

BULLETIN DROIT & BANQUE



ECLAIRAGE

- **Le nouveau système de garantie des dépôts luxembourgeois**

Philippe Bourin

ARTICLES DE FOND

- **Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention**

André Elvinger

- **Le Règlement « PRIIPs » : de l'objectif louable de l'information accrue du consommateur de produits d'investissement fondés sur l'assurance au casse-tête pratique**

Ariane Wourwoukas

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **Droit des assurances - compagnie d'assurance - liquidation judiciaire - distribution de dividende - tierce opposition - article 39 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur**

des assurances - super-privilège - périmètre de ce super-privilège - ségrégation des actifs - égalité des créanciers

Jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 1^{er} avril 2015 - Quinzième chambre, n° 506/2015

Commentaire

André Hoffmann et Michel Marques Pereira

- **Responsabilité du banquier - règles de conduite - principe d'effectivité et d'efficacité de la législation européenne - faute contractuelle - obligation de mise en garde du dépositaire - obligation de non-ingérence du banquier**

Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (4^e chambre) du 25 février 2015 (rôle n° 39014)

Responsabilité du banquier - règles de conduite - législation sur la lutte contre le blanchiment et le

financement du terrorisme - norme d'intérêt général - faute délictuelle

Arrêt de la Cour de Cassation du Grand-Duché de Luxembourg du 26 mars 2016 (n° 24/15)

- **De l'utilisation des normes professionnelles du secteur financier devant les tribunaux luxembourgeois**

Elisabeth Omes

CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- **Chronique de jurisprudence fiscale 2015**

Jean Schaffner

- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois (mars 2014 - septembre 2015)**

Nicolas Thieltgen - Anne-Marie Ka - Brice Hellinckx

EXTRAIT

58

Conseil d'administration de l'ALJB

Philippe Bourin, Crédit Agricole Luxembourg (Président)

Nicolas Thieltgen, Brucher Thieltgen & Partners (Vice-Président)

Cosita Delvaux, Notaire (Trésorière)

Daniel Postal, BGL BNP Paribas (Secrétaire)

Catherine Bourin, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg

Sandrine Conin, Conseiller juridique

Cyrille de Crozals, Commerzbank AG, succursale de Luxembourg

Philippe Dupont, Arendt & Medernach

André Hoffmann, Elvinger Hoss Prussen

Nicki Kayser, Linklaters LLP, Luxembourg

Claude Kesseler, Commission de Surveillance du Secteur Financier

Morton Mey, Conseiller juridique

Elisabeth Omes, Elvinger Hoss Prussen

Andéol du Trémolet de Lacheisserie, Banque Européenne d'Investissement

Peter Vermeulen, Groupe Foyer

Henri Wagner, Allen & Overy Luxembourg

La reproduction d'articles parus dans cette revue n'est permise que moyennant autorisation de l'ALJB et indication de la source ("Bulletin Droit & Banque 58, ALJB, 2016").

B U L L E T I N

D R O I T &
B A N Q U E
N° 58

Juin 2016

Editeur:

Association Luxembourgeoise des
Juristes de Droit Bancaire a.s.b.l.

www.aljb.lu

Comité de rédaction:

Sandrine Conin
Conseiller juridique
sandrine@conin.lu

Nicki Kayser
Linklaters LLP, Luxembourg
nicki.kayser@linklaters.com

Claude Kesseler
CSSF
claude.kesseler@cssf.lu

Elisabeth Omes
Elvinger Hoss Prussen
elisabethomes@elvingerhoss.lu

Henri Wagner
Allen & Overy Luxembourg
henri.wagner@allenovery.com

Secrétariat, Inscriptions:

secretariat@aljb.lu
House of Finance
B.P. 13
L-2010 Luxembourg

Droit des assurances - compagnie d'assurance - liquidation judiciaire - distribution de dividende - tierce opposition - article 39 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances - super-privilège - périmètre de ce super-privilège - ségrégation des actifs – égalité des créanciers

Jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 1er avril 2015 Quinzième chambre, n° 506/2015

[...] Les droits belges et luxembourgeois ont conféré au créancier d'assurance un privilège absolu par rapport à toute autre créance sur les actifs représentatifs des provisions techniques de l'assureur (article 39) et un privilège sur le patrimoine libre de l'assureur qui prend rang après les créances de salaire, sécurité sociale, impôts et les droits réels (article 40).

Tant les liquidateurs que les intervenants volontaires sont d'avis que l'assiette du privilège instauré par l'article 39 ne peut porter que sur les actifs sous-jacents liés à un fonds d'investissement déterminé et non, comme le soutiennent les demandeurs sur l'ensemble des actifs sous-jacents à tous les fonds d'investissement liés aux contrats d'assurance vie. [...]

Cependant le principe de la ségrégation des actifs liés à la gestion des différents fonds d'investissements auxquels sont liés les contrats d'assurance vie est consacré par l'article 37 de la loi luxembourgeoise qui prévoit l'obligation de déposer les actifs représentatifs mobiliers auprès d'un établissement agréé par le Commissariat aux Assurances et fait obligation aux entreprises d'en tenir l'inventaire et de communiquer la situation trimestrielle audit Commissariat. [...]

Cette ségrégation perdure lors de la liquidation de l'entreprise prévue à l'article 51.1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 dans l'hypothèse d'un retrait de l'agrément où les liquidateurs nommés par le Commissariat aux Assurances liquident les contrats d'assurance, en affectant par priorité à cette liquidation les cautionnements et valeurs représentatives des provisions techniques constituées au profit de ces contrats d'assurance.

On ne voit dès lors pas pourquoi il en serait autrement en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise d'assurance prononcée sur base de l'article 60 de la loi coordonnée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, alors que le cloisonnement des actifs combiné avec le «super-privilège» des souscripteurs introduit par la loi modifiée du 6 décembre 1991 a précisément pour objectif de protéger plus efficacement le souscripteur en cas de faillite de la banque dépositaire et/ou de la compagnie d'assurance.

Le principe d'égalité des créanciers invoqué à l'appui de leur interprétation par les demandeurs n'est en effet pas une règle absolue dont la loi défend de s'écartier. Il ne saurait aboutir à traiter de façon égale des situations qui ne le sont pas. [...]

L'argument que tirent les demandeurs du texte de la circulaire 08/1 du Commissariat aux Assurances suivant lequel «en cas de liquidation de l'entreprise le titulaire d'une police d'assurance liée à un fonds dédié ne dispose que du privilège commun à tous les assurés, conformément à l'article 39 de la loi modifiée du 9 décembre 1991 sur le secteur des assurances, mais il ne bénéficie d'aucun autre droit de préférence à l'égard des actifs du fond dédié qui le placerait dans une situation privilégiée par rapport aux autres preneurs » est à rejeter, alors que ce texte n'a pas la portée qu'ils lui attribuent.

Ce texte a pour seul objet de rappeler que les actifs sous-jacents à un contrat d'assurance vie demeurent pendant toute la durée du contrat d'assurance-vie la propriété exclusive de la compagnie d'assurances.

Qu'il s'agisse de parts dans des fonds externes ou des actifs constitutifs d'un fonds interne, le preneur ne dispose d'aucun droit de propriété sur ces actifs. Comme le relèvent les auteurs précités «Cette précision est d'autant plus importante à l'égard d'un fonds dédié qui, en raison du caractère personnalisable du fond auquel il est adossé, est parfois perçu par le public comme un portefeuille d'actifs simplement enveloppé dans un contrat d'assurance. La possibilité d'effectuer le paiement de la prime en nature sous la forme d'un transfert d'actifs peut contribuer davantage à la confusion». D'où la précision apportée par la circulaire précitée. De même les articles 2092 et 2093 du Code civil, relatifs au droit de gage général des créanciers, invoqués par les demandeurs trouvent-ils leurs limites en présence d'un patrimoine d'affectation défini comme une masse distincte de biens, grevée d'un passif propre: seuls les créanciers dont les droits sont nés de la conservation ou de la gestion de ces biens pourraient les saisir.

Il découle de l'ensemble de ces considérations que la tierce opposition relevée par les demandeurs contre le jugement du 4 juin 2014 est à déclarer non fondée.

[...]

