

Arrêt commercial

Audience publique du vingt-et-un janvier deux mille quinze

Numéro 38554 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Carole KERSCHEN, conseillère;
Patrick KELLER, greffier.

Entre :

A, (...), demeurant à (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 11 août 2011,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

B, en liquidation, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), déclarée en état de liquidation le (...), représentée par son liquidateur, Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suite au rejet le 9 mars 2010 de sa déclaration de créance déposée dans le cadre de la procédure de dissolution et de liquidation de l'établissement de crédit B (ci-après B), A a, suivant acte d'huissier du 16 avril 2010, fait donner assignation à Maître Yvette HAMILIUS, prise en sa qualité de liquidateur judiciaire de B, principalement, pour voir annuler la décision de rejet du liquidateur pour défaut de signature, sinon pour être contraire à l'intérêt des créanciers, et en ordre subsidiaire, pour voir dire que les tribunaux espagnols sont seuls compétents pour statuer sur le fond, pour voir admettre sa créance déposée le 31 mars 2009 pour un montant de 574.712,55 € et condamner le liquidateur au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 €.

A l'appui de sa demande, le requérant a exposé avoir signé avec B un contrat de prêt bancaire portant sur la somme de 370.000 €. En contrepartie, A a consenti à B en garantie de ce prêt une hypothèque sur un bien immobilier lui appartenant et un gage sur les actifs déposés auprès de B. Ce contrat de prêt aurait été dénoncé par B et celle-ci réclamerait le remboursement du solde du prêt en menaçant d'exercer ses droits.

Soutenant que les différents contrats conclus seraient nuls au regard de la loi espagnole, en particulier pour cause contraire aux règles d'ordre public économique et non - respect de la législation relative à la protection des consommateurs, le demandeur a fait valoir que les tribunaux espagnols seraient exclusivement compétents en application des dispositions du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le règlement Bruxelles I) et en particulier des articles 16 § 1 et 22 §1 pour connaître du litige dans la mesure où il s'agirait de contrats passés par un consommateur final privé résidant en Espagne, que les contrats ont été signés en Espagne avec une succursale de B et que le bien immobilier hypothéqué se situe également en Espagne.

Le requérant a encore exposé avoir, suite au rejet de la déclaration de créance, déposé une plainte pénale en Espagne en vue d'obtenir une suspension de l'exécution de l'hypothèque dans l'attente de l'annulation du contrat litigieux et partant conclu en ordre subsidiaire à la surséance de l'affaire civile en attendant le sort réservé à la plainte pénale.

En ordre encore plus subsidiaire, il a soulevé la nullité du contrat pour dol, sinon pour reposer sur une cause illicite dans la mesure où il violerait les dispositions impératives de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

B aurait encore engagé sa responsabilité contractuelle en méconnaissant son obligation de se renseigner sur le client et ses besoins, elle aurait méconnu les obligations applicables en matière de gestion de portefeuille en ne diversifiant pas suffisamment ses placements et en investissant massivement les économies du requérant dans des produits maison et elle aurait encore manqué à son obligation d'information pour avoir omis d'informer le client des risques liés au produit « Equity release » souscrit par le demandeur.

En dernier ordre de subsidiarité, il a estimé que B aurait engagé sa responsabilité délictuelle pour ne pas avoir respecté les normes professionnelles applicables au secteur financier.

A a encore, en cours de procédure, et en application des articles 15 alinéa 2 et 17.3 du règlement Bruxelles I, conclu à l'incompétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître de la demande reconventionnelle du liquidateur tendant à la condamnation du demandeur au paiement du solde du prêt chiffré à 233.235,02 € et demandé, en ordre subsidiaire, au tribunal de première instance de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne de la question préjudicielle de savoir si l'article 31.1 du règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, est à interpréter en ce sens que les litiges entre créancier et débiteur insolvable sont de la seule compétence de la juridiction de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des principaux intérêts du débiteur.

