

Les contrats d'assurance vie luxembourgeois, entre faux semblants et vrais atouts

Matthieu Robineau

► **To cite this version:**

Matthieu Robineau. Les contrats d'assurance vie luxembourgeois, entre faux semblants et vrais atouts. Revue Générale du Droit des Assurances, Librairie générale de droit et de jurisprudence/Lextenso, 2019, pp.7-13. hal-02093015

HAL Id: hal-02093015

<https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr/hal-02093015>

Submitted on 14 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les contrats d'assurance vie luxembourgeois entre faux semblants et vrais atouts

Matthieu Robineau

Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Centre de Recherche Juridique Pothier – EA 1212

Les contrats luxembourgeois d'assurance vie¹ connaissent un développement remarquable depuis quelques années en Europe, et en France en particulier. Les études du Comité aux assurances luxembourgeois enseignent ainsi que 30 % des primes qui alimentent ces contrats sont versées par des Français². Le phénomène s'est semble-t-il accru à la suite de la crise financière et économique débutée en 2008 et des doutes sur les dettes souveraines. Une partie des épargnants aurait en effet vu dans le Luxembourg un État plus sûr pour leurs avoirs que l'État français. L'ouverture et l'abondement de contrats luxembourgeois auraient également connu une accélération en réaction à l'adoption de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II³. Celle-ci a en effet instillé le trouble dans l'esprit des assurés français, inquiets d'apprendre que leur épargne pouvait désormais être bloquée jusqu'à six mois en cas de crise systémique sur décision du Haut Conseil de Stabilité Financière (HCSF)⁴.

Cette « passion française »⁵ pour l'assurance vie luxembourgeoise inquiète les pouvoirs publics⁶. Elle justifie de s'intéresser d'un peu plus près à ces contrats, en séparant le bon grain de l'ivraie, en démêlant le vrai du faux, en distinguant les avantages et les inconvénients. Une telle réflexion impose de penser le contrat d'assurance vie comme une enveloppe patrimoniale de gestion des biens⁷ affectée à la couverture de risques, et donc comme une technique fiduciaire.

Cela ne signifie pas que la qualification assurantielle soit douteuse. La souscription d'un contrat luxembourgeois, comme celle d'un contrat français, relève d'une opération de long terme, qui vise avant tout à se constituer une épargne pour faire face au risque de survie ou de vie longue, avec toutes les conséquences patrimoniales que la réalisation de ce risque suppose (diminution des revenus lors de la retraite, frais de maladie et de dépendance, aménagement du logement, tierce personne, EHPAD, etc.). C'est l'exercice du droit de rachat qui permet au souscripteur d'obtenir de l'assureur les sommes en compte dont il a besoin. Subsidiativement, la souscription du contrat a pour finalité d'attribuer aux bénéficiaires désignés ce qu'il restera de l'épargne accumulée sur le contrat – s'il reste quelque chose – au jour du décès de l'assuré. De la sorte, existe un aléa viager quant à l'identité de la personne

¹ V. Cornilleau, « Le contrat d'assurance vie luxembourgeois », *Actes prat. et strat. patr.* 4/2013, p. 34.

² A. Calci, « L'assurance-vie luxembourgeoise en gestion patrimoniale », *Rev. fisc. patr.* 2017, ét. 18.

³ L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JO* n° 0287 du 10 déc. 2016, texte n° 2.

⁴ V. *infra*.

⁵ C. Molé-Genlis, « Assurance vie luxembourgeoise, une passion française », *Gestion de fortune*, 1^{er} juin 2018, n° 293, p. 44.

⁶ Cf. Commission des finances du Sénat, *Les enjeux de l'assurance vie – stabilité financière, financement de l'économie, concurrence réglementaire et fiscale en Europe*, 6 mai 2015 (<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150504/fin.html#toc6>, consulté le 14 déc. 2018).

⁷ M. Robineau, « Le contrat d'assurance vie, enveloppe patrimoniale de gestion des biens », *RJ com.* 2015, n° 2, p. 197.

qui va percevoir l'épargne accumulée sur le contrat : il s'agira du souscripteur-assuré, à l'occasion du rachat ou de l'arrivée du terme⁸, ou bien du bénéficiaire de la contre-assurance, en cas de décès de l'assuré. Dans le droit fil de la conception retenue par la Cour de cassation dans ses arrêts du 23 novembre 2004⁹, ces contrats présentent ainsi un aléa et sont donc des contrats d'assurance vie¹⁰. Ce n'est que faute d'incertitude sur l'identité de la personne qui profitera des fonds qu'une disqualification est encourue, soit que l'aléa viager fasse défaut, en raison d'une espérance de vie minimale¹¹, soit que le souscripteur n'ait aucunement l'intention de se couvrir contre les conséquences patrimoniales d'une vie qui se prolonge et qu'il entende seulement réaliser une opération de transmission au profit du bénéficiaire, appréhendé alors comme un donataire¹².

Dès lors que les contrats français comme luxembourgeois répondent à un même objectif patrimonial de couverture de risques, il convient d'interroger l'attractivité des seconds par rapport aux premiers.