Les demandeurs sur tierce-opposition font donner assignation aux défendeurs sur tierce-opposition pour voir rétracter le jugement rendu par la présente section en date du 4 juin 2014 et s'entendre condamner à procéder à la distribution d'un dividende ainsi que d'éventuels dividendes à venir en tenant compte du caractère général du super privilège de l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances commun à tous les créanciers d'assurances et en conformité avec le principe d'égalité des créanciers.

[...]

A l'appui de leur demande, ils exposent qu'ils ont en décembre 2008 et mars 2009 conclu avec la compagnie d'assurance-vie E. deux contrats d'assurance-vie dont les primes d'assurances ont été intégralement versées dans un produit dénommé «ELIX 36».

Que leur demande de rachat des polices d'assurance-vie formulée le 25 mai 2010 n'a jamais été honorée et que, depuis le 12 juillet 2012, ils se trouvent confrontés à la liquidation judiciaire d'E.

Que suivant jugement du tribunal d'arrondissement du 4 juin 2014, publié le 19 juin 2014 au « Luxemburger Wort », les liquidateurs ont eu l'autorisation de payer un dividende à hauteur de 75 % des actifs réalisés dans chaque fonds aux créanciers d'assurance ayant investi dans les fonds intégralement réalisés ELI CORPORATE BONDS, ELI CORPORATE BONDS 07-2014 et AC ALTERNATIVE PHAROS EVOLUTION FUND.

Or ils estiment qu'il serait contraire à la loi de verser aux créanciers d'assurance ayant investi dans des fonds déterminés un dividende, alors que les créanciers d'assurance qui n'ont pas investi dans ces fonds ne touchent rien, dès lors que l'ensemble des provisions techniques devrait servir au remboursement de l'ensemble des créanciers d'assurance, conformément aux dispositions de l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances instaurant au profit des assurés un super privilège sur les actifs représentatifs des provisions techniques.

Il serait en effet «communément admis» que l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques devrait dans le cadre d'une liquidation de la compagnie d'assurances, servir au remboursement de l'ensemble des créanciers.

Ils invoquent à l'appui de cette affirmation la lettre circulaire 08/1 du Commissariat aux Assurances qui dispose concernant les fonds dédiés d'une

compagnie d'assurances que «en cas de liquidation de l'entreprise, le titulaire d'une police d'assurance liée à un fonds dédié ne dispose que du privilège commun à tous les assurés conformément à l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, mais qu'il ne bénéficie d'aucun autre droit de préférence à l'égard des actifs du fonds dédié qui le placerait dans une situation privilégiée par rapport aux autres preneurs d'assurance».

Que la raison d'être de cette règle résiderait dans le principe d'égalité des créanciers.

Qu'ils ont dès lors formé tierce opposition contre le jugement du 4 juin 2014 d'abord par voie de requête, puis après que celle-ci eût été déclarée irrecevable, par la présente assignation.

Par requête d'avocat notifiée aux parties, [les demandeurs sur tierce-opposition] créanciers dans un des fonds pour lesquels la distribution d'un dividende a été autorisée par le tribunal, ont formé une intervention volontaire dans le présent litige pour voir dire que le raisonnement des parties tierces opposantes est incorrect et que le privilège des créanciers d'assurance organisé par l'article 39 précité doit être compris en ce que l'assiette du privilège porte uniquement sur le patrimoine distinct formé par les actifs représentatifs liés à une police d'assurance et non pas sur l'ensemble des patrimoines distincts formés par tous les fonds d'investissement et que soutenir le contraire comme le font les tiers opposants reviendrait à collectiviser les différents fonds internes de l'entreprise d'assurance au mépris du principe de ségrégation des actifs représentatifs liés aux polices d'assurance. Ils concluent dès lors au rejet de la tierce-opposition.

[...]

Quant aux rétroactes

En exécution du jugement du 12 juillet 2012 ayant prononcé la dissolution et la liquidation de l'entreprise d'assurance E., les liquidateurs ont réalisé les actifs sous-jacents aux contrats d'assurance-vie en unités de compte des clients, à l'exception des fonds non liquides ou sans valeur (comme celui dans lequel ont investi les demandeurs).

Ces actifs ségrégués par fonds étaient déposés auprès d'établissements bancaires avec lesquels E. avait conclu une convention de dépôt.

Cette ségrégation a été maintenue par les liquidateurs suite à la réalisation des fonds, le produit de cette réalisation ayant été placé sur autant de comptes bancaires que de fonds.

En date du 15 juillet 2013, le tribunal a déclaré un premier dividende des actifs réalisés aux créanciers admis dans 26 des fonds, pour lesquels tant les masses actives que passives étaient connus.

Ce dividende de 75 % des actifs réalisés a été calculé par rapport au montant de la créance acceptée au passif dans un fonds donné divisé par le total des créances dans ce fonds déterminé au jour de la liquidation, multiplié par le produit des actifs réalisés de ce fonds.

Par la suite, par différents jugements le tribunal a encore déclaré un dividende de 75 % pour autres fonds, respectivement autorisé le paiement du dividende de 75 % à des créanciers ayant fait l'objet d'admission au passif suivant des listes d'admissions additionnelles.

Par jugement du 4 juin 2014, le tribunal a étendu le paiement du dividende de 75 % des actifs réalisés aux trois fonds intégralement réalisés ELI CORPORATE BONDS, ELI CORPORATE BONDS 07-2014 et AC ALTERNATIVE PHAROS EVOLUTION FUND.

[...]

Quant à l'interprétation de l'article 39 alinéa 1 de la loi modifié sur le secteur des assurances

L'article 39 al 1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 dispose que l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques constitue un patrimoine distinct affecté par privilège à la garantie de paiement des créances d'assurance.

Contrairement au droit français qui a doté, lors de la transposition de la directive 2001/17/CE en cas de liquidation d'une entreprise d'assurances les créanciers d'assurance-vie d'un privilège de rang spécial (primé seulement par les créances de salaire, de sécurité sociale, d'impôts, et les droits réels) sur l'ensemble des actifs de l'assureur représentatifs ou non des provisions techniques et a instauré un fonds de garantie des assurances de personnes (avec un plafond de 70.000 EUR par contrat), les droits belges et luxembourgeois ont conféré au créancier d'assurance un privilège absolu par rapport à toute autre créance sur les actifs représentatifs des provisions techniques de l'assureur (article 39) et un privilège sur le patrimoine libre de l'assureur qui prend rang après les créances de salaire, sécurité sociale, impôts et les droits réels (article 40).

Tant les liquidateurs que les intervenants volontaires sont d'avis que l'assiette du privilège instauré par l'article 39 ne peut porter que sur les actifs sous-jacents liés à un fonds d'investissement déterminé et non, comme le soutiennent les demandeurs sur l'ensemble des actifs sous-jacents à tous les fonds d'investissement liés aux contrats d'assurance vie.

Le droit belge retient expressément à l'article 18 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances que «l'ensemble des valeurs représentatives des provisions ou réserves techniques visées à l'article 16 forment par gestion distincte un patrimoine spécial, réservé par priorité à l'exécution des engagements envers les assurés ou bénéficiaires d'assurance relevant de cette gestion. Le patrimoine spécial de chaque gestion distincte est constitué par le contenu de l'inventaire permanent prescrit par l'article 16».

Si, comme le fait valoir le mandataire des intervenants volontaires, le contrat d'assurance doit en principe être régi par la loi du pays de résidence du preneur d'assurance (en l'occurrence la loi belge), sous réserves de l'application des dispositions impératives de la loi luxembourgeoise, il n'en demeure pas moins que conformément au principe du «Home country control» ce sont les exigences réglementaires du pays dans lequel l'entreprise d'assurances est établie qui doivent être respectées par cette entreprise non seulement pour son activité dans ce pays mais également pour son activité dans les autres pays de l'Union européenne.

Or une disposition aussi explicite que l'article 18 de la loi belge précitée ne se retrouve pas dans la loi luxembourgeoise.

Cependant le principe de la ségrégation des actifs liés à la gestion des différents fonds d'investissements auxquels sont liés les contrats d'assurance vie est consacré par l'article 37 de la loi luxembourgeoise qui prévoit l'obligation de déposer les actifs représentatifs mobiliers auprès d'un établissement agréé par le Commissariat aux Assurances et fait obligation aux entreprises d'en tenir l'inventaire et de communiquer la situation trimestrielle audit Commissariat.