Par jugement du 25 mai 2011, le tribunal a déclaré la demande principale irrecevable pour tous les chefs de préjudice non compris dans la déclaration de créance, l'a dit non fondée pour le surplus et l'a rejetée du passif de la liquidation. Il a dit la demande reconventionnelle fondée et condamné A à payer à B, représentée par son liquidateur Maître Yvette HAMILIUS, la somme de 233.235,02 € avec les intérêts conventionnels sur le montant principal de 230.689,37 € à dater du 1^{er} décembre 2010 jusqu'à solde, et rejeté les demandes en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour statuer ainsi, le tribunal a :

- considéré que l'établissement B doit être liquidé selon les règles du droit luxembourgeois et que ce sont les règles luxembourgeoises qui définissent le régime de la suspension des poursuites qu'il y a lieu d'appliquer,
- retenu que la contestation dont est saisi le tribunal rentre dans son champ de compétence *ratione materiae*,
- dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la CJUE d'une question préjudicielle puisqu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une question de compétence, mais d'une question de recevabilité,
- constaté qu'aucune affaire n'a été introduite par le requérant devant un tribunal civil en Espagne,

- rejeté le moyen de surséance, tiré de l'existence d'une plainte pénale avec constitution de partie civile du 28 janvier 2011 sur base du principe de la suspension des poursuites.

Concernant les moyens tirés de la nullité des contrats, le tribunal a relevé qu'à défaut pour le demandeur d'avoir développé le moyen du dol, la preuve du dol n'était pas rapportée en l'espèce. Le moyen de nullité tiré de la violation des dispositions de la loi du 13 juillet 2007 et partant celle de la cause illicite du contrat a également été rejeté, dès lors que le contrat de prêt a été conclu en 2005 et ne saurait partant avoir été conclu avec le motif déterminant de violer les dispositions d'une loi entrée en vigueur après la conclusion du contrat.

Le tribunal s'est finalement déclaré compétent pour connaître de la demande reconventionnelle du liquidateur au motif que l'article 16 du règlement Bruxelles I ne porte pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la section 4 du règlement, et que les dispositions de l'article 22 du même règlement sont inapplicables, dès lors que l'action intentée par le créancier trouve son fondement non pas dans un droit réel, mais dans un droit de créance personnel du créancier. Le tribunal a ajouté qu'il est admis en doctrine que les tribunaux de commerce statuant sur l'admissibilité d'une déclaration de créance connaissent des demandes reconventionnelles dérivant du contrat ou du fait qui sert de fondement à l'action originaire.

Suivant acte d'huissier du 11 août 2011, A a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié à domicile élu le 6 juillet 2011.

Il conclut, par réformation, principalement à voir tenir en suspens la décision relative à la déclaration de créance, à déclarer les juridictions luxembourgeoises incompétentes pour toiser la demande reconventionnelle du liquidateur, sinon tenir en suspens la demande reconventionnelle du liquidateur jusqu'à l'issue des procédures pénales soumises par les créanciers de B au juge espagnol.

Il conclut à titre subsidiaire et quant au fond, à voir ordonner la résolution des contrats pour cause de dol, de violation à l'ordre public, sinon à la loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandise et la sollicitation de commandes dans la conclusion du contrat, d'ordonner l'annulation des contrats signés par l'appelant et la remise des parties dans l'état dans lequel elles seraient si la conclusion du contrat n'avait pas eu lieu. Il demande à voir condamner l'intimée à renoncer à l'hypothèque inscrite sur l'immeuble lui appartenant et de procéder à la radiation de l'hypothèque dans les 30 jours à intervenir sous peine d'astreinte.

Il conclut en ordre plus subsidiaire à voir engager la responsabilité délictuelle de l'intimée.

Il réclame encore, par réformation, la condamnation de l'intimée au paiement de 574.712,55 € avec les intérêts au taux légal à partir du jour de l'arrêt à intervenir jusqu'à solde, sinon d'ordonner une expertise afin de déterminer les montants perdus par l'appelant en raison du prêt conclu avec la société en liquidation.

