

# **BGer 5A\_362/2023 vom 28. September 2023**

Bundesgericht, 2023-09-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_362\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_362_2023)

FR: TF 5A\_362/2023 du 28 septembre 2023

IT: TF 5A\_362/2023 del 28 settembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé dans le délai légal ( art. 100 al. 1 LTF ) à l'encontre d'une décision finale ( art. 90 LTF ) qui statue sur le privilège de collocation de créances ( art. 219 al. 4 LP ), soit une affaire de poursuite pour dettes au sens de l' art. 72 al. 2 let. a LTF ( ATF 135 III 171 consid. 1; arrêts 5A\_315/2009 du 13 août 2009 consid. 1; 5A\_126/2009 du 4 juin 2009 consid. 1; BRACONI, Derniers développements de la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de la recevabilité contre un jugement rendu dans un procès de collocation,

in RSPC 4/2009 p. 406 ss), rendue par une autorité cantonale supérieure statuant sur recours ( art. 75 al. 1 LTF ). La valeur litigieuse correspond à la différence entre le dividende (probable) qui reviendrait à la créancière si les créances sont colloquées en deuxième classe et celui qu'elle reçoit si sa créance reste colloquée en troisième classe ( ATF 93 II 82 consid. 1; arrêt 5A\_315/2009 précité consid. 1). L'autorité cantonale se borne à dire que la valeur litigieuse devant elle était de plus de 10'000 fr. Quant à la recourante, elle allègue que celle-ci est égale au montant qui est resté colloqué en troisième classe, soit 377'449 fr. 66, sans préciser le dividende probable de cette classe. Il ressort de l'arrêt attaqué que le dividende probable pour la deuxième classe est de 100 % et, de la décision du liquidateur figurant au dossier, que celui pour la troisième classe est de 4 %. En conséquence, le seuil de 30'000 fr. fixé par l' art. 74 al. 1 let. b LTF est atteint. La recourante a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ), en sa qualité de déposante, pour le compte de ses assurés.

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1; 142 II 369 consid. 2.1).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte,

c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 148 IV 39 consid. 2.3.5; 147 I 73 consid. 2.2; 144 II 246 consid. 6.7), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation susmentionné (cf.

supra consid. 2.1). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 145 IV 154 consid. 1.1).

### **E. 3**

L'autorité cantonale a jugé que l' art. 37a al. 5 LB n'était, même par analogie, pas applicable aux contrats d'assurance conclus avec une "simple" institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances au sens de l' art. 1 al. 1 let. a OPP 3 . Or, faute de critique motivée à l'égard des constatations des premiers juges, il n'était pas établi que la recourante était une fondation bancaire ou une fondation de libre passage reconnue comme institution de libre passage au sens de la LFLP. Au demeurant, il n'était même pas établi que la recourante était une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances au sens de l' art. 1 al. 2 OPP 3 .

L'autorité cantonale a ajouté que rien ne justifiait que l'exception prévue à l' art. 37a al. 5 LB soit étendue aux créances résultant des comptes litigieux, sauf à l'appliquer à n'importe quel contrat. Premièrement, les modalités des contrats d'assurance n'étaient pas établies.

Deuxièmement, la recourante n'avait pas non plus allégué ni établi l'identité des preneurs, une référence sur ce point à des centaines de pages sans détail étant insuffisante. A cet égard, elle a ajouté que le fait que le nom de chaque bénéficiaire était connu de l'intimée était sans pertinence; il lui appartenait de démontrer en procédure ces noms, étant donné qu'elle invoquait que les preneurs d'assurance étaient distincts. Troisièmement, il n'était pas établi que le preneur d'assurance devait être considéré comme le déposant, étant donné que la recourante avait consciemment choisi d'apparaître comme la seule titulaire des comptes litigieux, de signer avec la banque toutes les conventions y afférant et de recevoir personnellement toute correspondance.

L'autorité cantonale a conclu qu'en tant que seule déposante, la recourante devait être considérée comme créancière pour l'ensemble de ces comptes, de sorte que, conformément à l' art. 37a al. 1 LB , les créances produites, issues de ces comptes, devaient être colloquées en deuxième classe à hauteur d'un montant total de 99'999 fr. 98.

