

Arrêt N° 11/17 IV-COM

Arrêt commercial

Audience publique du dix-huit janvier deux mille dix-sept

Numéro 42398 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Le FLAMMANG, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, adjoint du greffier en chef.

E n t r e

1) **A**, sans état connu,

2) **B**, sans état connu,

les deux demeurant à ,

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 23 avril 2015 et d'un acte de réassignation Schaal du 20 avril 2016,

comparant par Maître Jean-François Steichen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) **C**, avocat à la Cour, prise en sa qualité de liquidateur de la société anonyme D, établie et ayant son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, demeurant professionnellement à,

2) **E**, expert-comptable, pris en sa qualité de liquidateur de la société anonyme D, établie et ayant son siège social à, inscrite au

Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, demeurant à,

intimés aux termes du susdit acte Schaal du 23 avril 2015,

comparant par Maître C, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) F, sans état connu, demeurant à

4) G, sans état connu, demeurant à

5) H, sans état connu, demeurant à

6) I, sans état connu, demeurant à

7) J, sans état connu, demeurant à

8) K, sans état connu, demeurant à

9) L, sans état connu, agissant pour l'indivision N, O et P, demeurant à,

10) M, sans état connu, demeurant à

intimés et réassignés aux termes des susdits actes Schaal des 23 avril 2015 et 20 avril 2016,

sub 3) à 10) ne comparant pas,

en présence de :

Madame le Procureur Général d'Etat près la Cour d'appel de Luxembourg, ayant ses bureaux à la Cité Judiciaire à L-2080 Luxembourg, Plateau du Saint-Esprit, Bâtiment CR,

intimée aux termes du susdit acte Schaal du 23 avril 2015.

LA COUR D'APPEL

I. Par acte d'huissier de justice du 2 juillet 2014, A et B (les époux A - B) ont formé tierce-opposition contre le jugement du 4 juin 2014 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et assigné Maître C et Monsieur E, pris en leur qualité de liquidateurs de la société anonyme Q (la société Q) et le Procureur d'Etat de Luxembourg devant ledit tribunal, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir rétracter le jugement dont opposition et les liquidateurs

s'entendre condamner ès qualités 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.

Ils ont exposé avoir souscrit en décembre 2008 et mars 2009 auprès de la société Q 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'aurait jamais été honorée, que la société Q a par jugement du 12 juillet 2012 été mise en liquidation judiciaire et que suivant jugement du 4 juin 2014, les liquidateurs ont reçu l'autorisation de la part du tribunal de payer un dividende à hauteur de 75 % aux créanciers d'assurances qui ont investi dans les fonds « ELI CORPORATE BONDS », « ELI CORPORATE BONDS 07-2014 » et « AC ALTERNATIVE PHAROS EVOLUTION FUND », intégralement réalisés.

Ils ont soutenu qu'il serait contraire à la loi de verser un dividende aux créanciers d'assurances qui ont investi dans des fonds déterminés, à l'exclusion de ceux qui n'y ont pas investi, étant donné que l'ensemble des provisions techniques devrait servir au remboursement de tous les créanciers d'assurances, le tout en application de l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances qui instaure au profit des créanciers assurés un super privilège sur les actifs représentatifs des provisions techniques.

Par requête d'avocat, F, G, H, I, J, K, M et l'indivision L, représentée par L, agissant en leur qualité de créanciers d'un des fonds pour lesquels la distribution d'un dividende avait été autorisée par le tribunal dans le jugement dont opposition du 4 juin 2014, sont intervenus volontairement au litige pour voir dire que le privilège de l'article 39 doit être compris en ce que l'assiette du privilège des créanciers d'assurances 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 reviendrait à collectiviser les différents fonds internes de l'entreprise d'assurances au mépris du principe de la ségrégation des actifs représentatifs liés aux polices d'assurance. Ils ont donc conclu au rejet de la tierce-opposition.

II. Par jugement du 1^{er} avril 2015, le tribunal a déclaré recevables l'assignation en tierce-opposition et la requête en intervention volontaire.

Le tribunal a d'abord comparé l'article 39 alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances qui 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'assurances* » aux droits français et belge pour en conclure, d'une part, que les droits belge et luxembourgeois ont conféré, contrairement au droit français, au créancier d'assurances 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, de sécurité sociale, d'impôts et les droits réels (article 40). Il a constaté, d'autre part, que le droit belge en son article 18 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances était plus explicite que la loi luxembourgeoise en ce qu'il y est prévu 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 ».