L'appelant sollicite finalement une indemnité de procédure de 2.000 € tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

Discussion

A a déposé le 31 mars 2009 une déclaration de créance d'un montant de 574.712,55 €. Celle-ci a été contestée par le liquidateur par courrier du 9 mars 2010. L'appelant fait valoir que le préjudice dont il réclame réparation s'établit à hauteur du capital emprunté et à hauteur du solde du prêt que B lui réclame.

B a présenté une demande reconventionnelle en condamnation du demandeur à lui payer du chef de solde de l'emprunt lui accordé la somme de 233.235,02 €, demande accueillie par le tribunal.

L'appelant excipe de l'incompétence internationale du tribunal de première instance, siégeant en matière de contestation de déclaration de créance, et partant également de la Cour d'appel, pour connaître de la demande reconventionnelle du liquidateur en paiement du solde du contrat de prêt que l'appelant argue de nullité pour cause de dol, de cause illicite et de violation de la loi sur le colportage. Il fait valoir que les juridictions espagnoles seraient seules compétentes pour connaître de la demande reconventionnelle du liquidateur en exécution du contrat de prêt et se réfère à ce titre tant au règlement 1346/2000 qu'au règlement 44/2001, applicable à l'époque des faits.

Il demande à la Cour pour autant que de besoin de saisir la CJUE de la question préjudicielle suivante : « si l'article 3.1. du Règlement (CE) 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est à interpréter de la sorte que les litiges entre créanciers et débiteur insolvable sont de la seule compétence de la juridiction de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur en dehors des règles de protection du créancier tel que le Règlement CE 44/2001 du Conseil sur la compétence judiciaire(Bruxelles I) ».

L'appelant n'a saisi aucune juridiction civile ou commerciale espagnole aux fins de voir déclarer nuls les contrats ayant lié les parties, ni introduit une demande en dommages-intérêts contre B. Il est partant oiseux d'examiner l'effet éventuel d'une décision de condamnation espagnole prononcée contre B au regard du principe de la suspension des poursuites prévu par l'article 452 du Code de

commerce et rendu applicable à la procédure de liquidation judiciaire par le jugement du 12 décembre 2008 du tribunal ayant ordonné la dissolution et la liquidation de B.

Etant donné que l'appelant conteste la compétence internationale du tribunal saisi quant à la demande reconventionnelle, il convient de déterminer si et dans quelle mesure les juridictions luxembourgeoises et/ou espagnoles sont territorialement compétentes pour en connaître.

Il y a lieu, dès l'ingrès, d'écarter l'application au présent litige du règlement (CE) 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui en vertu de l'article 1^{er} § 2 ne s'applique pas aux procédures d'insolvabilité relatives aux entreprises d'assurances et établissements de crédit, étant donné que B est à ranger parmi les établissements de crédit.

Il en découle que la question préjudicielle que l'appelant entend voir poser par la Cour à la CJUE est, abstraction faite de sa pertinence, sans objet, dès lors qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur la compatibilité des dispositions du règlement (CE) 1346/2000 avec le règlement (CE) 44/2001 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale.

L'article 1^{er} b du règlement CE 44/2001, règlement invoqué par l'appelant pour justifier de la compétence internationale des juridictions espagnoles, exclut de son champ d'application « les faillites, concordats et autres procédures analogues ».

Selon la CJCE (actuellement CJUE) « il s'agit de procédures fondées, selon les diverses législations des parties contractantes, sur l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou, à tout le moins, un contrôle de cette autorité ». (CJCE, 22 févr. 1979, aff. 133/78, *Gourdain c/ Nadler* : Rec. CJCE 1979, p. 733 ; Rev. crit. DIP 1979, p. 657, note Lemontey ; Rev. sociétés 1980, p. 526, note Bismuth).

Encore faut-il, pour que soit applicable l'exclusion susdite, que la demande dont est saisie la juridiction dérive « directement de la faillite et s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire ». (même arrêt ; voir pour une application par la Cour de Cassation française, arrêt de la chambre commerciale du 5 mai 2004 , Bull. civ. 2004, IV, n° 82, p. 86 ; Rev. crit. DIP 2005, p. 104, note D. Bureau)

Cette exclusion a par ailleurs été reprise par le règlement susdit 1346/2000 qui, aux termes de l'article 25 limite son champ d'application au-delà des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure, « aux décisions qui

dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement, même si elles sont rendues par une autre juridiction », la délimitation du champ d'application du règlement (CE) 1346/2000 augmentant d'autant celui du règlement (CE) n° 44/2001.