Les contrats d'assurance-vie peuvent être adossés à des fonds externes définis comme organismes de placement collectifs établis en dehors d'une entreprise d'assurances et soumis à une procédure d'agrément et de surveillance d'une autorité de surveillance étatique, ou à des fonds internes définis par la circulaire 08/1 comme un ensemble d'actifs cantonnés d'une entreprise d'assurances comportant ou non une garantie de rendement.

Il peut être collectif s'il est ouvert à une multitude de souscripteurs ou dédié lorsqu'il sert de support à un seul contrat.

La circulaire 08/1 du Commissariat aux Assurances, relative aux règles d'investissement pour les produits d'assurance-vie liés à des fonds d'investissements, impose pour chaque fonds une gestion distincte, une comptabilité séparée et un cantonnement des fonds.

Le cantonnement des fonds consiste à identifier au sein du bilan comptable du gestionnaire les actifs constitués par les épargnants et ce de manière distincte des actifs constitués pour les autres assurés. Ces actifs proviennent des versements investis au sein du fonds.

De même l'établissement de crédit agréé par le Commissariat aux Assurances auprès duquel doivent être déposés les actifs représentatifs des provisions techniques de l'assureur doit-il s'assurer que les dépôts des actifs représentatifs des engagements de l'assureur soient nettement séparés des autres avoirs de l'entreprise et logés sur des comptes bancaires distincts.

Cette ségrégation perdure lors de la liquidation de l'entreprise prévue à l'article 51.1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 dans l'hypothèse d'un retrait de l'agrément où les liquidateurs nommés par le Commissariat aux Assurances liquident les contrats d'assurance, en affectant par priorité à cette liquidation les cautionnements et valeurs représentatives des provisions techniques constituées au profit de ces contrats d'assurance.

On ne voit dès lors pas pourquoi il en serait autrement en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise d'assurance prononcée sur base de l'article 60 de la loi coordonnée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, alors que le cloisonnement des actifs combiné avec le «super-privilège» des souscripteurs introduit par la loi modifiée du 6 décembre 1991 a précisément pour objectif de protéger plus efficacement le souscripteur en cas de faillite de la banque dépositaire et/ou de la compagnie d'assurance.

Le principe d'égalité des créanciers invoqué à l'appui de leur interprétation par les demandeurs n'est en effet pas une règle absolue dont la loi défend de s'écartier. Il ne saurait aboutir à traiter de façon égale des situations qui ne le sont pas.

Le contrat d'assurance-vie initialement conçu comme une couverture contre le risque, s'est en effet au cours des dernières années, par l'intermédiaire des contrats d'assurance-vie en unités de compte transformé en instrument d'investissement.

Or, en fonction du rendement espéré par les clients, de leur profil d'investisseurs et de leur situation de fortune, les actifs sous-jacents aux polices souscrites sont investis dans des fonds sous-jacents suivant une politique plus ou moins risquée.

L'on ne saurait gommer à posteriori ces différences en distribuant le même dividende à tous les créanciers, quel que soit le profil de risque choisi par le client.

Le principe de la mutualisation des risques dont font état les demandeurs ne peut certainement pas

être invoqué dans le cas de placements financiers ayant mal tourné pour certains.

Suivant la jurisprudence citée par les demandeurs, le principe d'égalité des créanciers de la masse, principe qui est de droit et d'ordre public, interdit au juge d'accorder pendant la faillite à un créancier au détriment de la masse un avantage qu'il ne possédait pas avant la faillite.

Or avant la faillite la créance des demandeurs était égale à zéro puisque la valeur des unités de compte composant le fonds ELIX est non chiffrable.

Les demandeurs n'ont dès lors pas de privilège à faire valoir sur les provisions techniques mais pourraient réclamer sur base de l'article 40 une créance sur le patrimoine libre d'E. si des fautes ou malversations étaient établies à son encontre.

L'argument que tirent les demandeurs du texte de la circulaire 08/1 du Commissariat aux Assurances suivant lequel «en cas de liquidation de l'entreprise le titulaire d'une police d'assurance liée à un fonds dédié ne dispose que du privilège commun à tous les assurés, conformément à l'article 39 de la loi modifiée du 9 décembre 1991 sur le secteur des assurances, mais il ne bénéficie d'aucun autre droit de préférence à l'égard des actifs du fond dédié qui le placerait dans une situation privilégiée par rapport aux autres preneurs» est à rejeter, alors que ce texte n'a pas la portée qu'ils lui attribuent.

Ce texte a pour seul objet de rappeler que les actifs sous-jacents à un contrat d'assurance vie demeurent pendant toute la durée du contrat d'assurance-vie la propriété exclusive de la compagnie d'assurances.

Qu'il s'agisse de parts dans des fonds externes ou des actifs constitutifs d'un fonds interne, le preneur ne dispose d'aucun droit de propriété sur ces actifs. Comme le relèvent les auteurs précités «Cette précision est d'autant plus importante à l'égard d'un fonds dédié qui, en raison du caractère personnalisable du fond auquel il est adossé, est parfois perçu par le public comme un portefeuille d'actifs simplement enveloppé dans un contrat d'assurance. La possibilité d'effectuer le paiement de la prime en nature sous la forme d'un transfert d'actifs peut contribuer davantage à la confusion». D'où la précision apportée par la circulaire précitée. De même les articles 2092 et 2093 du Code civil, relatifs au droit de gage général des créanciers, invoqués par les demandeurs trouvent-ils leurs limites en présence d'un patrimoine d'affectation défini comme une masse distincte de biens, grevée d'un passif propre: seuls les créanciers dont les droits sont nés de la conservation ou de la gestion de ces biens pourraient les saisir.

Il découle de l'ensemble de ces considérations que la tierce opposition relevée par les demandeurs

contre le jugement du 4 juin 2014 est à déclarer non fondée.

[...]

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

dit la tierce opposition introduite contre le jugement du 4 juin 2014 recevable,

dit la demande en intervention volontaire [des demandeurs par requête en intervention volontaire recevable],

dit la tierce opposition non fondée,

[...]

Commentaire du jugement commercial du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre du 1^{er} avril 2015

André Hoffmann

Avocat à la Cour

Elvinger Hoss Prussen

Michel Marques Pereira

Avocat à la Cour

Elvinger Hoss Prussen

Introduction

En audience publique du 1^{er} avril 2015, la quinzième chambre du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg se penche sur un concept, jusqu'alors non autrement précisé en jurisprudence luxembourgeoise, lié à l'étendue du patrimoine distinct prévu à l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (la « **Loi de 1991** »).¹ Plus particulièrement, le tribunal se prononce sur la notion de « patrimoine distinct » et à l'application de cette dernière à des actifs représentatifs liés à des contrats d'assurance-vie en unités de compte.²

Le jugement est rendu dans le contexte de la défaillance d'Excell Life International S.A. (« **Excell Life** »), une entreprise d'assurance-vie luxembourgeoise dont la dissolution et la mise en liquidation judiciaire a été prononcée en été 2012. Plus précisément, un jugement rendu par la même section du tribunal en date du 4 juin 2014 autorisait les liquidateurs d'Excell Life à payer un dividende provenant de la liquidation d'avoirs chiffrables de fonds internes dans lesquels certains preneurs d'assurance d'Excell Life avaient investi. S'estimant lésés par une telle autorisation, les époux X, demandeurs sur tierce-opposition, assignent les liquidateurs d'Excell Life et le procureur d'Etat, défendeurs sur tierce-opposition, afin de voir le jugement du 4 juin 2014 rétracté et condamner les défendeurs sur tierce-opposition à procéder à la distribution d'un dividende ainsi que d'éventuels dividendes à venir en se fondant sur le caractère général du « super-privilège » de l'article 39 de

la Loi de 1991 et le principe d'égalité des créanciers. Signalons que les époux X avaient conclu en décembre 2008 et mars 2009 deux contrats d'assurance-vie avec Excell Life dont les primes d'assurance avaient intégralement été investies dans un fonds dédié dont la valeur était, contrairement à celle des fonds dans lesquels les primes des preneurs précités avaient été investies, devenue non chiffrable.

L'enjeu de ce jugement est d'une importance certaine en ce qu'il analyse la portée du patrimoine distinct prévu à l'article 39 de la Loi de 1991. En effet, faut-il considérer le patrimoine distinct d'une entreprise d'assurance comme une seule et unique masse d'actifs destinée à couvrir les créances d'assurance³ de l'ensemble de ses clients, ou, inversement, assimiler et délimiter le patrimoine distinct, comme le soutient la partie défenderesse, à l'actif sous-jacent du fonds dans lequel participe un client d'une entreprise d'assurance sous prétexte que ce fonds ait fait l'objet d'une gestion distincte?