La réflexion a pour cadre nécessaire le marché unique de l'assurance vie : c'est en raison du jeu de la liberté de prestation de services (LPS) et de la liberté d'établissement (LE) que la question de savoir s'il souscrit un contrat luxembourgeois plutôt qu'un contrat français peut se poser à un contractant français. Plus précisément, c'est la LPS qui offre cette alternative puisqu'elle permet aux assureurs luxembourgeois de distribuer leurs contrats dans les pays de l'Union européenne (tandis que, dans le cadre de la liberté d'établissement, le contrat luxembourgeois est considéré comme un contrat français, puisque commercialisé par la succursale sise en France d'un assureur luxembourgeois).

Or le contrat d'assurance vie luxembourgeois et le contrat d'assurance vie français ne sont pas soumis aux mêmes règles de droit. C'est alors à une sorte de *legis shopping* que se livre le futur assuré, plus ou moins averti, plus ou moins guidé par son conseiller en gestion de patrimoine, même si nous verrons un peu plus loin que la question de souscrire un contrat luxembourgeois ne se pose sérieusement qu'en présence de contractants disposant d'une capacité d'investissement et d'un patrimoine financier conséquents.

Ceci posé, la portée de ce *legis shopping* doit être précisément délimitée. Il est acquis en effet qu'en matière d'assurance vie, il convient de distinguer le droit du contrat, qui régit les effets du contrat entre les parties, et le droit prudentiel, qui régit la dimension financière de l'opération d'épargne vie. Plus précisément, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation française il y a quelques mois, « si le droit français n'envisage le versement des primes d'assurance qu'en numéraire, aucune disposition légale d'intérêt général ne prohibe la distribution en France par un assureur luxembourgeois de contrats d'assurance sur la vie qui sont régis par la loi

⁸ Étant précisé que de plus en plus de contrats sont à durée indéterminée et prennent fin soit par le rachat total, soit par le décès de l'assuré.

⁹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n^{os} 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507 et 02-13.673, 4 arrêts : *D.* 2005.1905, note B. Beignier ; *Defrénois* 2005, art. 38142, note J.-L. Aubert ; *Dr. et patr.* 1/2005, p. 11, note L. Aynès ; *Dr. famille* 2005, étude n^o 6 par H. Lécuyer ; *JCP G* 2005, I, 111, note J. Ghestin ; *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. n^o 42 et chron. n^o 3 par F. Leduc et Ph. Pierre ; *RDC* 2005. 297, note A. Bénabent ; *RGDA* 2005.110, note L. Mayaux ; *RTD civ.* 2005.434, obs. M. Grimaldi ; *Risques* 2006, n^o 64, p. 87, obs. G. Durry.

¹⁰ Pour une réflexion sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil, au visa de ces arrêts, par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, M. Robineau, « Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil », *Bjda.fr* 2017, dossier 2, pp. 5-12.

¹¹ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2007, n^o 05-10.254 : *Bull. civ.* I, n^o 258 ; *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 333

¹² Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n^o 06-12.769 : *Bull. mixte* n^o 3 ; *JCP N* 2008, 1174, note R. Riche ; *JCP E* 2008, 1265, note S. Hovasse ; *JCP G* 2008, II, 10029, note L. Mayaux ; *RGDA* 2008. 210, note J. Bigot ; *RTD civ.* 2008. 137, note M. Grimaldi ; *D.* 2008. 1314, note F. Douet ; *RJPF* 2008, n^o 3, p. 22, obs. Ph. Delmas Saint-Hilaire.

française mais dont les caractéristiques techniques et financières relèvent du droit luxembourgeois conformément à l'article 10-2 de la directive 2002/ 83/ CE du 8 novembre 2002 et permettent l'apport de titres sur des fonds dédiés fermés »¹³.

Il en résulte en premier lieu que les mêmes règles de droit s'appliquent au souscripteur résident français lorsqu'il s'agit d'organiser la relation contractuelle avec l'assureur et de déterminer les effets du contrat d'assurance et de la stipulation pour autrui qu'il comporte le plus souvent. Sur ces questions, que le contrat soit luxembourgeois ou français est indifférent. Il n'y a là que l'effet d'une règle aujourd'hui portée par le Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement Européen et du Conseil en date du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : la loi qui régit le contrat d'assurance vie est en principe la loi de l'État où le preneur d'assurance a sa résidence. Par exception, si le preneur est une personne physique résidant habituellement dans un État membre autre que celui dont il est ressortissant, les parties peuvent choisir la loi de l'État membre dont il détient la nationalité¹⁴. Il convient de préciser que le changement, en cours d'exécution du contrat, de sa résidence par le preneur, ne modifie pas la loi applicable au contrat, sous réserve des lois de police et de l'ordre public de son État de résidence¹⁵.

En second lieu, en vertu de l'article 10 de la directive 2002/83/CE du 8 novembre 2002, les règles prudentielles qui encadrent l'activité de l'assureur sont celles de son État¹⁶. En conséquence, les caractéristiques financières d'un contrat luxembourgeois souscrit sous le régime de la libre prestation de service par un résident français relèvent du droit luxembourgeois et non du droit français. C'est ici qu'au choix patrimonial primaire (souscrire ou non un contrat d'assurance vie), s'ajoute un choix juridique secondaire (souscrire auprès d'une compagnie luxembourgeoise ou d'une compagnie française), commandé par des considérations non seulement financières, relatives à l'éligibilité des actifs, mais aussi techniques et prudentielles, relatives à la sécurité de l'épargne¹⁷.