### **E. 4**

La recourante ne critique pas l'interprétation qu'a faite l'autorité cantonale de l' art. 37a al. 1 LB . Elle ne conteste pas non plus qu'elle n'est ni une fondation bancaire ni une fondation de libre-passage. Elle soutient en revanche qu'en tant qu'institution d'assurance soumise à la surveillance de l'autorité compétente du Luxembourg, il faut appliquer aux créances litigieuses l'alinéa 5 de l' art. 37a LB , de sorte que celles-ci doivent être colloquées en deuxième classe dans la faillite de l'intimée (art. 219 al. 4 deuxième classe let. f LP).

#### **E. 4.1.1**

La liquidation des banques insolubles est réglée par la LB et l'Ordonnance du 30 août 2012 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l'insolvabilité des banques et des maisons de titres (Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, RS 952.05;

ci-après: OIB-FINMA).

Dans le chapitre XII consacré à la faillite de banques insolubles ( art. 33 ss LB ), la LB prévoit des dépôts privilégiés lors de la liquidation ( art. 37a al. 1 et 5 LB ) et le remboursement de certains d'entre eux à partir des actifs liquides disponibles ( art. 37b LB ). C'est ainsi que les dépôts visés à l' art. 37a LB sont colloqués en deuxième classe (art. 37a al. 1

in fine et 5 2

ème phr. LB; 219 al. 4 deuxième classe let. f LP).

#### **E. 4.1.2**

Pour déterminer les créances issues des dépôts qui entrent dans la catégorie de l' art. 37a LB , il convient d'exposer le contexte dans lequel cette norme a été conçue, ainsi que les buts poursuivis par le législateur.

##### **E. 4.1.2.1**

En adoptant, le 19 décembre 2008, une modification de loi déclarée urgente en réaction à la crise des marchés financiers, l'Assemblée fédérale a décidé plusieurs mesures immédiates destinées à renforcer la protection des dépôts bancaires, avec effet jusqu'au 31 décembre 2010 (sur ces modifications urgentes, cf. not. LORANDI, Aktuelles zum Bankenkongress, in St-Galler Bankrechtstag 2009, p. 105 ss [106 ss]). Par la suite, ces mesures urgentes ont été intégrées dans le droit ordinaire. Elles sont entrées en vigueur le 1

er septembre 2011. Selon le Message du Conseil fédéral, ces modifications contribuent de façon notable à améliorer la garantie des dépôts en Suisse (Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur les banques [garantie des dépôts] du 12 mai 2010,

in FF 2010 p. 3645 ss [1.1.1. p. 3650 s.]; ci-après: Message 2010).

Une partie importante des dispositions révisées visant à améliorer la protection des déposants est réglée à l' art. 37a LB . Il s'agit de l'augmentation du montant du privilège accordé aux dépôts jusqu'à concurrence de 100'000 fr. par créancier, du privilège supplémentaire et indépendant des dépôts des institutions de prévoyance et de libre passage et de l'obligation pour les banques de détenir en permanence 125 % des créances couvertes en Suisse ou d'autres actifs situés en Suisse en fonction des dépôts privilégiés.

En 2020, la LB a été encore modifiée. La modification a porté notamment sur le renforcement de la garantie des dépôts bancaires (Message du Conseil fédéral du 19 juin 2020 concernant la modification de la loi sur les banques (LB) (Insolvabilité, garantie des dépôts, ségrégation),

in FF 2020 p. 6151 ss [1.1.2 p. 6156 s.; 4.1.2 p. 6172 ss]; cité: Message 2020). A cette occasion, une norme de délégation explicite a été créée à l'alinéa 7 de l' art. 37a LB pour clarifier les notions des dépôts privilégiés et de déposants privilégiés bénéficiant de la garantie au sens de l'alinéa 1

er (Message 2020, 5.2 p. 6192). L'Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques, RS 952.02; ci-après: OB) y consacre un nouveau chapitre 4a. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1

er janvier 2023.