Il a cependant retenu que le principe de la ségrégation des actifs liés à la gestion des différents fonds d'investissement auxquels sont liés les contrats d'assurance-vie est consacré par l'article 37 de la loi de 1991 qui prévoit l'obligation pour l'assureur de déposer les actifs représentatifs mobiliers auprès d'un établissement agréé par le Commissariat aux Assurances (ci - après CAA) et fait obligation aux entreprises d'en tenir l'inventaire et de communiquer la situation trimestrielle audit commissariat.

Le tribunal s'est encore référé à la circulaire 08/1 du CAA relative aux règles d'investissement pour les produits d'assurance-vie liés à des fonds d'investissement qui impose pour chaque fonds une gestion distincte, une comptabilité séparée et un cantonnement des fonds. Ce cantonnement des fonds consisterait 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. De même l'établissement de crédit agréé par le CAA auprès duquel doivent être déposés les actifs représentatifs des provisions techniques de l'assureur devrait-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.

Il a dans ce contexte rejeté l'argument des tiers-opposants tiré de la circulaire 08/1 selon laquelle « 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 » au motif que ce texte aurait 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.

Il a ajouté que cette ségrégation perdurerait lors de la liquidation de l'entreprise consécutive à un retrait d'agrément prévue à l'article 51 de la loi modifiée du 6 décembre 1991, hypothèse dans laquelle les liquidateurs nommés par le CAA devraient, en application du point 5. liquider 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.

Il a appliqué par analogie l'article 51.5. à la liquidation judiciaire de l'entreprise d'assurances prononcée sur base de l'article 60 de la loi coordonnée du 6 décembre 1991, au motif que le cloisonnement des actifs combiné avec le «super-privilège» des souscripteurs introduit par la loi modifiée du 6 décembre 1991 aurait précisément pour objectif de protéger plus efficacement le souscripteur en cas de faillite de la banque dépositaire et/ou de la compagnie d'assurances.

Quant au principe d'égalité des créanciers invoqué par les tiers-opposants, la juridiction de première instance a rappelé que ce principe n'est pas une règle absolue dont la loi défende de s'écarter et ne saurait aboutir à traiter de façon égale des situations qui ne le sont pas. Le principe d'égalité des créanciers de la masse, principe qui serait de droit et d'ordre public, interdirait 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 36 n'était pas chiffrable.

Il en a conclu que les demandeurs n'avaient pas de privilège à faire valoir sur les provisions techniques, mais disposaient sur base de l'article 40 d'une créance à faire valoir sur le patrimoine libre de la société Q, si des fautes ou malversations étaient établies à son encontre.

Ayant pris note que le contrat d'assurance-vie initialement conçu comme une couverture contre le risque se serait par l'intermédiaire des contrats d'assurance-vie libellés en unités de compte transformé en instrument d'investissement, il a relevé que le principe de la mutualisation des risques invoqué par les tiers-opposants ne pouvait l'être dans le cas de placements financiers ayant mal tourné pour certains.

Il a encore dit que les articles 2092 et 2093 du Code civil, relatifs au droit de gage général des créanciers, invoqués par les demandeurs, trouveraient leurs limites en présence d'un patrimoine d'affectation défini comme une masse distincte de biens, grevée d'un passif propre et que seuls les créanciers dont les droits seraient nés de la conservation ou de la gestion de ces biens pourraient les saisir.

Il en a conclu que la tierce-opposition formée contre le jugement du 4 juin 2014 était à déclarer non fondée.

Les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure ont été rejetées.

III. Par acte d'huissier de justice du 23 avril 2015, les époux A-B ont régulièrement interjeté appel contre le jugement du 1^{er} avril 2015 et ont intimé les liquidateurs, de même que le Procureur d'Etat de Luxembourg et les parties intervenantes.

Ces dernières, dont certaines n'ont pas été touchées en personne, et dont aucune n'a constitué avocat à la Cour, ont été réassignées par acte d'huissier de justice du 20 avril 2016. Elles n'ont toujours pas constitué avocat de sorte que l'arrêt est, par application de l'article 587 NCPC qui renvoie à l'article 84 NCPC, contradictoire à leur égard.