Ceci posé, on ne peut s'empêcher de remarquer que si la distinction entre les aspects contractuels et les aspects financiers est simple à énoncer, sa mise en œuvre est autrement plus délicate : l'affirmation par la Cour de cassation dans l'arrêt précité, que les modalités de versement des primes relèvent d'une question technique et financière et non du régime du contrat peut être discutée¹⁸. De même, la composition d'une unité de compte proposée par l'assureur convoque contenu obligationnel du contrat¹⁹ et règles prudentielles²⁰. Par exemple, s'agissant du volet contractuel, on peut relever qu'en cas de disparition d'une unité de compte choisie par le souscripteur, l'assureur doit lui substituer un support aux caractéristiques proches²¹. Quant à la dimension prudentielle, on sait que les unités de compte doivent être

¹³ Cass. 2^{ème} civ., 19 mai 2016, n° 15-13.606, D. 2016. 1791, note B. Beignier et S. Ben Hadj-Yahia, *JCP G* 2016, 881, note L. Mayaux, *LEDA* juill. 2016, n° 101, obs. P.-G. Marly ; *RLDA* 2016, n° 121, p. 25, note M. Robineau ; *www.actuassurance.com*, avr.-mai 2016, n° 46, analyses M. Robineau.

¹⁴ *Adde*, C. assur., art. L. 183-1 : « Lorsque l'engagement est pris, au sens de l'article L. 310-5, sur le territoire de la République française, la loi applicable au contrat est la loi française, à l'exclusion de toute autre. Toutefois, si le souscripteur est une personne physique et est ressortissant d'un autre État membre de l'Espace économique européen, les parties au contrat d'assurance peuvent choisir d'appliquer soit la loi française soit la loi de l'État dont le souscripteur est ressortissant ».

¹⁵ M. Thomas-Marotel, « Cet obscur objet du désir financier : le contrat d'assurance vie luxembourgeois », *Actes prat. et strat. patr.* 2/2018, p. 43.

¹⁶ *adde*, C. assur., art. L. 362-4.

¹⁷ *V. infra*.

¹⁸ En ce sens, L. Mayaux, note préc.

¹⁹ En application de la distinction forgée par P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

²⁰ *V. aussi*, M. Thomas-Marotel, préc.

²¹ C. assur., art. R. 131-1. – Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2004, n° 01-10.147.

choisies parmi des actifs énumérés de manière limitative par l'article R. 131-1 du Code des assurances et offrant une protection suffisante de l'épargne au sens de l'article L. 131-1, encore que la règle soit, elle aussi, de nature à soulever le débat. En effet, si les deux conditions sont, à la lettre, cumulatives, des doutes ont surgi à l'occasion d'un contentieux portant sur des produits structurés présentés comme des obligations, dont l'éligibilité à l'assurance vie a été admise par la Cour de cassation²².

Dès lors faudrait-il peut-être amender la distinction retenue et raisonner selon l'enjeu en cause : la composition d'une unité de compte pourrait relever exclusivement du droit prudentiel, susceptible d'écarter le droit contractuel, même d'ordre public, tandis que les modalités de versement – en titres ou en numéraire – et donc d'acquisition de l'unité de compte mériteraient d'être soumises au droit du contrat²³. Rien de tel, affirme la Cour de cassation. On devine alors l'un des avantages des contrats luxembourgeois distribués en libre prestation de service par rapport aux contrats proposés par les assureurs français. Il en est d'autres en effet, mais il y a aussi, en la matière, quelques idées reçues qu'il importe de dissiper. On se propose en conséquence d'examiner les faux-semblants des contrats luxembourgeois (I), puis leurs vrais atouts (II).

I - Les faux semblants des contrats luxembourgeois

Les contrats d'assurance vie luxembourgeois ont parfois été présentés comme offrant une discrétion bienvenue et un régime fiscal favorable. C'est la raison pour laquelle ils ont relativement mauvaise presse, y compris au plus haut sommet de l'État, le Président Macron les ayant assimilés à l'évasion fiscale²⁴. Or force est de constater que la discrétion a disparu (A) et que l'avantage fiscal est le plus souvent inexistant (B).

A - La vertu disparue : la discrétion

Certes, les assureurs luxembourgeois sont tenus par le secret professionnel, encore que celui-ci soit assorti de nombreuses exceptions, dont la liste a été allongée par une loi du 27 février 2018 relative au secret professionnel dans le secteur de l'assurance²⁵. Néanmoins, la discrétion n'est plus de mise, en raison non seulement de l'obligation qui pèse sur les contribuables français de déclarer les contrats d'assurance vie souscrits à l'étranger (1), mais encore de l'échange automatique d'informations entre les deux États (2)

1 - L'obligation de déclaration des contrats souscrits à l'étranger

²² Cass. 2^{ème} civ., 23 nov. 2017, n° 16-22.620 : à paraître au Bull ; *LEDA* déc. 2017, p. 5, obs. P.-G. Marly ; *RD banc et fin.* 2018, comm. 11, note N. Leblond ; *RGDA* 2018. 52, obs. L. Mayaux. *Adde*, CA Bordeaux, 1^{er} ch. civ., 26 juin 2018, n° 16/03921 : *LEDA* sept. 2018, p. 5, obs. P.-G. Marly.