Il convient tout d'abord de rappeler que le tribunal a été saisi par l'appelant d'une demande tendant à voir admettre sa créance au passif de la liquidation, créance qui a été contestée par le liquidateur. Elle a pour objet de se voir allouer des dommages-intérêts dus en relation avec le contrat de prêt signé entre parties le 31 août 2005 et qui porte sur la somme de 370.000 €. Cette demande s'insère dans le déroulement de la procédure de liquidation, une telle assignation tendant à voir statuer sur une contestation d'une déclaration de créance ne se concevant pas hors de ladite procédure collective.

La demande reconventionnelle du liquidateur a été formulée au cours de la même instance et porte sur l'exécution du même contrat invoqué par le requérant à l'appui de sa demande.

Le tribunal de première instance a rappelé à bon droit que les tribunaux de commerce, statuant sur l'admissibilité d'une déclaration de créance, connaissent des demandes reconventionnelles dérivant du contrat ou du fait qui sert de fondement à l'action principale. (Nouvelles, 1985, Tome IV Faillites et Concordats, numéro 2684)

Cette conclusion s'impose d'autant plus que les moyens invoqués par les parties pour justifier leurs demandes respectives du chef de la nullité sinon de la mauvaise exécution sinon de l'exécution du même contrat requièrent un examen par la même juridiction.

Il en découle que le règlement (CE) n° 44/2001 n'est pas applicable en l'espèce, dès lors que la décision à rendre dérive directement de la procédure de liquidation et s'y insère étroitement.

L'appelant conclut en ordre subsidiaire à ce que les juridictions luxembourgeoises sursoient à statuer en attendant le sort de la plainte pénale déposée devant les juridictions espagnoles.

Il requiert en application de l'article 3, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle une surséance à statuer en attendant l'issue d'une procédure pénale engagée en Espagne. L'intimée s'y oppose au motif que l'action publique n'aurait pas été déclenchée dès lors que l'appelant ne se serait pas constitué partie civile à une instance pénale en cours en Espagne. Les pièces produites par l'appelant relatives à l'existence d'une telle procédure pénale seraient incomplètes et en partie rédigées en espagnol et ne devraient pas servir à former la conviction de la Cour.

Il ressort des pièces du dossier qu'A a déposé le 28 janvier 2011 une plainte devant le juge d'instruction de Marbella (Espagne) contre C, D et E en leur qualité de représentants légaux de la société B en Espagne ainsi que contre F et G en leur qualité de directeurs de

cette même société du chef du délit d'escroquerie visé à l'article 248 du Code pénal espagnol. Il résulte en outre d'une ordonnance rendue par le juge d'instruction de Marbella du 21 mars 2011 que le demandeur a été dispensé du versement d'une consignation et que l'action publique a été mise en mouvement.

Aucune pièce récente relative à une procédure pénale actuellement pendante contre B ne figure cependant parmi les pièces produites en cause.

La règle « *le criminel tient le civil en l'état* » s'applique lorsqu'une action publique, qui est de nature à influencer sur la décision civile, est en cours devant une juridiction luxembourgeoise. Toute influence éventuelle de la décision pénale sur le jugement civil oblige la juridiction civile à surseoir à statuer afin d'éviter une contrariété de jugement. Le sursis à statuer s'impose à chaque fois que le juge pénal sera amené à trancher une question sur laquelle le juge civil sera lui-même amené à prendre parti lorsqu'il rendra son jugement. Il n'appartient pas davantage au juge civil de se prononcer au sujet d'une action publique en mouvement, d'en apprécier la recevabilité ou le bien-fondé.

Point n'est besoin de constater encore une identité de cause ou d'objet ni même de parties (Daloz, Rép. de droit pénal et de procédure pénale, Action civile, n° 661 et suiv, Cour d'appel, 6 mai 2009, n° 25854 du rôle).

