Jugement commercial XV No. / 2015

Audience publique du mercredi, premier avril deux mille quinze.

Liquidation de la société anonyme SOC.1.) S.A.

Numéro du rôle: 162 933

Composition:

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Robert WORRÉ, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Alfred TREINEN, greffier assumé.

E n t r e :

1. Madame **A.)**, épouse de Monsieur **B.)**, sans état connu, demeurant à B-**(...)**,

2. Monsieur **B.)**, sans état connu, demeurant à B-**(...)**,

élisant domicile à l'étude de Maître Jean-François STEICHEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs sur tierce-opposition,

comparant par Maître Jean-François STEICHEN, avocat susdit,

e t :

1. **Maître Evelyne KORN**, avocate, demeurant à Luxembourg,

2. **Monsieur Paul LAPLUME**, expert-comptable, demeurant à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerisiers,

agissant tous les deux en leur qualité de liquidateurs de la société anonyme **SOC.1.) S.A., en liquidation**, établie et ayant son siège social à L-**(...)**, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B **(...)**, déclarée en état de liquidation en date du 12 juillet 2012, représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions,

défendeurs sur tierce-opposition,

comparant par Maître Evelyne KORN, avocate susdite.

2. **MONSIEUR LE PROCUREUR D'ETAT** près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit,

défendeur sur tierce-opposition,

comparant par Madame Conny SCHMIT, Substitut du Procureur d'État.

e n p r é s e n c e d e :

1. Monsieur **C.)**, domicilié à B-**(...)**,
2. Monsieur **D.)**, domicilié à B-**(...)**,
3. Monsieur **E.)**, domicilié à B-**(...)**,
4. Monsieur **F.)**, domicilié à B-**(...)**,
5. Madame **G.)**, domicilié à B-**(...)**,
6. Madame **H.)**, domicilié à B-**(...)**,
7. **INDIVISION I.), J.) et K.),** chez **I.)** domiciliée à B-**(...)**,
8. Monsieur **L.)**, retraité et domicilié à B-**(...)**,

demandeurs par requête en intervention volontaire,

comparant par Maître Nadia CHOUAD, avocate, en remplacement de Maître François MOYSE, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg, assisté de Maître Robert WITTERWULGHE, avocat au Barreau de Bruxelles.

F A I T S :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'Huissier de Justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 2 juillet 2014, les demandeurs sur tierce-opposition a fait donner assignation aux défendeurs sur tierce-opposition à comparaître le vendredi 11 juillet 2014, à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire à Luxembourg, Annexe du Saint-Esprit, Bâtiment CO, salle CO 1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit:

L'opposition à faillite fut enrôlée sous le numéro 162 933 du rôle pour l'audience publique du 11 juillet 2014.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience publique du 23 février 2015, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit:

Madame le juge-commissaire Karin GUILLAUME fit son rapport oral au tribunal.

Maître Jean-François STEICHEN donna lecture de l'acte d'opposition et exposa ses moyens.

Maître Evelyne KORN répliqua et exposa ses moyens.

Maître Nadia CHOUAD répliqua et exposa ses moyens.

Madame le Substitut Conny SCHMIT répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal reprit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t qui suit :

Par exploit Carlos Calvo du 2 juillet 2014, **A.)** et **B.)** ont donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, à Maître Evelyne KORN et Monsieur Paul LAPLUME en leur qualité de liquidateurs de la société anonyme d'**SOC.1.)** S.A., ainsi qu'au Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 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.

Ils concluent encore à voir le présent jugement assorti de l'exécution provisoire et à se voir accorder une indemnité de procédure de 2.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

A l'appui de leur demande, ils exposent qu'ils ont en décembre 2008 et mars 2009 conclu avec la Compagnie d'assurance-vie **SOC.1.)** deux contrats d'assurance-vie dont les primes d'assurances ont été intégralement versées dans un produit dénommé «**X.)** 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'**SOC.1.)** S.A..

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 **FONDS.1.)**, **FONDS.2.)** et **FONDS.3.)**.

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, **C.)**, **D.)**, **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)** l'indivision **I.)J.)K.)** représentée par **I.)** et **L.)**, 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.

1) Quant à la recevabilité des demandes :

La tierce opposition introduite en la forme et les délais requis contre le jugement du 4 juin 2014 par les demandeurs **A.)** et **B.)** est à déclarer recevable sur base de l'article 474 du Nouveau Code de Procédure Civile, alors qu'en leur qualité alléguée de créanciers de **SOC.1.)** ils ont un intérêt à exprimer leur point de vue sur les distributions opérées par les liquidateurs.

De même y-a-t-il lieu de déclarer recevable l'intervention volontaire formulée par **C.)**, **D.)**, **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **L.)** ainsi qu'**I.)** agissant pour l'indivision **I.)J.)K.)**.

Le droit d'intervention des créanciers dans une action soutenue par le curateur au nom de la masse est en effet reconnu par une partie de la doctrine qui est d'avis qu'il a pour but de leur permettre de s'assurer que les intérêts des créanciers sont bien défendus par le représentant de la masse.(cf Les Novelles, TIV, Faillites et Concordats no 162)

2) Quant aux rétroactes :

En exécution du jugement du 12 juillet 2012 ayant prononcé la dissolution et la liquidation de l'entreprise d'assurance **SOC.1.)** S.A., 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 **SOC.1.)** 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 **FONDS.1.)**, **FONDS.2.)** et **FONDS.3.)**.

La présentation de la requête en approbation des créances admises déposée le 16 juin 2014, a été fixée à l'audience du 30 juin 2014.

Les requérants après avoir d'abord introduit en date du 20 juin 2014 une requête en tierce-opposition laquelle a été déclarée irrecevable par jugement du 9 juillet 2014, ont fait reproduire la présente tierce opposition introduite en ordre subsidiaire par voie d'exploit d'assignation.

3) 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). (« cf la défaillance des entreprises d'assurance sur la vie. » Banque & Droit par Pierre Grégoire Marly)

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 règlementaires 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 8 /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. (Cf, l'article de Messieurs Lionel Lefebvre et Philippe Banet-Rivet paru dans la Tribune de l'assurance du 1er avril 2014 « intérêts pratiques et juridiques de l'assurance vie luxembourgeoise »).

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 défende de s'écarter (cf Les Novelles, TIV, cité par la Cour d'appel dans sa décision du 28 janvier 2009 dans l'affaire Ka.)

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 **X.)** 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' **SOC.1.)** 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.» (CF C FEIPEL et C. BERNARDIN précités no 43). 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. (CF Jurisclasseur Civil, droit de gage général, Art 2284 et 2285 du Code civil)

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.

Compte tenu du sort réservé à leur demande, les requérants sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Les parties intervenant volontairement à la présente procédure sont également à débouter de leur demande en condamnation aux frais et dépens, alors que les frais occasionnés par l'intervention de celui qui intervient dans un procès pour surveiller la défense présentée par celui qui le représente doivent rester à charge de l'intervenant, parce que ce dernier, par son intervention, n'a posé qu'un simple acte conservatoire qui ne peut nuire ni à la masse des créanciers représentée par le curateur, ni à la partie adverse. (Lux 14 novembre 1906, 9, 199.)

Pour les mêmes raisons, elles sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

P a r c e s m o t i f s :

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 de **C.)**, **D.)**, **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)** pour compte de l'indivision **I.)J.)K.)** et **L.)** recevable,

dit la tierce opposition non fondée,

déboute les parties demanderesses et intervenantes de leurs demandes respectives formulées sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

condamne A.) et **B.)** aux frais et dépens de l'instance.