²³ En ce sens, L. Mayaux, préc., observant que l'ordre public en cause est un ordre public économique et financier. – v. déjà, V. Cornilleau, art. préc., n° 11.

²⁴ C. Molé-Genlis, art. préc.

²⁵ N. Ducros, « Une nouvelle donne pour le secret professionnel au Luxembourg », *Agefi actifs*, 4 mai 2018, p. 22.

L'article 1649 AA impose aux résidents fiscaux français, à l'occasion de la déclaration de leurs revenus à l'Administration fiscale, de déclarer les contrats d'assurance-vie qu'ils ont conclus à l'étranger. Les informations communiquées doivent être mises à jour chaque année²⁶. De la sorte, les contrats luxembourgeois sont tout aussi bien connus que les contrats français, qui pour leur part, sont déclarés par les assureurs, qui alimentent ainsi le fichier FICOVIE, mis en place par la loi Eckert du 13 juin 2014²⁷. L'article 1649 AA a d'ailleurs été modifié de manière à ce que les deux dispositifs conduisent à collecter des informations similaires. Or l'inexécution de l'obligation déclarative emporte des sanctions dont la finalité dissuasive ne fait guère de doute. En application de l'article 1766 du Code général des impôts, les infractions commises sont passibles d'une amende de 1 500 € par contrat non déclaré, portée à 10 000 € par contrat non déclaré lorsque ce dernier a été souscrit auprès d'un assureur relevant d'un État ou territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et permettant l'accès aux renseignements bancaires. Les inexactitudes sont également sanctionnées²⁸.

Les personnes domiciliées fiscalement en France sont donc tenues de déclarer leurs contrats d'assurance vie souscrits au Luxembourg. Elles le sont d'autant plus que l'Administration fiscale recevra l'information par d'autres canaux, et en particulier par les assureurs eux-mêmes. Par ailleurs, pour des raisons fiscales, et en particulier s'agissant des prélèvements sociaux, le souscripteur ne manquera pas de donner mandat à l'assureur luxembourgeois de s'acquitter de ceux-ci pour son compte. À ce dispositif s'ajoute la mise en place de l'échange automatique d'informations.

2 - L'échange automatique d'informations

Le secret professionnel auquel sont tenus les assureurs luxembourgeois s'efface devant le dispositif d'échange automatique d'informations, qui porte sur des données à but exclusivement fiscal. Il en résulte qu'un assuré résidant dans un pays européen ne peut désormais plus dissimuler son contrat à l'administration fiscale²⁹.

Ce dispositif est le fruit d'une lente et longue maturation. Initié par l'OCDE, il a fait l'objet d'une directive 2011/16/UE du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE. Il résulte des instruments de transposition que depuis le 1^{er} janvier 2017, il existe, entre le Luxembourg et la France, un échange automatique des données portant sur les contrats d'assurance-vie. Il s'ensuit que les contrats d'assurance-vie luxembourgeois des résidents fiscaux français sont directement déclarés à l'administration fiscale française.

Il n'est dès lors plus possible aujourd'hui de considérer que l'assurance vie luxembourgeoise est une oasis de discrétion. De la même manière, prétendre que la fiscalité des contrats luxembourgeois est avantageuse est inexact.

B - L'intérêt fantasmé : la fiscalité

²⁶ CGI, art. 1649 AA et CGI, ann. 3, art. 344 C.

²⁷ L. n° 2014-617 du 13 juin 2014 relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance vie en déshérence, *JO* n° 0137 du 15 juin 2014, p. 9951.

²⁸ CGI, art. 1729 B, 2°.

²⁹ A. Calci, art. préc.

Lorsque le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie luxembourgeois réside en France, il est soumis au même régime fiscal que s'il avait souscrit un contrat français : le principe de neutralité interdit de considérer que l'assurance vie luxembourgeoise offre une fiscalité favorable (1). Cette affirmation doit toutefois être tempérée en cas de mobilité internationale (2).

1 - L'application du droit fiscal français en raison du principe de neutralité

Quel que soit le fait générateur de l'impôt (rachat ou dénouement par décès), le Luxembourg est « fiscalement neutre »³⁰. Cela signifie par exemple que les plus-values perçues à l'occasion d'un rachat effectué par un souscripteur résident français sont soumises au même régime, qu'elles soient issues d'un contrat français ou d'un contrat luxembourgeois. La nouvelle convention fiscale conclue le 20 mars 2018 sur le modèle proposé par l'OCDE entre la France et le Grand-Duché ne remet pas en cause ce principe de neutralité³¹.

Pour autant, les contrats luxembourgeois ont quelques vertus fiscales par rapport aux contrats français en présence de souscripteurs amenés à changer régulièrement de résidence.

2 - L'intérêt relatif du contrat luxembourgeois en cas de mobilité internationale

Le premier de ces intérêts, qui a perdu de sa portée en raison de la substitution de l'ISF par l'IFI, est lié au bénéficiaire du régime des impatriés. En effet, lorsqu'un français expatrié depuis au moins cinq ans revient en France, ce régime permet d'exclure de l'assiette de l'impôt les biens immobiliers situés hors de France. En conséquence, si la valeur représentative des unités de compte de nature immobilière d'un contrat d'assurance vie français doivent être intégrés dans l'assiette de l'IFI³², tel n'est pas le cas des supports de même nature d'un contrat luxembourgeois distribué en libre prestation de service, pendant les cinq années qui suivent le retour en France³³. De même, les revenus issus du contrat d'assurance bénéficient d'une exonération partielle d'impôt³⁴, pendant cinq ou huit ans selon la date du retour en France³⁵.