La Cour se rallie à l'argumentation de l'intimée pour retenir que l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* » inscrit à l'article 3 du Code d'instruction criminelle invoqué par l'appelant ne reçoit application qu'au cas où l'action pénale est engagée devant une juridiction indigène, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (Lux. 24 avril 1991, P. 28, 173 ; Cour d'appel, 4 décembre 2013, n° 37499 du rôle ; Cour d'appel 12 février 2014, n° 37502, Jcl procédure pénale, Fasc.20 Action publique et action civile, Action civile exercée devant la juridiction civile, *Le criminel tient le civil en l'état*, n° 17).

Par conséquent la demande en sursis à statuer est à rejeter.

La Cour se rallie encore aux développements de la partie intimée quant au prétendu défaut d'agrément de B en France, invoqué par l'appelant, pour retenir que l'argumentation de l'appelant est sans rapport avec l'exercice par B d'activités en Espagne. Il résulte pour le surplus d'un « *registros de entidades* » de 2007 (pièce 19 de l'intimée) que B disposait de l'agrément bancaire pour exercer en Espagne l'activité d'établissement de crédit, conformément à l'article 28 de la directive bancaire 2006/ 48 / CE.

La demande de l'appelant tendant à voir ordonner à la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) la communication de l'agrément délivré à B est dès lors à rejeter.

L'appelant a souscrit à un montage financier appelé « equity release », qui consiste à mettre en garantie un bien immobilier pour obtenir des liquidités. Dans le cadre de cette opération, l'emprunteur ne perçoit qu'un pourcentage de la somme empruntée et est obligé d'investir le différentiel dans l'achat de titres ; il est censé rembourser alors tout ou partie du capital avec les revenus des sommes investies dans les fonds d'investissement.

En l'occurrence, A a conclu en date du 31 août 2005 un contrat de prêt avec B pour le montant en principal de 370.000 €. Il résulte des pièces versées au dossier que 56.560 € (la Cour note que suivant la pièce n° 14 de l'intimée, il s'agit de 80.000 €) ont été libérés, et 294.440 € ont été investis dans une police d'assurance - vie Lex Life (pièce n°7 de l'intimée). En contrepartie, l'emprunteur a consenti à B en garantie de ce prêt une hypothèque sur un bien immobilier lui appartenant sis en Espagne et un gage sur les actifs déposés auprès de la banque. Ni l'acte notarié d'hypothèque ni le contrat d'assurance-vie Lex Life n'ont été versés aux débats.

Il ressort des pièces du dossier que le liquidateur a dénoncé le prêt le 17 novembre 2009 faute de paiement en application de l'article 9.3. du contrat de prêt qui prévoit la possibilité pour B de dénoncer le prêt et de rendre toutes sommes immédiatement exigibles. Il a ensuite exercé les droits que B détenait sur les avoirs du client dans les livres de la banque et a procédé à la réalisation du portefeuille, de sorte que la dette d'A s'est trouvée diminuée de la somme de 229.310,20 € pour se chiffrer à la date du 17 novembre 2009 à la somme de 222.463,67 € et suivant un décompte actualisé au 1^{er} décembre 2010 à 233.235,02 € (pièce n° 14 de l'intimée). Ce décompte n'a pas été contesté par l'appelant.

Il résiste à la demande en paiement et critique le tribunal en ce qu'il n'a pas dit fondé le moyen tiré de la nullité des contrats.

La demande en nullité du(es) contrat(s) a, à bon droit, été déclarée recevable par le tribunal de première instance qui a relevé que dans les lettres annexées à la déclaration de créance et adressées les 12 et 19 novembre 2008 au liquidateur H, l'avocat de l'appelante a déjà fait état de la nullité des contrats conclus par son client. Il s'y ajoute que cette demande a été faite en défense à la demande reconventionnelle de B en exécution du contrat de prêt, de sorte qu'elle était de toute façon recevable vu le lien de connexité manifeste avec la demande reconventionnelle. (Cour de Cassation, 13 novembre 2014, n° 3388 du registre).

