substance demandé à la Cour si l'article 8 de la directive doit être interprété en ce sens que, en cas d'insolvabilité de l'employeur et d'insuffisance des ressources de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, le financement des droits acquis à des prestations de vieillesse doit, d'une part, être assuré par les États membres eux-mêmes, et, d'autre part, être intégral.

La Cour a répondu par la négative à cette question, en précisant que « les termes utilisés laissent aux États membres une marge d'appréciation quant au mécanisme à adopter aux fins de cette protection » et qu'un « État membre peut donc prévoir, par exemple, plutôt qu'un financement par les pouvoirs publics, une obligation d'assurance à la charge des employeurs ou la mise en place d'une institution de garantie dont il déterminera les modalités de financement » (points 36 et 37).

La seconde question portait sur le niveau de protection qui doit être atteint.

La Cour de Justice a précisé, notamment, que « en l'état de l'expression de la volonté du législateur communautaire, il doit (...) être constaté que des dispositions de droit interne susceptibles d'aboutir, dans certaines situations, à une garantie des prestations limitée à 20 ou 49 % des droits auxquels pouvait prétendre un travailleur salarié, c'est-à-dire à moins de la moitié de ces droits, ne peuvent être considérées comme répondant à la définition du terme « protéger » utilisé à l'article 8 de la directive » (point 57).

Enfin, la dernière question concernait la responsabilité de l'Etat membre en cas de transposition insuffisante de la directive (cfr infra).

C.1.2. Principes régissant la responsabilité de l'Etat pour défaut de transposition complète

36.

En règle, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers (voir, notamment, les arrêts de la CJUE du 9 mars 1978, *Simmenthal*, point 16, 106/77, Rec. p. 629; et du 19 juin 1990, *Factortame*, point 19, C-213/89, Rec. p. I-2433).

Comme la Cour de Justice l'a jugé dans l'arrêt du 13 novembre 1990 (*Marleasing* C-06/89, Rec. p. 1-4135, point 8), en appliquant le droit national, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci.

Les directives n'ont pas d'effet direct horizontal. Elles ne peuvent créer d'obligations dans le chef de particuliers. Elles peuvent par contre, sous certaines conditions, être opposées à l'Etat :

« dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore si elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État » (CJUE, arrêt du 19 janvier 1982, *Becker*, points 24 et 25, 8/81, Rec. p. 53).

37.

La circonstance que les droits reconnus par une directive ne présentent pas toutes les conditions permettant qu'ils soient réclamés à un Etat, n'exclut pas qu'une action en responsabilité puisse être dirigée contre cet Etat en raison d'une transposition insuffisante de la directive.

La Cour de Justice a reconnu que la possibilité d'une réparation à charge de l'Etat membre « est particulièrement indispensable lorsque le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'Etat et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire » (aff. C-6/90 et 9/90, Francovich et autres, arrêt du 19 novembre 1991, point 34).

La responsabilité d'un Etat membre pour des dommages causés aux particuliers par une violation du droit communautaire suppose néanmoins que trois conditions soient remplies.

Il faut que :

- la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers ;
- la violation soit suffisamment caractérisée;
- il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées (aff. C-278/05, Robins, arrêt du 25 janvier 2007, point 69 et jurisprudence citée aff. C-46/93, Brasserie du pêcheur et Factortame, arrêt du 5 mars 1996, point 51 ; aff. C-5/96, Hedley Lomas, arrêt du 23 mai 1996, point 25; aff. C-424/97, Haim, arrêt 4 juillet 2000, Rec. p. I-5123, point 36 ; aff. C-63/01, aff ; Evans, arrêt du 4 décembre 2003, Rec. p. I-14447, point 83),

En cas de marge d'appréciation étendue, « la responsabilité de l'Etat membre concerné est subordonnée à la constatation d'une méconnaissance manifeste et grave, par ledit Etat, des limites qui s'imposaient à son pouvoir d'appréciation » (aff. C-278/05, Robins, arrêt du 25 janvier 2007, point 70).

Le juge national doit à cet égard se prononcer en tenant compte de tous les éléments qui caractérisent la situation qui lui est soumise:

« Parmi ces éléments figurent, notamment, outre le degré de clarté et de précision de la règle violée et l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire (voir arrêts précités Brasserie du pêcheur et Factortame, point 56, et Kobler, point 55) » (arrêt Robins, point 77)

C.2. Appréciation dans le cas d'espèce

C.2.1. Transposition de l'article 6 de la directive

38.

Comme indiqué ci-dessus, selon l'article 6 de la directive, « les États membres peuvent prévoir que les articles 3, 4 et 5 ne s'appliquent pas aux cotisations dues au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ou au titre des régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ».