Les appelants concluent, par réformation du jugement entrepris, à voir condamner les liquidateurs de la société Q à leur verser un dividende ainsi que d'éventuels dividendes à venir, par application du caractère général du 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'ordre public d'égalité des créanciers. Ils concluent à se voir allouer chacun une indemnité de procédure de 2.000 €.

Les liquidateurs concluent à la confirmation du jugement et au rejet de la demande en indemnité de procédure.

Madame l'avocat général a conclu à l'irrecevabilité de l'appel et subsidiairement à la confirmation du jugement du 1^{er} avril 2015.

Discussion

La liquidation judiciaire de la société anonyme Q a été ordonnée par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 12 juillet 2012.

Selon les explications fournies par les liquidateurs, ils ont réalisé les actifs sous-jacents aux contrats d'assurance-vie en unités de compte des clients, à l'exception des fonds non liquides et sans valeur ou qui comportent des positions non liquides et/ou sans valeur

(i.e. cotation suspendue pour des raisons de marché ou pour des raisons juridiques).

Par jugement du 15 juillet 2013, le tribunal d'arrondissement a dit qu'il y avait lieu à versement aux créanciers admis au passif de la liquidation d'un dividende de 75% de la valeur des actifs réalisés dans vingt-six (26) fonds pour lesquels chaque masse active et passive était connue. Le dividende de 75% des actifs réalisés a été calculé par rapport au montant de la créance acceptée dans un fonds donné, divisé par le total des créances dans ce fonds tel que déterminé au jour du prononcé de la liquidation judiciaire, multiplié par le produit des actifs réalisés et disponibles de ce fonds. Ce jugement a précisé qu'avant de pouvoir procéder au paiement du dividende aux créanciers, les liquidateurs devaient présenter au tribunal pour approbation un état des créances admises.

En exécution dudit jugement, le tribunal a, par jugement du 30 septembre 2013, autorisé le paiement du dividende de 75% aux 88 créanciers inscrits sur les listes d'admission 1 et 2, puis par jugement du 20 novembre 2013, autorisé le paiement du dividende de 75% aux 7 créanciers inscrits sur les listes d'admission 3 et 4.

Par un second jugement du 21 octobre 2013, le tribunal a dit qu'il y avait lieu à versement aux créanciers admis au passif de la liquidation d'un dividende de 75% de la valeur des actifs dans onze (11) fonds intégralement réalisés et dans cinq (5) fonds partiellement réalisés.

En exécution de ce jugement, le tribunal a, par jugement du 20 novembre 2013, autorisé le paiement d'un dividende de 75% des actifs réalisés aux 443 créanciers inscrits sur les listes d'admission 1 à 4 dans les 16 fonds.

Est ensuite intervenu le jugement du 4 juin 2014 contre lequel les actuels appelants ont formé tierce-opposition par assignation du 2 juillet 2014.

Le tribunal y a dit qu'il y avait lieu à paiement aux créanciers admis au passif de la liquidation d'un dividende de 75% des actifs réalisés dans trois (3) fonds entièrement réalisés, deux ouverts sous la dénomination « ELI CORPORATE » et un sous la dénomination « AC ALTERNATIVE ». Il a subordonné son accord à la présentation préalable par les liquidateurs d'un état des créances acceptées.

1. La recevabilité de l'appel interjeté contre le jugement du 1^{er} avril 2015 qui a dit non fondée la tierce-opposition formée contre le jugement du 4 juin 2014.

Arguant que les époux A-B ont formé tierce-opposition contre le jugement du 4 juin 2014 qui aurait été rendu en exécution de celui du

15 juillet 2013, la représentante du Parquet Général conclut à l'irrecevabilité de la tierce-opposition pour avoir été dirigée contre le jugement du 4 juin 2014 et non pas contre celui du 15 juillet 2013.

La tierce-opposition formée contre le jugement du 4 juin 2014 avait pour objet de voir dire que les époux A-B qui ont investi dans le fonds ELIX 36, donc dans un fonds non visé par le jugement du 4 juin 2014, doivent être admis à participer à la distribution du dividende versé aux créanciers qui ont investi dans les fonds ELI et AC ALTERNATIVE, de même qu'à être admis à la distribution de tout autre dividende à venir.