#### **E. 4.1.2.2**

Ainsi, l' art. 37a al. 1 LB prévoit le traitement privilégié des dépôts, qui a augmenté de 30'000 à 100'000 fr. Les notions de dépôts et déposants privilégiés sont précisées aux art. 42a ss OB et 25 OIB-FINMA. En particulier, l' art. 42c al. 2 LB exclut les intermédiaires financiers; ils ne bénéficient d'aucune garantie ni aucun privilège des dépôts en cas de faillite. Son alinéa 2 let. b et c OB indique que les entreprises d'assurance soumises à la LSA et les clients étrangers soumis à une surveillance prudentielle comme ces entreprises ne sont pas considérés comme des déposants privilégiés au sens de l' art. 37a al. 1 LB (cf. classification des clients selon l'art. 4 de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers; LSFIn, RS 950.1).

Les apports sont privilégiés par l'attribution à la deuxième classe des créances (art. 219 al. 4 deuxième classe let. f LP). Le montant excédant le montant maximum de 100'000 fr. n'est pas privilégié et doit être colloqué en troisième classe (WÜTHRICH/KESSELBACH,

in Basler Kommentar, Bankengesetz, 2

ème éd., 2013, n° 3 ad art. 37a LB ). Sont exclus du privilège les avoirs dont les ayants droit sont connus de la banque, mais dont la relation d'affaires n'est pas au nom de ceux-ci. Il s'agit ainsi d'éviter le risque d'un double privilège (LORANDI,

in Basler Kommentar, SchKG, 3

ème éd., 2021, n° 299 ad art. 219 LP ) et de faciliter le travail des liquidateurs (qui devraient dans chaque cas déterminer si le client disposant d'avoirs sur des comptes non libellés à son nom dispose ou non d'une autre relation avec la banque; JEANDIN, Les privilèges de l' art. 219 LP ,

in SJ 2013 II p. 177 ss [202 s.]). La protection vise, d'une part, à protéger les banques suisses, notamment à éviter qu'elles ne soient désavantagées par rapport à leurs concurrents étrangers, et à prévenir toute crise de confiance pouvant déboucher sur des retraits massifs ( bank run ) et, d'autre part, à permettre aux clients des banques suisses de disposer rapidement de leur argent pour couvrir leurs besoins quotidiens et, du même coup, éviter, ou du moins atténuer, les effets d'une crise financière sur la vie économique (Message 2010, 1.1.2 p. 3651). Tous les déposants suisses et étrangers bénéficient des mêmes privilèges pour participer à la procédure de faillite ouverte en Suisse (cf. art. 3 al. 2 OIB-FINMA ). L'égalité de traitement des apports simplifie la procédure et est donc compatible avec les intérêts des autres créanciers (WÜTHRICH/KESSELBACH,

op. cit ., n° 7 ad art. 37a LB ).

En vue de protéger le grand public d'une perte dans le cas de la faillite d'une banque, ces dépôts sont en outre garantis ( art. 37h ss LB et 42e ss OB).

#### **E. 4.1.2.3**

L' art. 37a al. 5 LB prévoit que les créances des fondations bancaires reconnues comme institutions de prévoyance au sens de l' art. 82 LPP (3

ème pilier) ainsi que les créances des fondations de libre passage reconnues comme institutions de libre passage au sens de la LFLP (2

ème pilier) sont considérées comme étant celles de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés (sur ces créances et déposants, cf. aussi art. 42c al. 2 let . e et 42d OB). Elles sont privilégiées, indépendamment des autres dépôts de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés, à concurrence du montant maximal de 100'000 fr. prévu à l'alinéa 1. Ainsi, les créances précitées sont considérées comme des dépôts de chaque preneur de prévoyance ou assuré lui-même. En revanche, le dividende est versé à la fondation bancaire ou de libre passage concernée ( art. 25 al. 3 OIB-FINMA ). Le privilège supplémentaire accordé aux avoirs de prévoyance a pour conséquence que les avoirs privilégiés par déposant peuvent doubler contre un établissement bancaire insolvable. Ce privilège supplémentaire vise à permettre, dans un avenir proche, de mettre ces fonds à la disposition des institutions de prévoyance pour l'accomplissement de leurs tâches (WÜTHRICH/KESSELBACH, op. cit. , n° 14 s. ad art. 37a LB ).