Il résulte des termes de cette disposition qu'elle ne concerne que les cotisations à l'exclusion des prestations de vieillesse, proprement dites.

Par ailleurs, la Belgique n'a pas fait usage de la faculté d'exclusion prévue par l'article 6.

Elle a, au contraire, prévu un mécanisme de garantie pour les retenues et les cotisations patronales (cfr l'article 5 de la loi du 30 juin 1967).

Il a toutefois été précisé ci-dessus que ce mécanisme légal est inapplicable à la dotation prévue par la convention du 3 août 2001.

Il reste à vérifier si le législateur pouvait ne pas rendre l'article 5 de la loi du 30 juin 1967, applicable à une dotation telle que celle prévue par la convention du 3 août 2001.

39.

Même en l'absence d'utilisation de l'exclusion prévue par cet article, l'article 6 de la directive ne faisait pas obligation à l'Etat belge de prévoir une garantie pour le paiement d'une dotation telle que celle prévue par la convention du 3 août 2001.

En principe, cet article 6 ne concerne pas les cotisations que les employeurs doivent verser pour les travailleurs qu'ils emploient mais seulement celles qui doivent être « précomptées » sur les salaires que l'institution de garantie doit prendre en charge (voy. en ce sens, Rapport, Com(95) 164, final, du 15 juin 1995, p. 37).

Par ailleurs, même s'il fallait envisager une garantie pour les cotisations patronales, il y aurait lieu, compte tenu de la référence faite à l'article 3 de la directive, de considérer que l'obligation en cause ne concerne que les cotisations qui se rattachent aux salaires dont l'institution de garantie doit assurer le paiement.

Or, la dotation à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS, qui n'est pas individualisable et qui résulte d'une convention à laquelle les travailleurs et les pensionnés sont étrangers, ne se rapporte pas à des salaires dus aux appelants.

Surabondamment, à la date de la faillite, la plupart des appelants n'étaient plus employés de la SABENA depuis un délai plus long que celui adopté en exécution de l'article 3, § 2, de la directive.

40.

En conséquence, il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'envisager un défaut de transposition de la directive 80/987 concernant les cotisations dont question à l'article 6 de la directive à propos du financement des régimes complémentaires de prévoyance existant en dehors des régimes légaux de sécurité sociale.

C.2.2. Transposition de l'article 8 de la directive 80/987

41.

L'article 8 de la directive laisse aux Etats une marge d'appréciation importante en ce qui concerne les modalités de protection des intérêts des salariés et des anciens salariés qui bénéficient de leur pension.

C'est ainsi que les Etats ont, à tout le moins, le choix entre l'intervention d'une institution de garantie et l'obligation de constituer des réserves en-dehors du patrimoine de l'entreprise.

Dans ces conditions, même s'il fallait considérer que l'article 8 n'a pas été complètement exécuté en droit belge, ce dernier ne pourrait être interprété dans le sens d'une extension de la mission de garantie du FONDS DE FERMETURE.

C'est, dès lors, à juste titre que ce dernier considère que la question de la transposition ne le concerne pas.

42.

Comme l'a relevé l'avocat-général au point 48 de ses conclusions présentées le 13 juillet 2006 dans l'affaire ROBINS, « dans le cadre d'un régime (...), où (...) l'employeur est tenu de verser la différence entre ce qui est couvert par le régime de retraite privé et le montant qui a été promis, le droit du travailleur est exposé au risque d'insolvabilité de l'employeur à concurrence de cette différence. Par conséquent, dans la mesure où l'insolvabilité de l'employeur fait obstacle au paiement complet de la créance consistant en cette différence, il y a, dans ce cas, une atteinte aux intérêts du travailleur découlant de l'insolvabilité ».

Les travailleurs sont, a fortiori, soumis à un risque d'insolvabilité lorsque, comme en l'espèce, c'est la totalité de l'engagement de pension qui est à charge de l'employeur.

43.

Dans ses conclusions (n° 43 à 50, en particulier), l'Etat belge conteste le défaut de transposition de l'article 8 de la directive 80/987.

Il fait valoir qu'en ce qui concerne les droits acquis et les droits en cours d'acquisition à des prestations complémentaires de vieillesse, les intérêts des travailleurs salariés et de ceux ayant déjà quitté l'entreprise à la date de survenance de l'insolvabilité, sont protégés de deux manières.

La protection résulte, tout d'abord, de ce que la Belgique n'a pas fait usage de la possibilité de se soustraire à l'article 6 de la directive 80/987 de sorte que le FONDS DE FERMETURE doit intervenir pour les cotisations patronales destinées au financement des avantages complémentaires de sécurité sociale.