Le jugement du 4 juin 2014 n'a pas été pris en exécution du jugement du 15 juillet 2013, étant donné que les trois fonds visés au jugement du 4 juin 2014 ne font pas partie des 26 fonds dont question au jugement du 15 juillet 2013.

Le jugement du 15 juillet 2013 a été le premier à dire qu'il y avait lieu à paiement aux créanciers admis au passif de la liquidation, sous réserve pour les liquidateurs de soumettre au préalable au tribunal la liste des créances acceptées, d'un dividende équivalant à 75 % du produit issu de la réalisation des actifs sous-jacents aux 26 fonds et les jugements subséquents des 30 octobre 2013 et 4 juin 2014 ont autorisé la distribution du même dividende aux créanciers ayant investi dans 16 et 3 autres fonds.

Les actuels appelants arguant de ce que tout créancier d'assurances serait en droit de participer à tout dividende versé par la liquidation, peu importe le produit sous-jacent réalisé, auraient certes eu tout intérêt à déjà former tierce-opposition contre le jugement du 15 juillet 2013, ce qui, dans leur optique, leur aurait permis, en cas de succès de leur action, de participer à la distribution de tous les dividendes et non pas seulement de ceux à verser en exécution du jugement du 4 juin 2014 et de tout jugement postérieur, mais cette circonstance ne les rend pas irrecevables à former tierce-opposition contre le jugement du 4 juin 2014.

Le moyen d'irrecevabilité de la tierce-opposition est donc à rejeter.

II. La qualité pour agir des appelants

Cette qualité est contestée par la représentante du Parquet Général qui soutient que le privilège inscrit à l'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances est accordé aux créanciers d'assurances, qualité dont ne disposeraient pas les appelants envers la société Q en liquidation.

La juridiction du premier degré a fait état dans la motivation du jugement que les tiers-opposants n'avaient pas de créance à faire valoir contre la liquidation, étant donné que l'unité de compte du

fonds ELIX 36 dans lequel ils ont investi n'était « pas chiffrable ». Malgré ce constat, le tribunal a examiné l'assiette du privilège de l'article 39 de la loi modifiée de 1991.

Les appelants contestent que leur créance non chiffrable soit à considérer comme étant égale à zéro. Ils font valoir qu'une instruction pénale a été ouverte à charge des responsables du fonds ELIX 36 et que les liquidateurs ont annoncé dans leurs dernières conclusions ne plus être financièrement en mesure de continuer les poursuites pénales qui devraient à terme leur permettre de récupérer une partie des fonds investis dans ce fonds. Ils rappellent leur demande de rachat des contrats d'assurance-vie déjà introduite au courant de l'année 2010.

Les liquidateurs arguent du caractère non chiffrable en valeur monétaire des unités de compte représentatives de la part détenue par les clients qui ont souscrit un contrat d'assurance - vie adossé au fonds ELIX 36.

Il convient de rappeler que la quasi-intégralité des règles de la faillite a été déclarée applicable à la liquidation judiciaire de la société Q. Il ressort du jugement d'ouverture de la liquidation que les souscripteurs d'assurance-vie étaient tenus de déposer leur déclaration de créance pour le 15 novembre 2012 au plus tard.

Était annexé à l'information adressée par les liquidateurs aux appelants invités à produire au passif de la liquidation un relevé de leur situation au jour du prononcé de la liquidation judiciaire (farde 2, pièce 2 de Maître Steichen). Il en ressort que les époux A-B étaient détenteurs de 3.622,35838 unités de compte qui, selon ce relevé, étaient « n.c. » (*i.e.* non chiffrables).

Les liquidateurs soutiennent ne pas à même de connaître, voire de déterminer la contre-valeur financière desdites unités de compte, étant donné que la valeur nette d'inventaire (VNI) des parts du fonds ELIX 36 n'a plus été calculée, voire communiquée depuis le mois de décembre 2010 par la société de droit luxembourgeois R Management, actuellement en liquidation, qui était la société de gestion du fonds ELIX 36. Le remboursement des parts du fonds ELIX 36 annoncé par cette société pour 2010 au profit de la société Q n'a jamais eu lieu. Ils exposent que la VNI ne sera pas connue aussi longtemps que la liquidation judiciaire de la société R et du fonds ELIX 36 ne sera pas finalisée et qu'il ne sera pas établi si et dans quelle mesure la société Q touchera un dividende. Les liquidateurs se proposent de distribuer, le cas échéant, ce dividende aux assurés ayant investi dans le fonds ELIX 36 au prorata du nombre des unités de compte détenues par chacun d'eux.