Le moyen d'irrecevabilité repris par l'intimée en instance d'appel est partant à écarter.

L'appelant ne précise pas quel(s) contrat(s) serai(en)t à annuler. D'après ses développements relatifs aux moyens de nullité, ne serait visé que l'emprunt. Cela ressort encore d'autres développements

épars dans lesquels il conclut à la mainlevée de l'hypothèque comme suite logique de l'annulation dudit emprunt.

L'appelant invoque comme première cause de nullité le dol.

Il renvoie pour « les circonstances exactes de la conclusion et de l'exécution des contrats » à la plainte pénale qu'il a déposée en Espagne. Il soutient que B n'a pas respecté au moment de la conclusion du contrat les besoins de ses clients alors que l'essentiel de ses clients sont des personnes retraitées et que la banque dans sa fuite en avant pour rechercher des liquidités afin de désintéresser ses clients sortants dans ce qui demeure une escroquerie pyramidale classique au niveau global a spolié ses clients en commettant un abus de confiance. Il renvoie encore à un article du Figaro.

Il appartient au demandeur de justifier de sa demande par un exposé des faits qui permette au juge de rechercher si, en l'espèce, le consentement de la victime a été vicié par suite de manœuvres dolosives. Il n'est pas permis à un plaideur de se référer à une pièce, en l'occurrence la traduction d'une plainte pénale rédigée en original en espagnol et dont la traduction allemande est jugée non conforme par le liquidateur pour s'affranchir de son obligation telle que rappelée ci-dessus, le juge n'ayant pas pour mission de suppléer les carences de l'avocat dans l'administration de la preuve.

Le moyen de nullité du contrat de prêt est à rejeter.

Il invoque comme deuxième moyen de nullité la violation de l'ordre public.

Ce moyen se ramène à reprocher à B de ne pas s'être conformée aux dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Une violation éventuelle de ladite loi n'a pas pour effet la nullité du contrat de prêt de sorte que ce moyen est encore à rejeter.

L'appelant invoque enfin comme cause de nullité la violation de la loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandise et la sollicitation de commandes.

Il fait valoir à l'appui de ce moyen que la partie intimée n'a pas hésité à recourir au colportage en démarchant la partie appelante résidant en Espagne, agissement pourtant défendu en matière de vente de valeurs mobilières en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1987 et que les contrats conclus en violation des dispositions de cette loi sont nuls par application de l'article 9.

Cette assertion est contestée par l'intimée qui fait valoir ne pas avoir démarché A qui aurait été introduit par un conseiller financier,

la société étant au surplus légalement établie conformément à l'article 1^{er} alinéa 2 de ladite loi.

Il appartient au demandeur de justifier de ses prétentions et notamment d'établir la matérialité des faits constitutifs de la violation alléguée.

Cette preuve n'est pas rapportée de sorte que ce moyen est encore à rejeter.

L'appelant recherche enfin la responsabilité délictuelle de B du fait de ses fautes dolosives dans le cadre de l'exécution du contrat et du fait de la violation d'une loi de police.

Il fait valoir que la règle du non-cumul des responsabilités connaît de nombreux tempéraments et que lorsqu'un contractant commet une faute dolosive dans l'exécution du contrat, cette « faute dolosive peut conduire à l'éclatement du contrat. Dès lors, les règles du contrat sont écartées au profit des règles délictuelles. » Il reproche à B d'avoir violé son obligation de connaître ses clients, la violation des principes communément admis en matière de gestion de portefeuille, son défaut de loyauté, la violation de son obligation d'information et de conseil, l'inadéquation de la stratégie d'investissement au profil du client et soutient que ces « fautes dolosives confinent à la malveillance et emporte l'éclatement du contrat ». En ce qui concerne la violation d'une loi de police, il soutient que B a contrevenu aux dispositions de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier telle que modifiée par celle du 13 juillet 2007 et conclut pour autant que de besoin à ce que la Cour saisisse la CJUE de la question préjudicielle de la conformité de la loi du 13 juillet 2007 à la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés des instruments financiers.