Il a toutefois été précisé ci-dessus, que la disposition de droit belge ayant valablement transposé cet article 6 n'est pas applicable à la dotation convenue entre SABENA et FORTIS EMPLOYEE BENEFITS.

Une seconde protection résulte de la législation sur les entreprises d'assurance, telle qu'elle a été étendue aux institutions de prévoyance :

- en vertu de la législation sur le contrôle des entreprises d'assurances, l'assureur doit être constitué sous forme d'une société distincte, qui, selon l'article 9, § 1^{er}, de la loi du 9 juillet 1975³, doit avoir un objet social « limité aux opérations d'assurance, de capitalisation ou de gestion de fonds collectifs de retraite, ainsi qu'aux opérations qui en découlent directement » ; les réserves constituées dans le cadre d'une assurance de groupe sont protégées dès lors qu'elles ne font plus partie du patrimoine de l'entreprise et que les activités de l'assureur sont contrôlées ;
- de même, lorsque l'engagement de pension est mis à charge d'une institution de prévoyance comme un Fonds de pension, l'article 9, § 2, de la loi du 9 juillet 1975, précisait déjà à l'époque (suite en particulier à l'arrêté royal du 14 mai 1985 concernant l'application aux institutions de prévoyance de la loi du 9 juillet 1975) que ce Fonds doit être distinct de l'employeur et doit être constitué soit sous forme d'une association sans but lucratif, soit d'une mutualité.

44.

Il ne résulte pas des explications actuellement fournies par l'Etat belge, qu'à l'époque des faits, les intérêts des travailleurs bénéficiaires d'un engagement de pension interne à l'entreprise, étaient protégés contre l'insolvabilité de leur employeur.

Dès lors que pour ces travailleurs, il n'était question ni de réserves constituées en-dehors du patrimoine de l'entreprise, ni d'institution privée de prévoyance distincte de l'employeur, on peut se demander si les mécanismes issus de la législation sur le contrôle des entreprises d'assurance étaient applicables.

Il est exact que la Commission européenne, dans son rapport du 15 juin 1995, avait conclu à la conformité de la législation belge avec l'article 8 de la directive.

Il n'en résulte pas pour autant que la directive avait été correctement transposée en ce qui concerne les engagements de pension internes à l'entreprise.

En effet, en page 44 de son rapport, la Commission ne paraît pas avoir eu en vue qu'à côté des engagements souscrits dans le cadre d'une assurance-vie groupe ou d'un Fonds de pension (un « fonds de retraite professionnel »), les entreprises pouvaient encore prendre des engagements de pension internes.

Ce silence peut sembler étonnant dans la mesure où la Commission avait, en page 42 de son rapport, relevé les risques élevés d'insolvabilité « lorsque la prévoyance est directement prise en charge par l'entreprise ». Ce silence est toutefois susceptible de s'expliquer par un déficit d'information de la part de

³ Tel qu'en vigueur à l'époque des faits.

l'Etat belge (déficit au sujet duquel les parties seront invitées à s'expliquer, cfr ci-dessous).

45.

Dans la mesure où l'Etat belge n'a pas été amené à s'expliquer sur le mécanisme de protection qui aurait pu être d'application lorsque comme en l'espèce, il est question d'un engagement de pension interne à l'entreprise (et non d'une assurance de groupe ou d'un Fonds de pension), une réouverture des débats est nécessaire.

Il y a lieu d'inviter les parties à s'expliquer sur les mesures qui auraient été d'application pour les engagements de pension internes à l'entreprise et plus généralement sur les modalités de protection, dans cette hypothèse, des intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise à la date de la survenance de l'insolvabilité.

De même, en vue d'apprécier correctement l'existence d'une violation suffisamment caractérisée de l'article 8 de la directive et du lien de causalité entre cette éventuelle violation et le dommage subi, il y aurait lieu que l'Etat belge s'explique sur certaines informations communiquées en son temps à la Commission européenne, notamment, dans le cadre du recours en manquement introduit à propos de la directive 77/187/CEE (aff. 237/84).

C'est ainsi que dans une note JUR/GV/8052/DK3/RB (pièce 16 du dossier de l'Etat belge), il était apparemment affirmé que « la réglementation interdit (à l'employeur) d'instaurer ou de maintenir en vigueur des régimes de pension extra-légaux s'il ne confie pas l'exécution de ces régimes à une entreprise d'assurances agréée ou à un fonds de pension... ».