Ces développements ne sont pas pertinents, étant donné que la distribution d'un dividende éventuel n'est pas déterminante pour fixer

la valeur de l'unité de compte à arrêter au 12 juillet 2012, date du prononcé de la liquidation, étant donné que son montant est indépendant du dividende éventuel à toucher par la société Q au titre des 10,64 parts qu'elle détient dans le fonds ELIX 36.

Les époux A-B ont régulièrement déposé une déclaration de créance entre les mains des liquidateurs. Il ressort des conclusions concordantes des liquidateurs et des appelants que cette déclaration de créance est tenue en suspens par les liquidateurs, donc qu'elle n'a fait l'objet ni d'une acceptation ouvrant droit au paiement d'un dividende, fût-il éventuel, ni d'un rejet.

Il convient d'abord de déterminer si les appelants sont à considérer comme créanciers de la liquidation, question qui est préalable à toute discussion concernant l'assiette du privilège prévu à l'article 39 de la loi de 1991.

La société Q ayant été mise en liquidation judiciaire avec effet au 12 juillet 2012, c'est à cette date qu'est à arrêter le montant des créances d'assurances. Il est rappelé à toutes fins utiles que la créance des appelants ne peut consister qu'en la valeur de l'unité de compte arrêtée à cette date par le nombre de parts détenues et non pas en les sommes initiales investies par les clients dans le produit d'assurance-vie souscrit.

La date de la demande de rachat du contrat d'assurance-vie introduite selon les assurés le 26 mai 2010 ne saurait être retenue comme date de calcul de la valeur comptable de l'unité de compte. Le remboursement d'une éventuelle perte de valeur de l'unité de compte entre la date de la demande de rachat et la date du prononcé de la liquidation judiciaire de la société Q n'a et ne saurait être réclamée dans le cadre de la liquidation de la société Q, en tous les cas pas dans le cadre de la demande telle qu'introduite par les époux A-B.

La situation dans laquelle ceux-ci se trouvent ne procède pas de leur faute et ne saurait leur être préjudiciable en ce qu'ils ne sauraient pâtir d'une absence de décision des liquidateurs quant à l'admission ou non de la déclaration de créance faite en bonne et due forme. Il s'y ajoute qu'une créance « non chiffrable » ne signifie pas qu'elle ait été, au moment du prononcé de la liquidation de la société Q, égale à zéro.

La Cour en conclut qu'à défaut par les intimés de rapporter la preuve de l'absence de créance dans le chef des appelants à faire valoir contre la compagnie d'assurances Q, ces derniers ont qualité pour figurer à l'instance aux fins de défendre leurs droits. Ceci est d'autant plus vrai qu'ils n'agissent que pour la conservation de leurs droits à venir, mais non pour ceux qu'ils auraient été susceptibles de

faire valoir lors des distributions de dividendes déjà réalisées en exécution de jugements antérieurs définitifs.

Le moyen tiré du défaut de qualité des appelants est donc à rejeter.

III. L'assiette du privilège

L'article 39 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances est de la teneur suivante :

« L'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques constitue un patrimoine distinct affecté par privilège à la garantie du paiement des créances d'assurances ».

Les appelants en concluent que tout créancier d'assurances dispose d'un privilège qui s'exerce sur l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques de la compagnie d'assurances, tandis que les intimés font valoir que le privilège ne s'exerce que sur l'actif auquel est adossé le contrat d'assurance.

Le tribunal a déduit des dispositions des articles 37 et 51 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 que la ségrégation des actifs avait pour conséquence nécessaire que l'assiette du privilège était cantonnée à la valeur de l'actif sous-jacent au contrat d'assurance.

Il a tout d'abord rappelé à bon droit que les actifs sous-jacents font partie du patrimoine propre de la compagnie d'assurances et que le preneur d'assurance ne peut faire valoir qu'un droit de créance à exercer contre la compagnie d'assurances.

L'article 39 de la loi de 1991 dispose littéralement que l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques est affecté par privilège à la garantie du paiement des créances d'assurances. La généralité des termes utilisés laisse présumer la volonté du législateur de faire participer tous les créanciers d'assurances au patrimoine distinct spécialement affecté au paiement de leur créance.