Lorsque le souscripteur, à l'inverse, choisit de s'expatrier ou est d'ores et déjà non résident, le contrat d'assurance vie souscrit auprès d'un assureur luxembourgeois en libre prestation de service présente également des vertus. En effet, en application du principe de neutralité en vigueur au Grand-Duché, le redevable – souscripteur qui exerce le rachat ou bénéficiaire de la garantie décès – est soumis à la fiscalité de son pays de résidence au moment du fait générateur de l'impôt, déterminée selon les règles de cet État, et seulement celles-ci. Il y a là une simplification considérable par comparaison avec les solutions qui s'appliquent en présence d'un contrat souscrit auprès d'un assureur français. En effet, dans ce dernier cas, seule les conventions bilatérales sont de nature à éviter les doubles impositions,

³⁰ A. Calci, art. préc.

³¹ P. Dedieu, « Nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise : quelles conséquences en matière de fiscalité immobilière et patrimoniale ? », *JCP N* 2018, act. 380.

³² CGI, art. 972. *Adde*, W. Hannecart-Weyth et D. Pomin, « Que reste-t-il de l'assurance vie pour l'IFI ? », *Dr. fisc.* 2018. 280.

³³ CGI, art. 964.

³⁴ CGI, art. 165 B.

³⁵ BOI-RSA-GEO-40-10-30-20-20170621.

étant précisé, d'une part, que leur mise en œuvre suppose le plus souvent des formalités déclaratives relativement lourdes et, d'autre part, que le prélèvement spécial prévu par l'article 990 I est généralement hors champ de ces conventions, en raison de sa nature de taxe d'assurance³⁶. Il convient d'ajouter que la souscription de contrats luxembourgeois plutôt que de contrats français permet de consolider le statut de non-résident³⁷.

Sur le terrain fiscal, seule l'hypothèse d'une mobilité internationale confère aux contrats luxembourgeois un avantage concurrentiel par rapport à leurs équivalents français. Discretion et fiscalité sont donc de prétendus intérêts de ces contrats. En revanche, le régime prudentiel, technique et financier qui leur est applicable leur offre de sérieux atouts.

II - Les vrais atouts des contrats luxembourgeois

Les contrats luxembourgeois se singularisent par le dispositif de sécurité de l'épargne, qui paraît à bien des égards plus solide que le mécanisme de garantie mis en place en France (A). Ils offrent aussi de plus larges possibilités quant aux supports d'investissement (B).

A - La sécurité de l'épargne

Tout épargnant est légitimement inquiet de la sécurité de ses actifs. En particulier, il peut éprouver la crainte que l'assureur auprès duquel il a contracté fasse faillite. Pour cette raison, bon nombre d'États ont mis en place des dispositifs destinés à rassurer les assurés. En France, a ainsi été institué un Fonds de garantie des assurés contre la défaillance de sociétés d'assurance de personnes (FGAP), par une loi du 25 juin 1999³⁸, plusieurs fois réformée. Le dispositif octroie aujourd'hui une garantie au profit de chaque assuré, plafonnée à 70 000 € par assureur en situation de défaillance³⁹. Il présente néanmoins une double limite. D'abord, le montant garanti peut paraître bien faible au regard des valeurs de rachat de certains contrats ; ensuite, les réserves du fonds sont notoirement insuffisantes pour faire face à des défaillances d'importance ou en série⁴⁰. Il convient toutefois de préciser que le plafond est porté à 90 000 € pour les rentes d'incapacité ou d'invalidité et les rentes résultant de contrats d'assurance en cas de décès⁴¹.

Comparativement le dispositif luxembourgeois semble davantage protecteur (1), ce qui mérite vérification (2).

1 - L'efficacité apparente du dispositif luxembourgeois de garantie de l'épargne

³⁶ M. Thomas-Marotel, art. préc.

³⁷ A. Calci, art. préc.

³⁸ L. n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, *JO* n°148 du 29 juin 1999 p. 9487.

³⁹ C. assur., art. R. 423-7.

⁴⁰ Cf. le rapport annuel du Commissaire aux comptes du FGAP, en ligne : http://www.fgap.fr/wp-content/uploads/2018/06/2017-12-31_MAZARS_Rapport_Commissaire_aux_Comptes.pdf.

⁴¹ . La garantie est par ailleurs illimitée s'agissant, d'une part, des prestations dues et échues à la date de notification du recours au Fonds de garantie et, d'autre part, des prestations des contrats couvrant les risques accident et maladie, dues et échues entre la date de notification du recours au Fonds de garantie et la date de publication du transfert des contrats ou de cessation des effets des contrats.

Ce dispositif comporte deux volets : d'une part, l'existence d'une organisation connue sous le nom de triangle de sécurité, d'autre part la reconnaissance au profit du souscripteur d'un super-privilège.