Il était de même précisé :

« La réglementation belge assure une protection complète des droits des travailleurs à des prestations extra-légales de vieillesse et de survie, les droits des travailleurs ne pouvant être lésés ni par la cession de l'entreprise de l'employeur ou d'une partie celle-ci ni par l'insolvabilité de cette entreprise. En effet, le système belge conduit à une constitution de provisions en-dehors de l'entreprise de l'employeur, provisions couvertes par des actifs indépendants du patrimoine de l'entreprise et sur lesquels les travailleurs ont une créance qui n'est pas influencée par le sort de l'entreprise » (souligné par la Cour).

Or, à l'époque, les entreprises avaient encore, semble-t-il, la possibilité de prendre des engagements de pension internes (sans constitution de réserves en-dehors de l'entreprise).

S'il devait se confirmer que cette explication a été donnée par l'Etat belge et qu'elle était incomplète, il y aurait lieu de s'interroger sur :

- le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis,
- le point de savoir si l'Etat belge pouvait, sans excéder la marge d'appréciation qui était la sienne, affirmer, d'une part, que le système belge impose la constitution de provisions en-dehors de l'entreprise

de l'employeur et, d'autre part, tolérer qu'il soit dérogé à ce principe, par le biais d'engagements de pension internes à l'entreprise,

- l'incidence de ce manquement sur le dommage subi par les appelants dans la mesure où il pourrait être envisagé qu'en cas d'information complète, la Belgique aurait été invitée, plus rapidement, à supprimer les engagements internes de pension et la SABENA aurait été amenée à constituer, en temps utile, des réserves auprès d'un assureur ou d'un Fonds de pension.

Les parties sont invitées à débattre de ces questions.

46. Plus généralement, les parties sont, aussi, invitées à s'expliquer sur les éléments qui paraissent distinguer la présente affaire de l'affaire ROBINS.

C'est ainsi que dans la présente affaire et sous réserve des explications que pourrait encore donner l'Etat belge,

- les engagements de pension souscrits par la SABENA ne semblent bénéficier d'aucune protection alors que dans l'affaire ROBINS, une protection partielle était assurée ;
- le rapport de la Commission du 15 juin 1995 indiquait que le Royaume-Uni avait correctement exécuté l'article 8 de la directive 80/987 (voy. arrêt Robins, point 81) ; il n'était pas allégué toutefois que les explications fournies par le Royaume-Uni étaient incomplètes ;
- de même, dans le cas de la Belgique, le Gouvernement semble avoir fait état d'une « protection complète des droits des travailleurs à des prestations extra-légales de vieillesse et de survie » (voy. JUR/GV/8052/DK3/RB, pièce 16 du dossier de l'Etat belge), ce qui dans l'affaire ROBINS ne semble pas avoir été le cas.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire,

Après avoir pris connaissance de l'avis écrit de Madame G. COLOT, Substitut général, avis auquel il a été répliqué,

Déclare l'appel et les demandes des appelants recevables et dès à présent non fondés, en ce qu'ils visent :

- à la condamnation du FONDS DE FERMETURE à payer des arriérés de prestations de pension complémentaire et/ou les dotations impayées par la SABENA à FORTIS EMPLOYEE BENEFITS,
- à la condamnation de l'Etat belge pour cause de transposition incomplète de l'article 6 de la directive 80/987 ;