Le « patrimoine distinct » mentionné à l'article 39 est, au vu de la teneur des articles 39 et 40 de la loi de 1991, composé de l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques grevé d'un privilège absolu en faveur des créanciers d'assurances. Il est distinct du reste de l'actif de la compagnie d'assurances qui n'est pas affecté prioritairement au paiement des créances d'assurances. Ce deuxième patrimoine dont il est question à l'article 40 de la loi de 1991 servira, le cas échéant, au paiement du reliquat des créances d'assurances, si le patrimoine distinct de l'article 39 devait être insuffisant pour payer l'ensemble des créances d'assurances. Dans cette hypothèse, le privilège des créances d'assurances sera primé

par celui prévu à l'article 2101 paragraphe (1), points 1 et 4 et 2101 paragraphe (2) du Code civil, celui prévu à l'article 2102, point 8 du Code civil et celui du Trésor, des communes, des organismes de sécurité sociale et des chambres professionnelles conformément aux dispositions de la loi modifiée du 27 novembre 1933.

La teneur actuelle de l'article 39 est en substance identique à celle de l'article 14 de la loi du 6 septembre 1968 concernant le contrôle des entreprises d'assurance telle que modifiée par celle du 24 février 1984 (voir pour l'historique des articles concernés, ALJB, numéro 58, pages 36 - 44).

L'article 14 dans sa version initiale issue de la loi du 6 septembre 1968 disposait que « l'ensemble des valeurs formant le cautionnement initial et représentant les provisions techniques pour chaque branche d'assurance constitue un patrimoine distinct affecté par privilège au paiement (*des créances d'assurances*) ». Cette disposition contenait donc la précision supplémentaire par rapport à la loi de 1991 que l'ensemble des provisions techniques de chaque « branche d'assurance » formait un patrimoine distinct affecté par privilège au paiement des créances d'assurances. L'interprétation littérale de cette disposition laissait donc à penser à l'existence de plusieurs patrimoines distincts selon le nombre de « branches d'assurance ». Etant donné que les assurances sont catégorisées en « branche vie » et « branche non-vie », deux patrimoines étaient ainsi distingués l'un de l'autre.

La loi du 24 février 1984 portant notamment modification de la loi du 6 septembre 1968 a inséré dans l'article 14 de ladite loi l'ajout « par gestion distincte », de sorte que le texte était dorénavant de la teneur suivante : « l'ensemble des valeurs formant le cautionnement initial et représentant les provisions techniques constitue, par gestion distincte, un patrimoine distinct affecté par privilège au paiement (*des créances d'assurances*) ». La référence à la « branche d'assurance » contenue dans la version initiale de la loi de 1968 a été supprimée dans l'unique but d'alléger le texte (doc. parl. 2725, exposé des motifs, page 10). Il en ressort que la reformulation de l'article 14 de la loi de 1968 en ce que le terme de « branche d'assurance » a été remplacé par celui de « gestion distincte » n'a aucunement entendu modifier la teneur du texte initial de 1968.

Le terme « branche d'assurance » visait donc deux branches d'activités distinctes, ce qui est relevant pour la solution du litige, étant donné que ni ce terme, ni celui de « gestion distincte » ne vis(ai)ent la gestion de contrats distincts selon le sous-jacent, vu que l'ensemble des contrats souscrits auprès de la société Q relèvent de la seule branche d'activités « assurance-vie ».

Reste que la loi de 1968 complétée par celle de 1984 a introduit la notion de « gestion distincte », terme qui a figuré dans la version

initiale de l'article 39 de la loi du 6 décembre 1991, puis a été supprimé par la loi du 8 août 2000 relative à la surveillance complémentaire des entreprises d'assurances, sans que cette suppression ait fait l'objet d'un commentaire dans les travaux préparatoires consacrés à l'article 39.

C'est à ce stade qu'il convient de se reporter à l'article 37 de la loi modifiée de 1991 qui, aux yeux du tribunal, fixe l'étendue de l'assiette du privilège dont question à l'article 39.

Il est tout d'abord rappelé que seuls les actifs représentatifs des provisions techniques inscrits à l'inventaire permanent dont question à l'article 37 sont couverts par le privilège de l'article 39.