Après avoir analysé la notion et l'étendue du patrimoine distinct en droit luxembourgeois (I.), le tribunal rejette la violation du principe d'égalité des créanciers et déboute la partie demanderesse de ses prétentions en précisant la portée et les conséquences liées au cantonnement du patrimoine distinct (II).

I. Délimitation de la notion de « patrimoine distinct » en droit luxembourgeois

En vertu de l'article 39 de la Loi de 1991, l'ensemble des actifs représentatifs des provisions

1 La Loi de 1991 a entretemps été abrogée et remplacée par la loi du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances (Mémorial A – n°229 du 9 décembre 2015, ci-après la « **Loi** »), l'article 39 de la Loi de 1991 étant devenu l'article 118 de la Loi. Les concepts de l'article 39 ayant été repris tels quels par le nouvel article 118, les développements qui suivent gardent toute leur valeur sous la nouvelle législation.

2 Les contrats d'assurance-vie en unités de compte sont des contrats où la prime d'épargne n'est pas placée en Euro ou dans une autre monnaie mais dans des parts de fonds d'investissement ou d'autres valeurs mobilières. Ces parts sont qualifiées d'unités de compte, R. Bisenius, L'assurance du particulier, Vademecum, Larcier, 2014, p. 99.

3 Conformément à l'article 32 (1) 3. de la Loi (art. 25.1. mm) de la Loi de 1991), une créance d'assurance se définit comme « tout montant qui est dû par une entreprise d'assurance à des assurés, des preneurs d'assurance, des bénéficiaires ou à toute victime disposant d'un droit d'action direct à l'encontre de l'entreprise d'assurance et qui résulte d'un contrat d'assurance ou de toute opération visée à l'article 35, dans l'activité d'assurance directe, y compris les montants provisionnés pour les personnes précitées lorsque certains éléments de la dette ne sont pas encore connus (...) ».

techniques d'une entreprise d'assurance constitue un patrimoine distinct. Ce patrimoine est affecté par privilège à la garantie du paiement des créances d'assurance, ce qui en fait sa caractéristique majeure.

Toutefois, aucun texte législatif ou réglementaire ne définit à notre connaissance la notion de patrimoine distinct, ce qui rend son interprétation incertaine. L'analyse des travaux parlementaires de la Loi de 1991 semble dès lors opportune afin de déceler plus clairement la volonté du législateur luxembourgeois (A.).

Interprété textuellement, l'alinéa premier de l'article 39 de la Loi de 1991 signifierait, comme semble le soutenir la partie demanderesse, qu'il n'existerait au sein de toute entreprise d'assurance qu'un seul patrimoine distinct destiné au paiement des créances d'assurance. L'analyse des arguments de la partie défenderesse et le raisonnement du tribunal tendent toutefois à pointer vers l'existence de multiples patrimoines faisant l'objet de « gestion distincte ». L'analyse de cette notion permettra de déterminer si elle entend renforcer l'idée de patrimoines distincts multiples (B.).

L'enjeu de cette divergence d'interprétations est majeur ; dans le premier cas l'ensemble des créances d'assurance tombe dans un seul et unique pot commun à tous les créanciers peu importe l'origine de leur créance⁴, tandis que dans le deuxième des cas, cette notion dissimulerait une multitude de patrimoines distincts, chacun formé par les actifs liés à un fonds interne spécifique dans lequel un ou plusieurs preneurs d'assurance ont investi et dont l'accessibilité serait limitée aux créanciers de ces contrats.

A. Origine de la notion de patrimoine distinct

Il est tout d'abord intéressant de noter que la première référence au patrimoine distinct n'est pas issue de l'article 39 de la Loi de 1991 et que par voie de conséquence et contrairement aux affirmations des juges, le principe qu'il établit ne trouve pas son fondement juridique dans la directive 2001/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance (la « Directive »).⁵

En effet, les références au patrimoine distinct se trouvaient déjà à l'article 14 de la loi du 6 décembre 1968 concernant le contrôle des entreprises

d'assurance (la « **Loi de 1968** »).⁶ L'article 14 de la Loi de 1968 (tel que modifié en 1984) avait été textuellement repris dans la version initiale de la Loi de 1991.⁷

L'article 14 originaire de la Loi de 1968 indiquait :

« *Art. 14. L'ensemble des valeurs formant le cautionnement initial et représentant les réserves techniques pour chaque branche d'assurance constitue un patrimoine distinct affecté par privilège à la garantie du paiement: (...)* » (nous soulignons).⁸

Lors de la présentation du projet de Loi de 1968, il convient de retenir des débats à la Chambre des députés que les « (...) valeurs fournies à titre de garantie par les compagnies d'assurance formeront un patrimoine distinct privilégié, réservé au profit des assurés »⁹ et que « (...) l'article 14 prévoit que les valeurs fournies par les entreprises d'assurance à titre de garanties, forment un patrimoine distinct privilégié, réservé principalement au profit des assurés (...). » (nous soulignons).¹⁰

Dans les commentaires du projet de Loi de 1968, le patrimoine distinct, respectivement sa composition, ont également fait l'objet des commentaires suivants :

« *Les valeurs fournies par les entreprises d'assurance à titre de garantie forment un patrimoine distinct privilégié, réservé principalement au profit des assurés (...).* » (nous soulignons).¹¹

« *Le patrimoine distinct est constitué par l'ensemble des valeurs représentatives des garanties destinées à couvrir principalement les engagements de l'entreprise envers les assurés. (...)* » (nous soulignons).¹²

Enfin, le Conseil d'Etat a commenté comme suit l'article 14 de la Loi de 1968 :

« *Le mémoire des compagnies d'assurance propose de supprimer, à l'alinéa 1^{er}, les termes « pour chaque branche d'assurance » pour mieux faire*

6 Loi du 6 décembre 1968 concernant le contrôle des entreprises d'assurance, Mémorial A – n°49 du 25 septembre 1968.

7 Lors de sa publication au Mémorial, l'article 39 de la Loi de 1991 correspondait à son article 15 qui avait une teneur différente à celle de l'article 39. Le commentaire de l'article 15 du projet de Loi de 1991 renseigne que l'article 15 est textuellement repris de la Loi de 1968 (Doc. parl. n°3416, p. 44). Lors d'une refonte de la Loi de 1991 en 1995 (Mémorial A – n°12 du 15 février 1995), le législateur procéda à une refonte de certaines parties de la Loi de 1991 et l'article 15 de la version initiale de la Loi de 1991 est devenu l'article 39 dans la teneur telle qu'analysée par le tribunal.

8 Article 14 de la Loi de 1968.

9 Chambre des députés, 44^e séance, mardi 19 mars 1968, p. 2732.

10 Ibid, p. 2739.

11 Projet de loi n°71 concernant le contrôle des entreprises d'assurance, Doc. parl. n° 1008, p. 1701.

12 Ibid, p. 1705.

4 Sans que toutefois cela ne signifie qu'il n'existe pas des règles de ventilation et de comptabilisation spécifiques à respecter comme nous le verrons par la suite.

5 Directive 2001/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, J.O. L-110/28.

ressortir que le patrimoine distinct affecté par privilège au paiement des dépenses sub a à c est constitué par l'ensemble des valeurs formant le cautionnement initial et les réserves techniques de toutes les branches d'assurance et pour exprimer d'une façon non équivoque que le texte ne vise pas de patrimoines distincts pour chaque branche d'assurance. Le Conseil estime que le texte, tel qu'il est rédigé, ne crée qu'un seul patrimoine composé du cautionnement initial et de l'ensemble des réserves techniques requises pour chacune des branches pratiquées. Les termes critiqués sont, dès lors, à maintenir. ».¹³

En vertu des différentes citations ci-dessus, il convient de noter que le législateur luxembourgeois n'a, dans aucun des textes législatifs mentionnés ci-dessus, employé la notion de patrimoine distinct au pluriel.¹⁴ Les recours à la notion « d'ensemble » liée au terme chiffré, en l'occurrence « un », permet en outre de sérieusement mettre en cause une théorie de multiples patrimoines distincts. Enfin, le commentaire du Conseil d'Etat semble mettre fin à toute incertitude en ce qu'il affirme la volonté du législateur à vouloir instaurer, à l'époque, un concept de patrimoine distinct unique comprenant les réserves techniques de chacune des branches d'assurance exercées par l'entreprise d'assurance.