En revanche, ces avoirs n'entrent pas dans le cadre de la garantie des dépôts et ne font pas l'objet d'un remboursement immédiat à partir des actifs liquides (Message 2010, 1.5.1.5 p. 3658; Message 2020, 5.2 p. 6192). Cela se justifie par le fait que les institutions de prévoyance ne sont normalement pas tributaires d'un versement rapide en raison de leur situation de liquidités, contrairement aux déposants privés au sens de l' art. 37a al. 1 LB (WÜTHRICH/KESSELBACH, op. cit. , n° 5 ad art. 37b LB ).

L'introduction de ce privilège séparé, en plus des dépôts bancaires, date déjà de la révision urgente de la LB de décembre de 2008 (art. 37b al. 4 aLB). Cette innovation de la garantie des dépôts a ensuite été intégrée au droit ordinaire (Message 2010, 1.2 p. 3654 et 1.5.1.5 p. 3658). En effet, l'absence de garantie séparée des dépôts des preneurs de prévoyance et des assurés des 2

ème et 3

ème piliers a été considérée comme une des faiblesses de la protection des déposants en Suisse. A titre de correctif, il a été proposé d'étendre le privilège des dépôts, en plus des autres dépôts privilégiés et indépendamment de ceux-ci, aux dépôts détenus par chacun des preneurs de prévoyance ou des assurés auprès de fondations bancaires et de fondations de libre passage (Message du Conseil fédéral du 5 novembre 2008 concernant la modification de la loi sur les banques (Renforcement de la protection des déposants),

in FF 2008 p. 7951 ss [1.4 p. 7956, 1.5 p. 7957, 2.5.2 p. 7963]; LORANDI, op. cit. , p. 112 s.).

L' art. 82 LPP , auquel l' art. 37a al. 5 LB renvoie pour définir les fondations bancaires reconnues comme institutions prévoyance, se situe dans les dispositions d'ordre fiscal en matière de prévoyance. En effet, les lacunes de couverture qui subsistent malgré la prévoyance professionnelle obligatoire doivent être comblées par la prévoyance professionnelle étendue et par la prévoyance individuelle. Par souci d'équité, ces deux formes de prévoyance doivent donc être traitées de la même manière sur le plan fiscal (SCHNEIDER/MERLINO/MANGE,

in CASS LPP et LFLP, 2

ème éd., 2020, n° 1 ad art. 82 LPP ). Cette norme prévoit que les salariés et les indépendants peuvent également déduire les cotisations affectées exclusivement et irrévocablement aux

formes reconnues de prévoyance assimilées à la prévoyance professionnelle. Sont considérées comme telles, la prévoyance individuelle liée auprès d'un établissement d'assurances et la prévoyance individuelle liée auprès d'une fondation bancaire (al. 1 let). Le Conseil fédéral détermine, avec la collaboration des cantons, dans quelle mesure les déductions visées à l'al. 1 sont admises (al. 2).

Fondé sur le mandat que lui conférait l' art. 82 al. 2 LPP , le Conseil fédéral, en collaboration avec les cantons, a adopté l'Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3; RS 831.461.3). L'ordonnance institue deux formes reconnues de prévoyance: le contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances et la convention de prévoyance liée conclue avec des fondations bancaires (art. 1 al. 1 à 3 OPP 3). Ces deux formes de prévoyance individuelle liée constituent, dans le système des trois piliers de la prévoyance, le 3

ème pilier A (arrêt 2C\_1050/2011 du 3 mai 2013 consid. 2.1, publié in RDAF 2013 II p. 494).

L' art. 25 al. 3 OIB-FINMA précise aussi que les créances visées par l' art. 37a al. 5 LB sont les créances des fondations bancaires au sens de l' art. 5 al. 2 OPP 3 et des fondations de libre passage au sens de l' art. 19 al. 2 OLP .