B conclut à l'irrecevabilité de la demande en ce que sa responsabilité est recherchée sur la base délictuelle. Elle donne à considérer que même s'il devait s'avérer que B aurait commis une faute dolosive dans l'exécution du contrat, sa responsabilité serait toujours de nature contractuelle éventuellement aggravée. Elle conteste en tous les cas les reproches adressés à B.

La Cour entend tout d'abord rappeler que la juridiction du premier degré a déclaré irrecevable la demande d'A pour tous les chefs de préjudice non compris dans la déclaration de créance. Selon la motivation du jugement, *« les développements relativement à la responsabilité de la Banque pour faute dans l'exécution du contrat ne peuvent être pris en considération, alors que ces chefs de préjudice ne figurent pas dans la déclaration de créance et que qu'au vu de la date limite de production de créance fixée au 14 mai 2010 par les jugements du tribunal de céans des 24 février et 14 juin 2010 les requérants ne peuvent faire état de nouveaux chefs de préjudice. »*

L'appelant n'a pas explicitement demandé, par réformation, à voir déclarer sa demande recevable. Il a réitéré sa demande en dommages-intérêts devant la Cour de sorte qu'il convient d'admettre qu'il a implicitement fait appel de ce volet du jugement.

L'intimée n'a d'ailleurs pas conclu à la confirmation du jugement en ce que ce volet a été déclaré irrecevable, mais a conclu sur le fond.

La Cour est partant valablement saisie de l'examen de ce volet du jugement. Il convient d'ailleurs à titre superfétatoire d'ajouter qu'eu égard à la demande reconventionnelle du liquidateur formulée en première instance, demande qui a eu pour effet d'élargir le contrat judiciaire qui jusque-là était délimité par les prétentions contenues dans la déclaration de créance, la demande en responsabilité dirigée contre B était, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal, recevable, dès lors qu'elle présente un lien de connexité suffisant avec la demande reconventionnelle qui, elle, table sur une exécution conforme par B du contrat ayant lié les parties (Cour de Cassation, 13 novembre 2014, n° 3388 du registre).

La responsabilité de la banque intimée est, ainsi que relevé ci-dessus, exclusivement recherchée dans la motivation de l'acte d'appel sur la base délictuelle. Au dispositif dudit acte, A conclut pourtant à voir condamner B sur base de l'article 1382 du Code civil, sinon sur la base contractuelle.

L'appelant fait grief à B de ne pas avoir respecté des obligations qui s'insèrent toutes dans le cadre de l'exécution du contrat, de sorte que la responsabilité de la banque ne saurait être recherchée que sur la base contractuelle.

Sa demande en ce qu'elle entend voir engager la responsabilité délictuelle de B doit partant être écartée. Il convient d'ajouter que, même pour le cas où l'appelant n'aurait pas basé sa demande en ordre subsidiaire sur la responsabilité contractuelle de B, que sa demande principale n'aurait pas pour autant été non fondée, étant donné qu'il appartient à la juridiction saisie de donner leur exacte qualification aux faits invoqués à l'appui de la demande (Cour de Cassation, numéro 2815, 10 mars 2011).

Il convient d'ores et déjà de relever que les développements de l'appelant quant à la violation d'une « loi de police », à savoir celle du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, n'est, eu égard au passage contenu dans l'acte d'appel que *« le client a démontré à suffisance la commission de nombreuses infractions et l'existence de nombreuses violations de dispositions d'ordre public dans le chef de la Banque, à savoir l'abus de confiance et la méconnaissance de maintes dispositions de la loi du 13 juillet 2007 »*, qu'une précision de la base légale invoquée pour voir admettre la responsabilité de l'intimée dans l'exécution du contrat .

S'il est encore vrai que l'appelant fait état de ce que ces règles prudentielles ne pourraient, selon la jurisprudence, pas être directement invoquées par les clients de B pour voir asseoir la responsabilité contractuelle de cette dernière et que cette position jurisprudentielle est amenée à évoluer, sa demande faite à la Cour de saisir la CJUE de la question de la conformité de la loi du 13 juillet 2007 à la directive qui en forme la base est à écarter, dès lors que l'appelant ne précise pas en quoi la directive n'aurait pas été fidèlement transposée par la loi de 2007, que l'interprétation jurisprudentielle qui est faite de la loi ne saurait donner lieu à question préjudicielle et que les juridictions prennent de toute façon en compte les règles prudentielles pour apprécier le comportement de la banque.