C'est la loi du 8 août 2000 qui a supprimé la notion de « gestion distincte » non seulement à l'article 39, mais également à l'article 37 de la loi modifiée de 1991 qui disposait initialement (il s'agissait de l'article 13) in fine que « les entreprises doivent tenir l'inventaire permanent des actifs représentatifs de chaque gestion distincte et en communiquer au Commissariat la situation trimestrielle.. »

La suppression de la notion de « gestion distincte » à l'article 37 est motivée ainsi : « depuis l'abolition des dispositions permettant à une entreprise d'assurances de pratiquer à la fois les activités relevant 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 »(doc. parl. no 4679, commentaire des articles, page 27).

La notion de « gestion distincte » mentionnée dans les différents textes de loi ne visait partant pas la gestion d'actifs distincts par branche d'assurance, mais la gestion de deux patrimoines distincts par groupe de branches d'assurance.

L'interprétation des articles 37 et 39 de la loi modifiée de 1991 et de la circulaire 08/1 du CAA émise sur base de l'article 12 du règlement grand-ducal du 14 décembre 1994 à laquelle s'est livrée le tribunal qui a retenu que le privilège prévu à l'article 39 ne s'appliquerait pas à l'ensemble des actifs représentatifs des provisions techniques, mais uniquement à ceux qui constituent le(s) sous-jacent(s) de tel ou tel fonds spécifique, se heurte non seulement au texte clair de l'article 39, mais fait encore complètement abstraction de ce que les obligations imposées par le CAA à l'assureur et au dépositaire des fonds qui prévoit pour chaque fonds une gestion distincte, une comptabilité séparée et un cantonnement des fonds l'ont été non seulement dans un but de protection des investisseurs, mais encore dans celui de mettre l'organe de surveillance en mesure d'exercer efficacement ses activités prudentielles à l'égard de la compagnie d'assurances et de la banque dépositaire. [voir pour la législation française en vigueur

en 1998 : JCP 1998, I, 134, Jean Bigot, Problématique de la mise en liquidation d'une société d'assurance-vie, pages 857 - 862, plus spéc. page 860, no 10 f) qui y écrit :... *les souscripteurs de contrats à actifs cantonnés ne bénéficient d'aucun avantage particulier. Le cantonnement n'est qu'un procédé contractuel tendant à isoler, au sein de l'actif général de la société, certains actifs dont les rendements financiers seront affectés aux titulaires de ces contrats. Cette technique contractuelle ne peut faire échec au principe impératif d'égalité des créanciers...*]

Ces obligations de nature et comptable et juridique en ce qu'elles s'imposent aux sociétés qui y sont soumises, n'ont cependant pas comme conséquence juridique, tel que l'a retenu le tribunal, que le privilège de l'article 39 serait cantonné au produit sous-jacent au contrat d'assurance-vie.

C'est d'ailleurs ce que rappelle la circulaire 08/1 qui précise que les actifs du fonds sont la propriété de l'entreprise d'assurances et qu'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 de 1991, mais 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. L'interprétation de cette précision faite par la juridiction du premier degré telle qu'exposée ci-dessus passe complètement sous silence les précisions pourtant essentielles relatives à l'assiette du privilège.

Le tribunal a encore tiré argument de l'article 51.5. de la loi modifiée du 6 décembre 1991 qui dispose qu'en cas de liquidation d'une entreprise d'assurances suite à un retrait d'agrément, les liquidateurs sont chargés d'affecter par priorité à cette liquidation les cautionnements et les valeurs représentatives des provisions techniques constitués au profit de ces contrats d'assurance, pour en conclure que la ségrégation des actifs y prévue (et venant confirmer celle de l'article 37) devrait également par analogie s'appliquer à la liquidation judiciaire.

Les règles relatives à l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances ont été introduites dans la loi de 1991 par celle du 11 mars 2004 qui a transposé la directive 2001/17/CE du Parlement européen et du Conseil par l'insertion d'un chapitre 6. Il traite entre autres des dispositions communes aux mesures d'assainissement et aux procédures de liquidation collectives (section 1) et de la liquidation judiciaire (section 3, articles 60 à 60-7.).

Ce sont dès lors prioritairement ces dispositions dont il convient de tenir compte, puisqu'elles visent spécifiquement la liquidation judiciaire de l'entreprise d'assurances.