Il nous reste dès lors à déterminer si les termes « par gestion distincte », argument soulevé par les parties défenderesses en intervention, sont susceptibles de modifier ce premier constat.

B. Multiplicité de patrimoines distincts due au concept de « gestion distincte » ?

Les arguments avancés par les parties au litige quant à l'interprétation de l'article 39 alinéa 1^{er} de la Loi de 1991 ne remontent pas à l'époque de 1968. Le tribunal débute son analyse de l'article 39 alinéa 1^{er} de la Loi de 1991 en comparant les droits français, belges et luxembourgeois, notamment lors de la transposition de la Directive.

Soucieux de la protection des assurés dans le cadre de procédures de liquidation, le législateur européen laissa effectivement le choix aux Etats membres d'accorder un privilège absolu aux créances d'assurance par rapport à toute autre créance concernant les actifs représentatifs des provisions techniques, un rang spécial aux créances d'assurance qui ne peuvent alors être primées que par les créances sur les salaires, la sécurité sociale, les impôts et les droits réels, sur l'ensemble des actifs de l'entreprise d'assurance

13 Projet de loi n°1008 concernant le contrôle des entreprises d'assurance, Doc. parl. n° 1008, Avis du Conseil d'Etat, p. 781.

14 Ce constat reste inchangé avec la teneur actuelle de l'article 118 de la Loi.

ou bien, un cumul des deux options.¹⁵ Toutefois, le principe du patrimoine distinct n'était pas, comme nous l'avons souligné plus haut, novateur en droit luxembourgeois au moment de la transposition de la Directive.

Le tribunal rappelle que le législateur luxembourgeois, tout comme son homologue belge, ont opté pour conférer une double protection aux créanciers d'assurance constituée par un privilège absolu sur les actifs représentatifs des provisions techniques de l'entreprise d'assurance et un privilège sur le patrimoine libre¹⁶ lorsque le patrimoine distinct ne suffit pas à désintéresser l'ensemble des créanciers d'assurance.

Il en résulte que les clients d'une entreprise d'assurance luxembourgeoise détiennent à l'encontre de celle-ci une créance particulièrement protégée en ce qu'ils bénéficient non seulement d'un patrimoine « réglementé », soigneusement cantonné par l'inscription sur un registre permanent et affecté d'un « super-privilège »¹⁷ primant sur toutes les autres créances quelles qu'elles soient, mais également d'un patrimoine « libre » affecté d'un privilège uniquement devancé par certaines catégories d'autres créances privilégiées.

Lors de son analyse de l'assiette composant le patrimoine distinct, le tribunal rappelle ensuite les prétentions des parties défenderesses d'après lesquelles le patrimoine distinct ne peut porter que sur les actifs sous-jacents liés à une police d'assurance déterminée. Le tribunal cite alors le droit belge et plus particulièrement l'article 18 de la loi du 9 juillet 1975 selon laquelle « l'ensemble des valeurs représentatives des provisions ou réserves techniques visées à l'article 16 forment par gestion distincte un patrimoine spécial réservé par priorité à l'exécution des engagements envers les assurés ou bénéficiaires d'assurance relevant de cette gestion. Le patrimoine spécial de chaque gestion distincte est constitué par le contenu de l'inventaire permanent prescrit par l'article 16 » (nous soulignons).

Les parties défenderesses font valoir que le contrat d'assurance doit en principe être régi par la loi du pays de résidence du preneur d'assurance (en l'occurrence la loi belge) sous réserve des dispositions impératives de la loi luxembourgeoise et corroborent leur argumentation en pointant vers l'existence de patrimoines multiples nés d'une gestion distincte, et en rattachant la disposition de droit belge précitée aux contrats en question. Le tribunal affirme cependant à juste titre qu'en vertu du

15 Considérant (13) et article 10 de la Directive.

16 En vertu de l'article 40 de la Loi de 1991, ce privilège prime tous les autres priviléges à l'exception de ceux qui garantissent les frais de justice, salaires, impôts et cotisations sociales.

17 Article 39 alinéa 2 de la Loi de 1991 correspondant à l'article 118 alinéa 2 de la Loi.

principe dit « home country control » les exigences réglementaires du pays d'établissement de l'entreprise d'assurance doivent être respectées et conclut que le texte de loi luxembourgeois n'est pas aussi explicite que son pendant belge.

Il apparaît opportun à ce stade de rappeler la teneur initiale de l'alinéa 1^{er} de l'article 15 de la Loi de 1991 (renuméroté par la suite en article 39) selon lequel « *L'ensemble des actifs représentatifs des réserves techniques constitue, par gestion distincte, un patrimoine distinct affecté par privilège à la garantie du paiement (...)* » (nous soulignons).

Les travaux parlementaires de la Loi de 1991 renseignent au sujet de cet article qu'il s'agit ici d'une reprise textuelle des dispositions de l'article 14 de la loi de 1968.¹⁸ Il convient de préciser à cet égard que la reprise textuelle de la Loi de 1968 est à comprendre en tant que référence à la Loi de 1968 « telle que modifiée ultérieurement ». En effet, la première phrase de l'article 14 de Loi de 1968 n'a été complétée par les termes « par gestion distincte » que par une loi du 24 février 1984 (la « **Loi de 1984** »).¹⁹ L'avis de la Chambre de commerce figurant dans les travaux parlementaires de la Loi de 1984 renseigne à l'égard de cette insertion que :

« *L'article 14 du projet modifie la phrase introductory de ce même article par l'introduction des mots «par gestion distincte», ceci en application de l'article 13 paragraphe 3 de la directive CEE No 79/263 concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, qui prévoit que les entreprises qui pratiquent le cumul des activités «Vie» et «Autres assurances que Vie» peuvent continuer à pratiquer ce cumul à condition d'adopter une gestion distincte pour chacune de ces activités. Par application de cette disposition, toute entreprise pratiquant le cumul disposera de deux patrimoines distincts affectés par privilège à la garantie du paiement des engagements ; l'un étant constitué par l'ensemble des valeurs représentant les réserves techniques afférentes au groupe de branches d'assurance de l'activité «Vie» ; l'autre étant constitué par l'ensemble des valeurs représentant les réserves techniques au groupe de branches d'assurance afférentes à l'activité «Autres assurances que Vie». Il importe de souligner que les patrimoines doivent être considérés uniquement par groupe de branches d'assurance, c'est-à-dire par activité distincte, «Vie» ou «Autre que Vie» ; il ne se crée pas de patrimoine distinct par branche d'assurance.* » (nous soulignons).

La Chambre de commerce fait également référence à l'avis du Conseil d'Etat précité en indiquant qu' « *Il résulte de l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi de 1968 que déjà lors des travaux préparatoires de la loi de 1968 (Projet de loi No 1008i p. 9 ad art. 14), les compagnies d'assurance avaient proposé de supprimer, «à l'alinéa 1er, les termes «pour chaque branche d'assurance» pour mieux faire ressortir que le patrimoine distinct affecté par privilège au paiement des dépenses sub a) à c) est constitué par l'ensemble des valeurs formant le cautionnement initial et les réserves techniques de toutes les branches d'assurance et pour exprimer d'une façon non équivoque que le texte ne vise pas de patrimoines distincts pour chaque branche d'assurance». A l'époque, le Conseil d'Etat avait estimé «que le texte, tel qu'il est rédigé, ne crée qu'un seul patrimoine composé du cautionnement initial et de l'ensemble des réserves techniques requises pour chacune des branches pratiquées» et avait dès lors proposé de maintenir les termes critiqués. La création de deux patrimoines distincts par l'intercalation des mots «par gestion distincte» après les mots «pour chaque branche d'assurance» rend la phrase introductory de l'article 14 peu intelligible. Afin d'alléger le texte sans en altérer le sens, il serait souhaitable de modifier cette phrase introductory comme suit en supprimant les mots «pour chaque branche d'assurance». «L'ensemble des valeurs représentant les réserves techniques constitue, par gestion distincte, un patrimoine distinct affecté par privilège à la garantie du paiement.» (suite inchangée)* ».