L'appelant reproche d'abord à B de ne pas avoir recherché son profil d'investisseur, ni en début de contrat, ni en cours d'exécution du contrat, notamment après l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 2007.

Il résulte des pièces versées que les parties étaient liées par un prêt portant sur la somme de 370.000 €, que 80.000 € ont été directement mis à la disposition de l'emprunteur et que le montant de 294.440 € a été investi dans une assurance-vie Lex-Life, ledit montant étant investi dans l'achat de fonds.

L'appelant ne dit pas en quoi cette stratégie d'investissement ne correspondait pas à son profil d'investisseur. Il convient de même de préciser qu'A a été introduit auprès de B par la société Offshore I qui a négocié les conditions contractuelles avec B (voir mail du 30 mai 2005, pièce 13 de l'intimée).

L'appelant reproche dans le même contexte à l'intimée sous B.2.e. : *la composition du portefeuille révèle à elle seule la légèreté avec laquelle la Banque au travers de sa filiale a géré les avoirs du client tout en sachant pertinemment que ces avoirs constituaient l'épargne d'une vie et il convient de rappeler qu'au moment des faits, le taux de rendement sur une obligation publique, adaptée au profil d'investisseur des clients, émise par la Grande -Bretagne ou l'Allemagne à la même date sur une période de 10 à 15 ans variait entre 4,70% et 5,20 %.*

Ce faisant, il reste en défaut de détailler en quoi la composition du portefeuille était inadéquate au regard de son profil d'investisseur, le second volet du reproche ne pouvant être adéquatement interprété par la Cour faute par l'appelant de préciser la pertinence de l'exemple cité par rapport à d'éventuels taux dont il a éventuellement bénéficié.

Les reproches regroupés sous B.2.b.c. se recoupent avec le reproche ci-dessus, sauf que l'appelant fait plus particulièrement à la Banque d'avoir investi les fonds dans des « produits maison », partant où la Banque était elle-même gestionnaire.

Cette affirmation, qui est contestée par la société intimée, ne résulte toutefois d'aucun élément probant du dossier de sorte qu'elle reste à l'état de pure allégation.

A fait enfin grief à B d'avoir violé son obligation d'information et de conseil, mais ne consacre que trois lignes à ce reproche.

Faute par l'appelant de préciser les faits à la base de ce reproche, la Cour, tout comme l'intimée, renvoie aux avertissements contenus tant dans le contrat d'emprunt (voir les articles 3 et 12 des conditions générales) cités in extenso au jugement dont appel et auquel il est renvoyé, ainsi qu'au « risk warning » du 31 août 2005, signé par A (pièce 8 de la farde de l'intimée) pour constater que l'emprunteur a été averti des risques de change de devises et des risques liés aux investissements effectués avec effet de levier.

Ce reproche laisse partant d'être fondé.

Il en découle que l'appel n'est pas fondé quant aux volets de la demande dirigée par A contre B.

Ainsi qu'il ressort des développements faits ci-dessus, la Cour est compétente pour connaître de la demande reconventionnelle de B.

L'appelant ne conteste pas le quantum de la demande qui, sur base du décompte versé (pièce 14 de l'intimée) est justifiée. L'intimée conclut à la confirmation de ce volet du jugement.

Il convient de confirmer ce volet du jugement.

La demande de l'appelant qui, par réformation du jugement de première instance, conclut à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000 € n'est pas fondée au vu du sort réservé en définitive à sa déclaration de créance.

La même demande qu'il formule pour l'instance d'appel n'est pas non plus fondée au vu du sort réservé à l'appel et aux dépens.

La demande de l'intimée n'est pas fondée, l'iniquité n'étant remplie dans son chef.

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,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 25 mai 2011,

rejette les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Yvette HAMILIUS, avocat concluant, sur ses affirmations de droit.