Le premier repose sur trois acteurs : le commissariat aux assurances (CAA), qui est l'équivalent luxembourgeois de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, la compagnie d'assurance et une banque dépositaire agréée par le CAA. En cas de souscription d'un contrat luxembourgeois, les droits des assurés sont inscrits au passif de l'assureur sous forme de provisions techniques. Les actifs représentatifs de ces droits sont déposés auprès de la banque agréée et, par suite, séparés des fonds propres de l'assureur. En cas de difficulté de ce dernier, les souscripteurs ou bénéficiaires exerceront leur droit contre la banque. Cette ségrégation des actifs est contrôlée trimestriellement.

Quant au super-privilège, il est un droit qui permet au souscripteur de bénéficier d'une priorité de paiement sur tout autre créancier, y compris l'État et les salariés de l'assureur, sur le patrimoine distinct. Si celui-ci ne suffit pas, il exercera ses droits sur le patrimoine propre de la compagnie d'assurance, mais cette fois-ci en application d'un privilège de second rang qui cède devant les salariés de l'assureur, le Trésor et les organismes de sécurité sociale.

2 - L'efficacité relative du dispositif luxembourgeois de garantie de l'épargne

Si présenté ainsi le dispositif luxembourgeois semble gage de sécurité, son efficacité mérite néanmoins d'être relativisée. Il est d'abord assez clair qu'il ne résisterait pas à une crise systémique qui affecterait le système bancaire et assurantiel⁴², et qui rendrait parfaitement vain le mécanisme de ségrégation des actifs. Ensuite, et dans le même ordre d'idée, il ne protège pas contre le défaut de la banque dépositaire. Enfin, les actifs en dépôt auprès de la banque agréée sont restitués à leur valeur de marché et les liquidités sont perdues⁴³. En conséquence, de ce point de vue-là, le mécanisme français de garantie de l'épargne n'apparaît plus aussi vain, à condition – faut-il le rappeler ? – que le FGAP soit doté des réserves suffisantes.

De surcroît, il est fréquent que les souscripteurs français concluent leurs contrats luxembourgeois auprès de filiales de compagnies françaises. Or les fonds euros proposés par la filiale luxembourgeoise sont souvent réassurés auprès de la maison-mère. Il en résulte non seulement une diminution de rendement en raison des frais de réassurance mais encore et surtout, l'applicabilité par ricochet, de la loi Sapin II aux contrats luxembourgeois. Comme cela a été rappelé plus haut, celle-ci peut conduire à la paralysie du droit de rachat auprès de l'ensemble des assureurs de la place, autrement dit à l'indisponibilité temporaire de l'épargne pendant une période pouvant aller jusqu'à six mois consécutifs⁴⁴. Prétendre échapper à ce dispositif destiné à assurer la stabilité du système financier français en souscrivant un contrat luxembourgeois est alors une vue de l'esprit si l'assuré choisit un fonds euros réassuré en France. De surcroît, on ne saurait ignorer que la législation du Grand-Duché connaît un mécanisme qui permet aux autorités de bloquer les rachats auprès d'un assureur en difficulté⁴⁵, à l'instar de ce qui existe en France⁴⁶.

⁴² En ce sens, M. Thomas-Marotel, art. préc.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ C. monét. et fin., art. L. 631-2-1, 5^oter.

⁴⁵ Loi sur les assurances, 7 déc. 2015, art. 116.

Le dispositif luxembourgeois de sécurité de l'épargne présente donc de sérieux atouts, mais ne doit pas être perçu comme offrant une garantie absolue et à toute épreuve. Ces vertus sont complétées par des possibilités plus larges que celles qu'offrent les contrats français en matière de supports d'investissement.

B - La variété des supports d'investissement

L'attractivité des contrats luxembourgeois repose principalement sur la possibilité de constituer soi-même les unités de compte (1) et d'utiliser des devises étrangères (2). En d'autres termes, sur le plan financier, ces contrats relèvent du « sur-mesure »⁴⁷.

1 - L'atout des fonds internes dédiés

Le souscripteur qui conclut un contrat d'assurance vie auprès d'un assureur français peut choisir comme supports d'investissement le ou les fonds euros proposés ainsi que les différentes unités de compte à disposition. Celles-ci doivent être « constituées de valeurs mobilières ou d'actifs offrant une protection suffisante de l'épargne investie et figurant sur une liste dressée par décret en Conseil d'État »⁴⁸.

La situation est très différente s'il conclut un contrat luxembourgeois, tout au moins s'il franchit certains seuils d'investissement et dispose d'un patrimoine financier très confortable. En effet, la gestion financière du contrat luxembourgeois est réalisée non seulement à travers des fonds externes, c'est-à-dire des organismes de placement collectifs extérieurs à l'entreprise d'assurance, mais encore – et là réside la spécificité de ces contrats – à travers des fonds internes, qui constituent des actifs cantonnés au sein de la compagnie et dont il existe plusieurs catégories. Or ces fonds internes offrent des possibilités inenvisageables en France aujourd'hui.