Il est également intéressant de citer le commentaire de la Chambre de commerce relatif à l'article 15²⁰ (devenu l'article 40 de la Loi de 1991), des travaux parlementaires de la Loi de 1984 qui précise que « *Si l'article 14 actuellement en vigueur ne prévoit l'existence que d'un seul patrimoine distinct, l'article 14 du projet prévoit désormais la possibilité d'existence de deux patrimoines distincts (voir commentaire article 14 ci-dessus). Cette innovation doit également être transposée à l'article 15 actuellement en vigueur qui ne traite que de l'insuffisance du (donc d'un seul) patrimoine distinct. En effet, puisque l'article 14 dans la version proposée par le projet de loi, prévoit désormais la possibilité d'existence de deux patrimoines distincts, l'insuffisance prévue à l'article 15 pourra affecter soit les deux patrimoines, soit l'un d'eux seulement. Par conséquent, il y a lieu de modifier comme suit l'alinéa premier de l'article 15. «Si*

18 Doc. parl. n° 3416, p. 44.

19 Loi du 24 février 1984 portant modification de a) la loi du 6 septembre 1968 concernant le contrôle des entreprises d'assurance, modifiée par la loi du 7 avril 1976 b) certaines dispositions en matière fiscale et d'établissement, Mémoires A – N° 16 du 27 février 1984, p. 198.

20 Art. 15. (al. 1er). Si en cas d'insuffisance d'un patrimoine distinct visé à l'article 14, la liquidation ne peut se faire que moyennant réduction de la part des assurés sur ce patrimoine, les assurés conservent une créance privilégiée pour le surplus contre l'entreprise d'assurance.

en cas d'insuffisance d'un patrimoine distinct ... (suite inchangée) ».²¹

Il résulte ainsi des travaux parlementaires de la Loi de 1984, qu'avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1984 modifiant la Loi de 1968, l'intention du législateur était de créer un seul patrimoine distinct. Les travaux parlementaires de la Loi de 1984 permettent en outre de déceler que la référence aux termes « par gestion distincte » doit s'analyser en une gestion de deux patrimoines distincts par groupe de branches d'assurance contrairement à une gestion de patrimoines distincts par branches d'assurance. La motivation du législateur était dès lors d'assurer « *une meilleure protection de l'épargnant vie* » à l'égard de son assureur » et que « *L'assureur ne pourra pas combler des lacunes éventuelles au niveau de la gestion des assurances « dommages » par des prélèvements opérés sur les capitaux vie.* ».²²

Les termes suggérant une gestion distincte ont été supprimés lors de l'introduction de l'article 39 de la Loi de 1991 par la loi du 29 septembre 2000 relative à la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance (la « **Loi de 2000** »).²³ Les travaux parlementaires de la Loi de 2000 concernant l'article 39 n'apportent pas de précision quant à la suppression de ces termes, contrairement au commentaire relatif à l'article 37 (correspondant à l'article 13 dans la version initiale de la Loi de 1991).²⁴

Avant cette modification législative, le dernier alinéa de l'article 37 indiquait que « *Les entreprises doivent tenir l'inventaire permanent des actifs représentatifs de chaque gestion distincte et en communiquer au Commissariat la situation trimestrielle dans les formes et délais fixés par le Commissariat* ».

Le commentaire de l'article 37 dans le projet de Loi de 2000 renseigne que « (...) Depuis l'abolition des dispositions permettant à une entreprise d'assurance de pratiquer à la fois les activités re-

levant des branches non-vie et celles relevant des branches vie, la référence à l'existence d'une gestion distincte pour chacune de ces deux activités est devenue superflue. ».²⁵

Il résulte de nos développements faits ci-dessus que les termes « par gestion distincte », tels qu'employés pendant une certaine période dans la Loi de 1991, continuaient à se référer à la séparation entre les groupes de branches d'assurance vie et non-vie lorsque celles-ci étaient cumulées par une entreprise d'assurance. L'argumentation donnée par les parties défenderesses, par analogie à une disposition de droit belge, ne représente dès lors pas la signification réelle des termes « par gestion distincte » que le législateur luxembourgeois a entendu exprimer.²⁶ À aucun moment, le législateur luxembourgeois n'a entendu établir des patrimoines distincts à l'intérieur d'une même branche d'assurance.

Il est étonnant que le tribunal se limite à conclure que le texte luxembourgeois est moins explicite que son pendant belge, pour procéder ensuite à l'analyse d'une lettre circulaire du Commissariat aux Assurances²⁷ (le « **CAA** ») afin d'appliquer le concept de patrimoine distinct à des contrats d'assurance-vie en unités de compte, sans avoir recherché la volonté du législateur telle qu'elle ressort du processus législatif.

Le tribunal aborde ensuite l'argument supplémentaire des demandeurs relatif à la violation du principe égalitaire des créanciers d'assurance.

II. Application de la notion de patrimoine distinct aux contrats d'assurance-vie en unités de compte

La législation luxembourgeoise ne mentionne nulle part le fonds en unités de compte tels que le fonds dédié ni d'ailleurs le contrat d'assurance dédié²⁸ et par voie de conséquence ne donne pas de précisions quant à l'application de la notion de patri-

21 Doc. parl. N°2725, avis de la Chambre de commerce, p. 26.

22 Doc. parl. N°2725, exposé des motifs, p.10.

23 Loi du 8 août 2000 relative à la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance et modifiant la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, la loi du 8 décembre 1994 relative aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurance et de réassurance de droit luxembourgeois aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises de droit étranger, la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, la loi modifiée du 12 février 1979 d'assurance concernant la taxe sur la valeur ajoutée, Mémorial A – n°99, p. 2205.

24 Rappelons que l'article 37 réglemente le dépôt des actifs représentatifs de provisions techniques et la tenue d'un inventaire permanent de ces actifs. L'inscription des actifs sur cet inventaire leur confère la protection de l'article 39 alinéa 1^{er} de la Loi de 1991.

25 Doc. parl. N°4679, commentaire des articles, p. 27.

26 Soulignons également à titre indicatif, que l'article 96 actuel de la Loi qui précise que sous certaines conditions, il est possible de cumuler l'exercice simultané de certaines branches activités vie et non-vie, réintroduit le concept de gestion distincte dans la Loi. Ce concept qui vise toujours une séparation des branches vie et non-vie n'est pas inséré dans l'article 118. Notons également que l'article 96 transpose l'article 74§1 de la Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (dite Solvabilité II).

27 Lettre circulaire 08/1 du CAA du 2 janvier 2008, telle que modifiée, relative aux règles d'investissements pour les produits d'assurance-vie liés à des fonds d'investissement.

28 C. Feipel, C. Bernardin, « Les spécificités du contrat d'assurance-vie en tant qu'outil d'investissement », Droit bancaire et financier au Luxembourg, éd. 2014, Volume 4, Larcier, p. 2352.

moine distinct dans le contexte de contrats d'assurance-vie en unités de compte. Le même constat s'applique lors de l'analyse des travaux parlementaires de la Loi de 1991.

Le tribunal procédera toutefois à cette analyse (A.) et prendra position par rapport à une violation alléguée du principe d'égalité de traitement des créanciers d'assurance par la partie demanderesse avant de conclure à une demande non fondée de la partie demanderesse (B.).

A. Réglementation du contrat d'assurance-vie en unités de compte en droit luxembourgeois

Le recours à des contrats d'assurance-vie en unités de compte tels que par exemple un fonds dédié (lequel se définit en tant qu'un fonds interne à lignes directes ou non, ne comportant pas de garantie de rendement et servant de support à un seul contrat) n'est réglementé en droit luxembourgeois que par le biais de la circulaire 08/1 du CAA²⁹, relative aux règles d'investissements pour les produits d'assurance-vie liés à des fonds d'investissement, telle que modifiée (la « **Circulaire** »).

Cette Circulaire impose, comme le rappelle le tribunal, des règles particulières selon le fonds en unités de compte auquel est adossé le contrat d'assurance, et impose pour chacun desdits fonds une gestion distincte, une comptabilité séparée et un cantonnement des fonds. En relation avec le cantonnement du fonds, le tribunal précise qu'il consiste à identifier au sein du bilan « comptable » du gestionnaire les actifs constitués par les épargnants et ce, de manière distincte des actifs constitués pour les autres assurés.