Dans cette mesure, confirme le jugement dont appel,

Réserve à statuer sur le surplus des demandes,

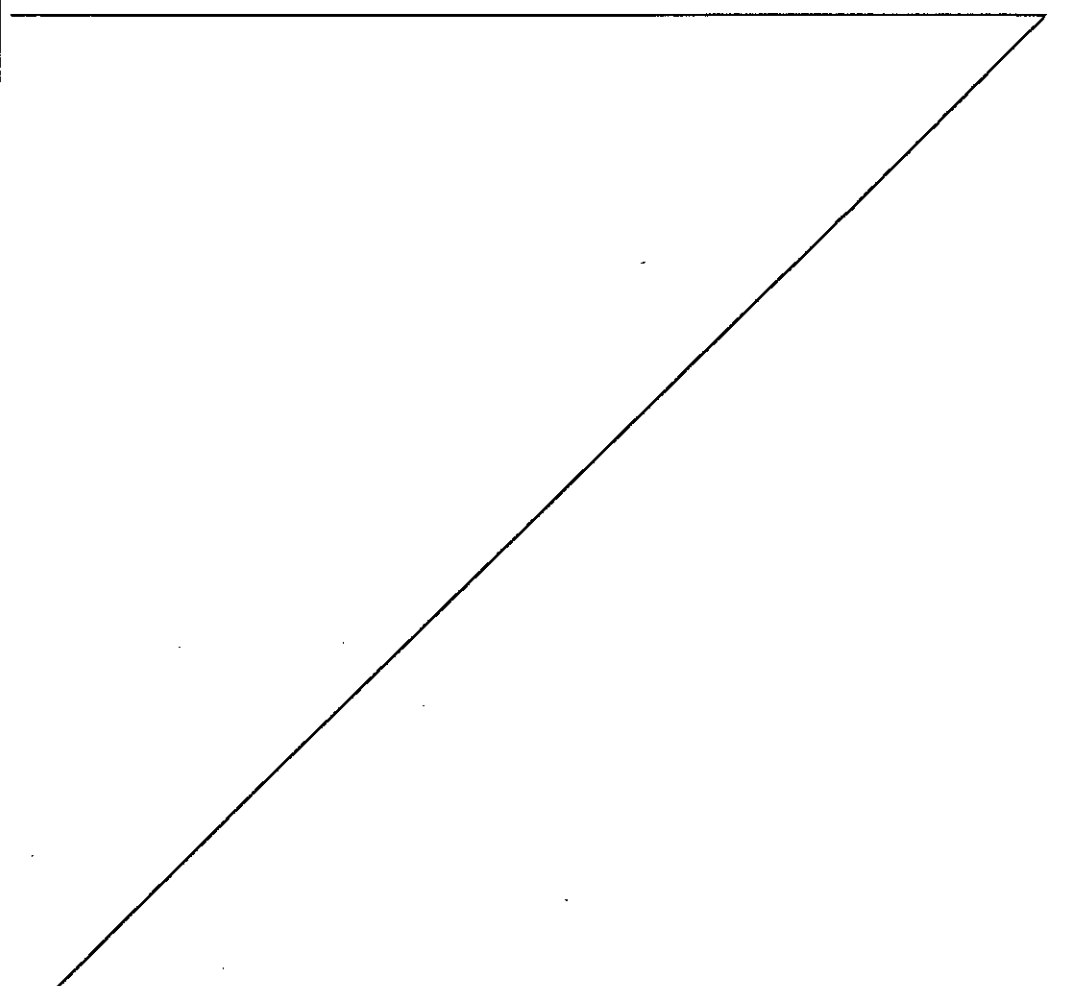
Ordonne la réouverture des débats en ce qui concerne la demande de condamnation de l'Etat belge pour cause de transposition incomplète de l'article 8 de la directive 80/987 ;

Fixe comme suit le calendrier d'échanges des conclusions :

- L'Etat belge, le FFE et les curateurs déposeront leurs conclusions au greffe et les communiqueront aux parties appelantes pour le 30 janvier 2013 au plus tard ;
- Les parties appelantes déposeront leurs conclusions en réplique au greffe et les communiqueront aux autres parties pour le 15 mars 2013 au plus tard ;
- L'Etat belge, le FFE et les curateurs déposeront leurs conclusions de synthèse au greffe et les communiqueront aux autres parties pour le 30 avril 2013 au plus tard.

Fixe la réouverture des débats à l'audience publique de la 8^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 12 juin 2013 à 13h30, siégeant à 1000 Bruxelles, Place Poelaert, 3, salle 07 pour une durée de plaidoiries de 60 minutes.

Réserve les dépens.

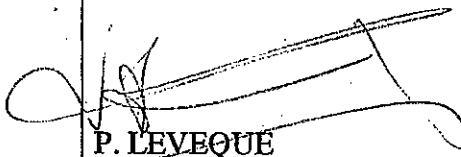


Ainsi arrêté par :

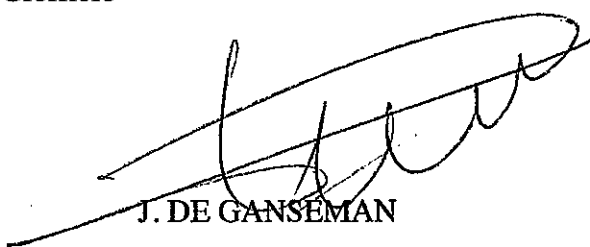
M. J.-Fr. NEVEN
M. J. DE GANSEMAN
M. P. LÉVEQUE
Assistés de
Mme M. GRAVET

Conseiller président de la 8^{ème} chambre
Conseiller social au titre d'employeur
Conseiller social au titre d'ouvrier

Greffière



P. LÉVEQUE



J. DE GANSEMAN



M. GRAVET



J.-Fr. NEVEN

et prononcé à l'audience publique de la 8^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 28 novembre 2012, par :



M. GRAVET



J.-Fr. NEVEN