Schématiquement, plus les primes versées sont élevées et plus l'assuré a un patrimoine financier conséquent, plus le contrat peut accueillir des sous-jacents sophistiqués et risqués⁴⁹. En application de deux lettres circulaires entrées en vigueur le 1^{er} mai 2015⁵⁰, le souscripteur peut en effet constituer les unités de compte du contrat à sa guise et apporter les titres qui les constituent⁵¹, sous réserve de répondre à des conditions d'éligibilité liées au montant de son investissement et à sa fortune en valeurs mobilières. En-deçà du seuil minimal, l'assurance vie luxembourgeoise n'offre aucun avantage par rapport à l'assurance vie française : le souscripteur a accès aux mêmes fonds que s'il contracte en France.

⁴⁶ C. monét et fin., art. L. 612-33.

⁴⁷ S'y ajoute une adaptation de la configuration juridique du contrat en fonction de la résidence de l'assuré pour éviter des difficultés liées à la qualification du contrat (par exemple en configurant de manière appropriée la garantie décès) ou aux règles fiscales applicables (M. Thomas-Marotel, art. préc.).

⁴⁸ C. assur., art. L. 131-1.

⁴⁹ E. Gyori-Toursel, « Le fonds d'assurance spécialisé luxembourgeois : un instrument patrimonial face aux exigences du droit français », *Dr. & patr.* 2016, n° 259, p. 28.

⁵⁰ Lettre circulaire 15/3 du commissariat aux assurances, relative aux règles d'investissement pour les produits d'assurance vie liés à des fonds d'investissement du 24 mars 2015 et lettre circulaire 15/4 du CAA, relative au dépôt de valeurs mobilières et liquidités utilisées comme actifs représentatifs des provisions techniques des entreprises d'assurances directes et des fonds de pension, également du 24 mars 2015.

⁵¹ E. Gyori-Toursel, « Assurance-vie en unités de compte : les incohérences du droit français », *RGDA* 2016, p. 388 ; *adde*, J. Bigot, note sous Cass. com., 14 déc. 2010, n° 10-10.207, *RGDA* 2011, p. 542.

Concrètement, lors de la souscription, chaque assuré est rattaché à l'une des cinq catégories prévues par les textes et ne peut en changer que sur demande.

Font partie de la catégorie A les souscripteurs investissant au moins 125 000 € dans l'ensemble de leurs contrats auprès d'une compagnie et déclarant posséder une fortune en valeurs mobilières supérieure ou égale à 250 000 €. Relèvent de la catégorie B, ceux qui investissent 250 000 € et sont à la tête d'une fortune en valeurs mobilières de 500 000 €. Appartiennent à la catégorie C, les épargnants qui investissent au minimum 250 000 € et déclarent une fortune en valeurs mobilières de 1 250 000 €. La catégorie D accueille ceux qui versent au moins 1 000 000 € et ont une fortune en valeurs immobilières de 2 500 000 €. Enfin, la cinquième catégorie, dite catégorie N, regroupe tous ceux qui ne peuvent entrer dans l'une des quatre premières. Il est précisé que la fortune mobilière (nette) est égale à la valeur totale des instruments financiers, augmentée des dépôts bancaires et de la valeur des contrats d'assurance vie et de capitalisation, diminuée des dettes de toute nature.

Une fois déterminée la catégorie à laquelle il appartient, l'assuré peut avoir accès à plusieurs types de fonds dans lesquels intégrer les droits et valeurs que sa catégorie autorise. Les plus connus, les fonds internes dédiés (FID), sont des fonds sur-mesure qui constituent des unités de compte composites propres à l'assuré. En d'autres termes, un FID est affecté à un seul contrat. Ce système permet de mettre en place une gestion individuelle sous mandat, dédiée à l'investisseur. Au fond, tout se passe comme si l'assuré ouvrait un compte-titres sous mandat de gestion, mais dans le cadre d'un contrat d'assurance. C'est cet aspect sur-mesure qui rend plus complexe la digitalisation des contrats d'assurance luxembourgeois

Il convient d'ajouter qu'il est possible de détenir plusieurs FID dans un même contrat, donc plusieurs banques dépositaires et plusieurs gérants, ce qui permet de diversifier les stratégies financières et les risques. On parle alors de contrat dédié ou multi-FID. Selon que les seuils d'éligibilité sont franchis ou non, ces fonds donnent accès à une gamme de produits d'investissement pouvant inclure des obligations, des actions cotées ou non, des fonds internationaux, des produits structurés, ou encore des fonds de *private equity*. Ainsi, pour les fonds internes de type D, il n'y a aucune restriction : toutes les catégories d'instruments financiers et les comptes bancaires de toute nature sont admis, y compris les comptes de métaux précieux. Seul est exclu l'immobilier détenu en direct. On voit ici l'intérêt de ces fonds pour les clients les plus fortunés⁵².

Maître de la composition du FID, l'assuré peut également apporter les titres constitutifs. Cette faculté lui évite de vendre ces derniers pour les racheter ensuite, avec les conséquences que cela peut emporter en termes de coûts de transaction, de variation de cours, de frais de sortie anticipée. En revanche, cet apport s'analyse logiquement en une cession, génératrice le cas échéant d'un impôt de plus-value.