En effet, la Circulaire prévoit que :

« *Les actifs représentatifs d'un fonds dédié particulier doivent être gérés par un gestionnaire unique et être déposés sur un compte ou sous-compte bancaire unique auprès d'un seul dépositaire. Ceci signifie qu'un fonds dédié particulier ne peut être déposé auprès de plusieurs dépositaires et qu'il doit porter auprès du dépositaire unique un numéro d'identification qui permette d'individualiser le fonds sans équivoque possible. L'établissement dépositaire doit également fournir des relevés individuels pour chacun des dépôts concernés.* »³⁰

Sans ôter à cette disposition son caractère protecteur à l'égard du créancier d'assurance, force est de constater que cette disposition entend réglementer les obligations de l'entreprise d'assurance à l'égard de la banque auprès de laquelle seront déposés les actifs qui reflètent la créance des investisseurs. En

effet, il n'existe aucun lien juridique direct entre le preneur d'assurance et la banque dépositaire. Ceci est notamment dû au fait que lors du paiement de la prime d'assurance par le preneur, l'entreprise d'assurance devient propriétaire de cette prime, le preneur ne disposant que d'un droit de créance à l'encontre de l'entreprise d'assurance. Les primes d'assurance sont ensuite investies conformément à la politique d'investissement stipulée dans le contrat d'assurance-vie et l'entreprise d'assurance sera tenue de déposer les actifs représentatifs de provisions techniques auprès d'une banque agréée par le CAA, en vertu d'une convention de dépôt dont le contenu minimal est imposé par le CAA et laquelle est signée par l'entreprise d'assurance, la banque dépositaire et le CAA.³¹ Nonobstant ces modalités contractuelles qui réglementent la relation juridique entre l'entreprise d'assurance, la banque dépositaire et le CAA, l'article 39 alinéa 1^{er} de la Loi de 1991 prévoit que l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques inscrites à l'inventaire permanent de l'entreprise d'assurance forme un patrimoine distinct au profit des créanciers d'assurance.

En effet, bien que la Circulaire ne traite pas explicitement du sort des fonds en unités de compte, en cas de liquidation de l'entreprise d'assurance, elle précise que « *Quel que soit le mode de paiement de la prime, en numéraire ou par apport d'un portefeuille de titres existant, les conditions générales doivent rappeler que les actifs du fonds sont la propriété de l'entreprise d'assurance. En cas de liquidation de l'entreprise le titulaire d'une police d'assurance liée à un fonds dédié ne dispose que du privilège commun à tous les assurés conformément à l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances mais il ne bénéficie d'aucun autre droit de préférence à l'égard des actifs du fonds dédié qui le placerait dans une situation privilégiée par rapport aux autres preneurs d'assurance.* » (nous soulignons).³²

Le tribunal affirme toutefois que dans le cas de figure de la liquidation d'une entreprise d'assurance suite à un retrait d'agrément de cette dernière, la Loi de 1991 fait perdurer la ségrégation des actifs par les liquidateurs qui seront chargés d'affecter par priorité à cette liquidation les cautionnements et les valeurs représentatives des provisions techniques constituées au profit de ces contrats d'assurance. Les juges concluent que la ségrégation des actifs devrait perdurer dans le cadre d'une liquidation judiciaire étant donné qu'un cloisonnement des actifs aurait justement pour but de protéger

29 Remplacée entretemps par la circulaire CAA 15/3 du 24 mars 2015.

30 Circulaire 08/1, telle que modifiée, p. 16.

31 Le modèle de la convention de dépôt peut être téléchargé sur le site du CAA à l'adresse suivante http://www.commassu.lu/upload/files/461/Circ15_4_ModelFR.pdf.

32 Circulaire 08/1, telle que modifiée, p. 15.

plus efficacement le souscripteur en cas de faillite entre autres, de l'entreprise d'assurance.

Le tribunal emploie toutefois les termes « On ne voit dès lors pas pourquoi » révélant une certaine forme d'hésitation. L'assimilation de la conservation des actifs sur des comptes séparés à une volonté du législateur de cloisonner juridiquement le patrimoine distinct semble difficilement concevable. En effet, la conservation des actifs sur des comptes séparés est dictée dans un souci de protéger les provisions techniques, la banque dépositaire étant, dans le contexte d'une faillite de cette dernière, encore responsable de la garde matérielle et juridique des actifs mobiliers.³³ L'idée d'un protectionnisme accru du créancier d'assurance par le biais d'un cloisonnement du patrimoine distinct telle qu'interprétée par le tribunal n'apparaît pas opportune. En effet, l'existence du patrimoine distinct destiné exclusivement au remboursement des créances d'assurance, assorti d'un privilège absolu constitue le pilier principal du concept de patrimoine distinct et son principe devrait à lui seul suffire à protéger efficacement les créanciers d'assurance.³⁴ L'application implicite et silencieuse d'un cloisonnement juridique du patrimoine distinct aux actifs d'un contrat d'assurance-vie en unités de compte, n'est

dès lors pas décelable ni à la lecture textuelle de la Loi de 1991, des travaux préparatoires de cette dernière, de la Loi de 1968, de la Loi de 1984 ni même à celle de la Circulaire qui renvoie aux dispositions de la Loi de 1991.

De surcroît, il apparaît étonnant qu'après avoir abordé la notion de gestion distincte, le tribunal rappelle (à juste titre) que les actifs sous-jacents à un contrat d'assurance-vie demeurent pendant toute la durée du contrat la propriété exclusive de la compagnie d'assurance. Or, en admettant un cantonnement du patrimoine distinct aux actifs sous-jacents à une police d'assurance déterminée, l'on pourrait raisonnablement se poser la question de savoir si le tribunal ne crée pas un lien patrimonial entre ces actifs sous-jacents et le preneur d'assurance à l'origine de ces actifs, alors même que celui-ci ne dispose que d'un droit de créance à l'égard de la compagnie d'assurance.

B. Violation du traitement égalitaire des créanciers et portée du jugement

Pour les parties demanderesses, admettre que le patrimoine distinct – censé être composé de l'ensemble des actifs sous-jacents aux contrats d'assurance – puisse être entamé en autorisant le paiement d'un dividende pour les fonds dont la liquidité est chiffrable, reviendrait à violer le principe d'égalité des créanciers.

Il ressort des prétentions des parties demanderesses qu'elles estiment que le patrimoine distinct devrait être affecté de manière unitaire au remboursement de l'ensemble des créances d'assurance et être partagé entre les créanciers d'assurance en fonction des sommes investies par ces derniers.

L'application du principe égalitaire des créanciers telle qu'argumentée par les parties demanderesses est toutefois rejetée par le tribunal en ce que les situations visées par les parties demanderesses et les parties en intervention ne sont pas égales.

Le tribunal rappelle en effet que le contrat d'assurance-vie en tant qu'instrument de couverture, s'est, au fil des années, transformé en un instrument de pur investissement.³⁵ Or, souligne le tribunal, ces différences ne sauraient « *gommer a posteriori ces différences en distribuant le même dividende à tous les créanciers, quel que soit le profil de risque choisi par le client* ». En outre, le tribunal confirme, en se fondant sur une jurispru-

33 D. De Cubber, « Le banquier dépositaire des avoirs mobiliers de contrats d'assurance-vie luxembourgeois », *Le banquier luxembourgeois et l'assurance-vie*, Athemis, 2012, p. 23.

34 Dans son commentaire du projet de Loi de 1968, le Conseil d'Etat précise à l'égard de l'article 38 qui entendait instaurer une disposition spécifique indiquant que le patrimoine distinct serait soustrait à la faillite que « Art. 38. - Ce texte dispose que le patrimoine distinct constitué par les cautionnements et les valeurs représentatives des réserves techniques est soustrait à la faillite et réservé exclusivement à l'acquittement des créances nées d'un contrat d'assurance ou qui en dérivent. L'exposé des motifs justifie cette prescription par l'intérêt des assurés en affirmant que la mesure aurait pour objectif de sauvegarder, au profit des assurés, la garantie que représente pour eux le patrimoine distinct. Ce raisonnement n'est guère fondé. Les droits des assurés sont efficacement protégés par les dispositions de l'article 14 qui affectent le patrimoine distinct par privilège au paiement des obligations contractées au profit des assurés sur la base de contrats d'assurance. Ce privilège doit être respecté par le curateur comme il devrait l'être par un liquidateur spécial. Il n'existe aucune raison déterminante pour soustraire le patrimoine distinct à la faillite et de déroger ainsi au droit commun prévu en matière de faillite. Les tribunaux de commerce compétents auront soin de confier l'administration et la liquidation des faillites de l'espèce à un ou plusieurs curateurs experts en matière d'assurance. Par ailleurs, une séparation des patrimoines pleine et entière n'est pas concevable, parce que, d'une part, un reliquat éventuel restant après l'apurement des créances privilégiées devrait être versé à la faillite de droit commun et que, d'autre part, les créanciers privilégiés qui n'auraient pas touché l'intégralité de leur avoir par suite d'insuffisance du patrimoine distinct, conserveraient une créance privilégiée pour le surplus contre les autres éléments de fortune de l'entreprise faillie. (voir art. 15) Pour toutes ces raisons, la règle énoncée à l'article 38 est à écarter », (nous soulignons), Doc. parl. 1008, Avis du Conseil d'Etat, p. 788.