Les contrats de prévoyance liée sont des polices d'assurance contrôlées par la FINMA. Ils doivent être affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance ( art. 1 al. 2 OPP 3 ) et sont soumis, en tant qu'ils sont conclus avec une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances, à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Les conventions de prévoyance liée conclues avec les fondations bancaires sont quant à elles de la compétence des autorités de surveillance LPP. Ces contrats spéciaux d'épargne doivent être affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance ( art. 1 al. 3 OPP 3 ). La fortune de la fondation bancaire ne doit pas forcément être gérée par la banque fondatrice, mais l' art. 5 al. 1 OPP 3 doit être respecté, ce qui signifie que les fonds de la prévoyance doivent être placés (sur un compte) auprès d'une banque ou par l'intermédiaire d'une banque (épargne-titres; cf. Directives de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle CHS PP, D-0472014, Fondations du pilier 3a et fondation de libre passage, édition du 2 juillet 2014). Les modèles de contrats de prévoyance et de conventions de prévoyance liée sont soumis à l'approbation de l'Administration fédérale des contributions. Celle-ci vérifie si la forme et le contenu sont conformes aux dispositions légales et communique ces constatations (SCHNEIDER/MERLINO/MANGE,

op. cit. , n° 7 ss ad art. 82 LPP ).

Dans son Message, le Conseil fédéral a très précisément exposé les motifs pour lesquels l' art. 37a al. 5 LB était limité aux créances des fondations bancaires et des fondations de libre passage précitées. Il a relevé en particulier que la protection proposée ne conférait pas de privilège excessif par rapport aux ayants droit de polices de libre passage ou de polices 3a (conclues avec des assureurs). Ces derniers bénéficient en effet d'un privilège particulier, puisqu'en cas de faillite d'un assureur, le produit de la vente de la fortune liée sert en premier lieu à les désintéresser, avant tous les autres créanciers ( art. 54a al. 2 LSA ). En outre, des règles de diversification et de placement spécifiques s'appliquent au placement de

la fortune liée (Message 2010, 1.5.1.5 p. 3658 s.). Ainsi, les créances découlant d'un contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances ne bénéficient pas du privilège de l' art. 37a al. 5 LP , privilège dont les assurés n'ont pas besoin: ceux-ci ont une prétention contre l'assurance, et non contre la banque dans laquelle leur argent est déposé. En revanche, dans les cas de convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires, les créances sont considérées comme des dépôts de l'assuré, d'où l'existence d'un privilège (LORANDI,

op. cit. , p. 114; SCHWOB/MÜLLER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV), 2015, n° 16 ad art. 37a LB ).

#### **E. 4.2**

Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la recourante, les dépôts effectués en exécution de contrats d'assurance soumis à un droit étranger n'entrent à l'évidence pas dans le champ d'application de l' art. 37a al. 5 LB . Les dépôts privilégiés par cette norme visent à protéger la prévoyance des travailleurs actifs en Suisse; ils résultent de conventions particulières, soumises à autorisation et conclues avec des établissements surveillés. En outre, pour les motifs susénoncés, s'agissant du 3<sup>ème</sup> pilier A, seuls les dépôts effectués en exécution des conventions conclues avec une fondation bancaire sont privilégiés, à l'exclusion des contrats conclus avec des établissements d'assurance, dont la protection est assurée par les règles régissant spécifiquement ceux-ci.

Il suit de là que c'est à raison que l'autorité cantonale a considéré que l' art. 37a al. 5 LB ne s'appliquait pas en l'espèce. Quant à la question de savoir si la recourante, qui se décrit elle-même comme une assurance surveillée, entre dans la catégorie des déposants privilégiés en vertu de l'alinéa 1

er de cette norme, en lien avec le nouvel art. 42c OB entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023 (cf.

supra consid. 4.1.2.2), elle n'a pas à être tranchée en l'espèce, le Tribunal fédéral ne statuant pas au-delà des conclusions des parties ( art. 107 al. 1 LTF ).

Le rejet du grief scelle le sort du recours.

#### **E. 5**

En définitive, le recours est rejeté. Les frais judiciaires, arrêtés à 7'000 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Aucuns dépens ne sont dus à l'intimée qui n'a pas été invitée à répondre.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.