Quant aux fonds internes dédiés *umbrella*, ils fonctionnent de la même manière que les FID mais s'en différencient en ce qu'ils permettent de gérer l'ensemble des encours des membres d'une même famille (conjoints et parents jusqu'au troisième degré en ligne directe ou collatérale) ayant le même profil d'investisseurs. Chaque membre de la famille doit respecter les seuils d'éligibilité requis pour pouvoir bénéficier du FID *umbrella*. Ce dernier est soumis à la fiscalité du pays de résidence des souscripteurs s'ils sont tous résidents fiscaux du même pays. Dans le cas contraire, la législation luxembourgeoise s'applique. On parle de contrat dédié *umbrella* ou multi FID *umbrella* lorsque chaque membre du groupe familial dispose dans son propre contrat de plusieurs FID communs aux contrats de chacun des membres du groupe.

⁵² A. Calci, art. préc.

Il existe également des fonds internes collectifs (FIC), qui sont des fonds ouverts à un ensemble d'investisseurs ayant les mêmes objectifs, problématiques et contraintes, mais sans lien de famille obligatoire. Ces FIC doivent être préalablement validés par le Commissariat aux assurances, à la demande de l'assureur et sont gérés séparément, par des sociétés de gestion distinctes. Ils sont dits fermés quand ils sont réservés à certaines personnes. Cette fermeture résulte de l'absence de publicité et de frais d'entrée très élevés, négociables seulement au profit des membres du groupe d'investisseurs.

Enfin, il convient d'évoquer les fonds d'assurance spécialisés, derniers nés des fonds sur mesure. Ils se composent de supports passifs, c'est-à-dire de supports qui n'ont pas besoin d'être gérés : parts de SCPI, produits structurés, titres ayant vocation à être conservés.... En raison de ce caractère passif, aucune société de gestion n'intervient, ce qui différencie le FAS du FID et évite les frais inhérents à un mandat de gestion.

Les possibilités sont donc nombreuses et, sous réserve de respecter les conditions d'éligibilité, il est possible de souscrire un contrat d'assurance vie qui, sur le plan financier, est véritablement un contrat sur-mesure. À cela s'ajoute l'opportunité de souscrire en devises.

2 - L'atout de la souscription en devises

Les contrats luxembourgeois offrent également la possibilité d'intégrer des devises étrangères, ce que les assureurs français ne pratiquent pas, bien que le code le permette⁵³. Cette faculté est intéressante non seulement pour les personnes qui ont à affronter les variations de taux de change, par exemple parce que la monnaie de leur salaire n'est pas celle de leur État de résidence, mais encore pour toutes celles qui souhaitent diversifier leurs placements⁵⁴.

Le cas échéant, soit l'investisseur choisit des fonds externes libellés en devises, soit il constitue un fonds interne dont les sous-jacents sont libellés en devises. Par suite, en raison des mécanismes de conversion, il peut arriver que la valorisation globale du contrat, exprimée dans la monnaie de référence, soit différente de la somme des valorisations des sous-jacents exprimées dans les devises d'origine. Le rachat et la prestation peuvent être payés en devises.

Au terme de ce parcours sur les terres de l'assurance vie luxembourgeoise, surgit naturellement la question de savoir si l'offre des assureurs français ne devrait pas évoluer et dans quelle mesure⁵⁵. L'attractivité des contrats français est en cause.

Les incursions en droit comparé sont toujours stimulantes. Ainsi d'autres pistes de réflexion mériteraient d'être empruntées, sur un tout autre terrain : celui du droit patrimonial de la famille. C'est alors non pas le droit luxembourgeois mais le droit belge qui appelle examen et réflexion. À titre d'illustration, le nouvel article 1400 du Code civil belge, issu d'une réforme opérée par une loi du 22 juillet 2018, prévoit qu'un contrat d'assurance vie non dénoué souscrit par un époux commun en biens est un propre pour le conjoint survivant, sans préjudice de la récompense due à la communauté lorsque celle-ci a financé les primes. La

⁵³ C. assur., art L. 160-3.

⁵⁴ Rappr. A. Calci, art. préc.

⁵⁵ cf. Rapport de la commission des finances du Sénat, préc.

solution est bien différente de celle retenue en droit français depuis l'arrêt *Praslicka* et ses suites⁵⁶. On sait également que le droit belge a mis fin au statut dérogatoire de l'assurance vie sur le terrain successoral. Dans sa dernière version, issue d'une loi du 31 juillet 2017, l'article 188 de loi du 4 avril 2014 sur les assurances dispose ainsi : « En cas de décès du preneur d'assurance, la prestation d'assurance est, conformément au Code civil, sujette à réduction, et, sauf dispense de rapport certaine émanant du preneur d'assurance, à rapport ». L'assurance vie est donc traitée comme une donation par principe rapportable, ce qui fait écho à certaines opinions doctrinales françaises⁵⁷. Voilà du grain à moudre pour qui se préoccupe des relations entre droit des assurances et droit patrimonial de la famille.

⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n° 90-16.343 : *Bull. civ.* I, n° 95 ; *JCP N* 1992, II, p. 376, note Ph. Simler ; *JCP N* 1994, II, p. 69, note B. Abry ; *Defrénois* 1992, art. 33340, obs. G. Champenois – Cass. 1^{ère} civ., 19 avr. 2005, n° 02-10.985 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 189 ; *Dr. famille* 2005, comm. 160, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RGDA* 2005. 1011, note L. Mayaux.

⁵⁷ M. Mignot, « L'histoire d'un contresens, à propos de l'article L. 132-13 du code des assurances », *Petites Affiches*, 18 juil. 2008, n° 144, p. 7.