35 Rappelons à cet égard que, la Circulaire exige d'une entreprise d'assurance qu'elle catégorise les preneurs d'assurance entre autres selon le profil d'investissement des preneurs, les actifs sous-jacents aux polices souscrites et les politiques d'investissement propres à chaque fonds en question. Selon la catégorisation obtenue, le preneur concerné se verra octroyer un accès à un éventail de produits d'investissement plus ou moins large et/ou risqué.

dence précédente en matière bancaire, que le principe d'égalité n'est pas une règle absolue dont la loi défend de s'écartier.

A notre sens, l'argumentation supplémentaire de la partie demanderesse tendant à invoquer un principe égalitaire des créanciers d'assurance n'est pas déterminante dans le débat d'espèce. Plutôt conviendrait-il de centrer le débat autour du cantonnement des actifs liés à des contrats d'assurance aux investisseurs dans ces actifs et si un tel cantonnement ne serait à lui seul, constitutif d'une violation de l'article 39 alinéa 1^{er} de la Loi de 1991.

Nonobstant ce qui précède, il est avéré que les contrats d'assurance-vie en unités de compte constituent des produits d'investissement de « nouvelle génération » qui se distinguent essentiellement des contrats d'assurance-vie classiques par le fait que dans les assurances en unités de compte, le rendement n'est pas garanti. En effet, le preneur d'assurance supporte le risque de son investissement sans taux d'intérêt garanti ni participation au bénéfice éventuel, alors que dans les assurances classiques, le rendement est garanti avec un taux d'intérêt technique et une participation au bénéfice éventuel.³⁶

Ceci dit, le risque plus ou moins grand pris par le preneur d'assurance se traduit nécessairement dans la valeur de la créance qu'il détient à l'égard de la compagnie d'assurance. Ceci pose donc essentiellement la question de la valorisation de la créance, question qui se situe en amont de la détermination des actifs qui peuvent servir à désintéresser les créanciers.

A supposer que la créance soit effectivement chiffrée à zéro, cela ne signifierait pas que le patrimoine distinct ne soit pas « accessible » au créancier mais bien que le montant auquel il aurait droit en vertu de son contrat soit de zéro. A cet égard, il conviendrait toutefois d'analyser si un créancier d'assurance, similaire aux parties demanderesSES, bien que supportant un risque financier de par son investissement dans des actifs sous-jacents risqués, est également censé supporter le risque de dépréciation de ses actifs en cas de difficulté de l'entreprise d'assurance précédant la faillite de cette dernière. Rappelons que les époux X. avaient formulé une demande de rachat le 25 mai 2010, soit plus de deux ans avant la mise en liquidation d'Excell Life et que cette demande de rachat n'avait pas été honorée. En d'autres mots, et à supposer qu'en 2010 les actifs sous-jacents aux contrats d'assurance-vie des demandeurs avaient encore une certaine valeur, l'on pourrait s'interroger s'il ne fallait pas faire valoir leur créance ayant existé à la date de la demande de rachat. Le jugement précise à cet égard qu' « *avant la faillite la créance des*

demandeurs était égale à zéro puisque la valeur des unités de compte composant le fonds ELIX est non chiffrable ». Ce constat ne permet pas de vérifier s'il existait une créance chiffrable au moment du rachat. Le tribunal semble ne pas admettre de créance d'assurance, mais éventuellement une créance en responsabilité, en retenant que les demandeurs « *pourraient réclamer sur base de l'article 40 une créance sur le patrimoine libre d'Excell Life (...)* ».

Le seul constat de l'inexistence d'une créance d'assurance aurait probablement suffi à écarter les prétentions des demandeurs. Or, le tribunal, confronté à l'argumentation de l'article 39 de la Loi de 1991, a pris le choix de l'interpréter dans le sens de sa propre pratique ayant consisté à déclarer des dividendes en faveur des créanciers admis dans certains fonds en leur attribuant une partie du produit de réalisation des actifs du fonds auquel ils ont participé.

A priori, la solution jurisprudentielle appliquant le concept du patrimoine distinct à chaque fonds pris isolément pourrait être perçue par d'aucuns comme une solution économiquement équitable. Comme le soutiennent les parties intervenantes et défendresses, collectiviser les actifs représentatifs dans le but d'une indemnisation unitaire ne saurait concilier le but recherché par le patrimoine distinct en ce qu'il entraînerait une dilution des créanciers d'assurance prudents au profit des créanciers ayant investi dans les catégories d'actifs les plus risquées. Or, cette position n'est pas convaincante. La prise de risques se reflète dans la hauteur de la créance que le preneur d'assurance pourra faire valoir et ne peut donc pas se retourner contre des investisseurs plus prudents. Chaque créancier d'assurance admis exerce son privilège à due concurrence seulement.

Par ailleurs, nos développements quant aux notions de patrimoine distinct et de gestion distincte posent de sérieuses interrogations sur la solution juridique apportée par le tribunal. Tel que nous l'avons analysé, bien que l'affaire en question pose une problématique précise, à savoir l'application de la notion de patrimoine distinct à un contrat d'assurance-vie en unités de compte, il ressort des travaux parlementaires de la Loi de 1968 et de la Loi de 1984, ayant servi d'inspiration directe à l'article 39 alinéa 1^{er} de la Loi de 1991 ainsi qu'à la Loi actuelle, que la volonté du législateur n'était à aucun moment de créer une pluralité de patrimoines par branches d'assurance (ni a fortiori à l'intérieur d'une même branche) lorsqu'il élabora le concept de patrimoine distinct. De même, la notion de gestion distincte telle qu'elle a pu être employée dans les textes législatifs, n'affecte pas le concept d'un patrimoine distinct global et unique par activité (vie et non-vie d'assurance).

36 R. Bisenius, *ibid* n 2, p. 99.

La thèse avancée par le tribunal paraît ainsi difficilement conciliable avec le texte de l'article 39 de la Loi de 1991. La recherche de la volonté du législateur luxembourgeois quant au concept de patrimoine distinct aurait dû amener le tribunal à rejeter la théorie de plusieurs patrimoines distincts au sein d'une même branche d'assurance et, par voie de conséquence, à conclure au rejet de l'argument principal des parties défenderesses. Dans un tel scénario, des distributions à certains créanciers d'assurance seulement en fonction des avoirs réalisés en provenance du fonds interne auquel ils ont participé, ne seraient pas admissibles. Le privilège sur l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques bénéficierait de manière identique à tout créancier d'assurance mais à concurrence seulement de la valeur de sa créance telle qu'admise au passif de la liquidation.

Ceci dit, la thèse soutenue par le tribunal pourrait avoir l'avantage de sécuriser les preneurs d'assurance quant à la délimitation des risques qu'ils prennent en choisissant un fonds déterminé dans le cadre de leur politique d'investissement. De même, la bonne administration de la liquidation d'une compagnie d'assurance-vie pourrait rendre nécessaire une évolution au niveau de la définition du super-privilège. Toujours est-il qu'une intervention du législateur semble nécessaire à cet effet.

Il convient de noter que, suivant un communiqué de la part des liquidateurs d'Excell Life du 29 avril 2015, les parties demanderesses ont interjeté appel en date du 23 avril 2015. L'approche que prendra la Cour d'Appel est donc à attendre avant de fixer des conclusions sur la portée de la jurisprudence.

2016 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

WWW.ALJB.LU

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

C.C.P. L. IBAN LU19 1111 0754 4576 0000