L'article 60-5 de la loi modifiée de 1991 dispose que la composition des actifs inscrits sur l'inventaire permanent prévu à l'article 37 ne peut plus être remise en cause. Ni cette disposition, ni celles contenues à l'article 60, ni celles communes aux procédures de liquidation collectives ne viennent spécifier, tel que le fait l'article 51.5. de la loi modifiée de 1991, la façon dont les liquidateurs sont chargés de procéder à la liquidation.

Il est toutefois rappelé dans le cadre du commentaire de l'article 60-5 que les créanciers d'assurances bénéficient d'un privilège absolu (*i.e.* de l'article 39) sur les actifs inscrits audit inventaire (doc. parl. 5108, commentaires des articles, pages 21 et 22).

Le cas visé à l'article 51 de la loi de 1991 traite de la liquidation de l'entreprise d'assurances suite à un retrait d'agrément. Il a été introduit dans la loi de 1991 par celle du 8 décembre 1994, celle de 1991 ayant repris les dispositions de la loi précitée de 1968 (doc. parl. 3416, commentaire des articles, page 49).

Si la loi du 6 décembre 1991 disposait initialement en son article 53 alinéa 2 que « les liquidateurs liquident les contrats d'assurance... en affectant à cette liquidation les cautionnements et les valeurs représentatives des provisions techniques constitués au profit de ces contrats d'assurance », la loi du 8 décembre 1994 a précisé à l'alinéa 51.5. que « les liquidateurs liquident les contrats d'assurance en affectant *par priorité* à cette liquidation les cautionnements et les valeurs représentatives des provisions techniques constitués au profit de ces contrats d'assurance ».

Cette précision est commentée ainsi : « La légère modification du deuxième alinéa indique qu'en cas d'insuffisance des actifs représentatifs pour couvrir les obligations résultant des contrats d'assurance, les liquidateurs peuvent également réaliser les actifs du patrimoine non affecté. Les actifs représentatifs doivent cependant être réalisés en priorité » (doc. parl. 3945, commentaire des articles, page 49).

Ce faisant, les liquidateurs doivent liquider la société d'assurances en respectant l'ordre des privilèges prévus aux articles 39 et 40 de la loi modifiée de 1991.

Les principes dégagés quant à l'ordre des privilèges valent évidemment en cas de liquidation judiciaire, que ceux-ci ne soient mentionnés expressis verbis qu'en cas de liquidation administrative suite à un retrait d'agrément importe peu. Les liquidateurs procéderont de la même façon en cas de liquidation judiciaire.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que la liquidation judiciaire de la société d'assurances Q doit se faire en

application des articles 39 et 40 de la loi modifiée du 6 décembre 1991, à savoir qu'il n'y a pas lieu de procéder par distribution d'un dividende à calculer à partir de la valeur de réalisation de l'actif sous-jacent à un contrat d'assurance spécifique, mais qu'il convient de faire bénéficier l'ensemble des créanciers d'assurances à due concurrence de l'actif intégral réalisé.

La tierce-opposition est donc, par réformation du jugement du 1^{er} avril 2015, à dire fondée.

Les appelants réclament chacun une indemnité de procédure de 2.000 €.

Cette demande est fondée, étant donné qu'il serait inéquitable qu'ils dussent supporter l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'ils ont dû exposer pour faire valoir leurs droits légitimes en degré d'appel.

Il convient de leur allouer une indemnité de procédure globale de 2.000 €.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions,

dit l'appel recevable,

le dit fondé,

réformant :

dit que la liquidation judiciaire de la société anonyme Q doit se faire conformément aux articles 39 et 40 de la loi modifiée du 6 décembre 1991, à savoir qu'il n'y a pas lieu de procéder par distribution d'un dividende à calculer à partir de la valeur de réalisation de l'actif sous-jacent à un contrat d'assurance spécifique, mais qu'il convient de faire bénéficier l'ensemble des créanciers d'assurances à hauteur de leurs droits arrêtés au 12 juillet 2012 de l'actif intégral réalisé,

dit fondée la demande des époux A - B en allocation d'une indemnité de procédure à hauteur de 2.000 €,

condamne la masse de la liquidation de la société anonyme Q à leur payer in globo ledit montant et à supporter les frais et dépens

des deux instances et en prononce la distraction au profit de Maître Jean-François Steichen, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.