

Arrêt commercial

Audience publique du vingt janvier deux mille seize

Numéro 37088 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, conseillère ;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Eric VILVENS, greffier assumé.

**E n t r e :**

1) **A**, retraité, et

2) **B**, retraitée,

demeurant ensemble à ...,

**appelants** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg du 9 février 2011,

comparant par Maître Laurent Suin, avocat à la Cour; demeurant à Esch/Alzette,

**e t :**

**C**, avocat à la Cour, demeurant à ..., prise en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société anonyme de droit luxembourgeois **D**, en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à ..., inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro ...

*intimée aux fins du prêt exploit Biel,*

*comparant par elle-même,*

---

### LA COUR D'APPEL :

En date du 23 février 2007, A et B (ci-après les « A+B ») ont conclu un contrat de prêt avec la société anonyme D (ci-après « la société D ») pour un montant total de 627.000 euros. Le prêt prévoyait l'investissement de 75 % des fonds prêtés dans une assurance-vie auprès de la société anonyme E ( ci-après « la société E»). L'assurance-vie a été nantie en faveur de la société D et une inscription hypothécaire a été accordée à la banque sur l'habitation principale des A+B, sise à ... ( France).

La société D a été mise en liquidation par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 12 décembre 2008. Le liquidateur a dénoncé le prêt et il a procédé à la réalisation du portefeuille. Après imputation du produit du gage sur le solde du prêt, le liquidateur a réclamé la somme de 304.966,30 euros aux appelants.

Par déclaration de créance déposée au greffe du tribunal de Luxembourg en date du 3 avril 2009, les A+B ont réclamé la restitution de leur dépôt en liquide ( 31.234,46 euros ) et le paiement de la valeur du portefeuille titres ( 363.162,77 euros), partant un total de 394.397,23 euros.

Suite au rejet de la déclaration de créance, les A+B ont, **par exploit d'huissier de justice du 31 mars 2010**, fait donner **assignation** à C, prise en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société D, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, pour principalement voir admettre leur créance de 394.397,23 euros au passif de la liquidation et, subsidiairement, voir surseoir à statuer dans l'attente des instances en cours.

Les requérants ont exposé être créanciers de la société D à hauteur de la valeur de leurs avoirs déposés auprès de cette société. Ils ont contesté la déchéance du terme du prêt qui leur a été notifiée

par la banque, la réalisation du gage à laquelle la banque a procédé et la validité du montage financier en général qui leur a été proposé.

Les demandeurs ont affirmé vouloir introduire une demande contre la société D devant le Tribunal de grande instance de ... en vue de se procurer un titre établissant la réalité de leur créance. Cette demande devrait tendre à la nullité des contrats signés entre parties, ainsi qu'à la reconnaissance de la responsabilité de la société D pour ses manquements dans la gestion du portefeuille, ses agissements lors de la rupture du prêt et l'établissement d'un décompte erroné. Ils ont requis la surséance de la procédure se déroulant devant les tribunaux luxembourgeois.

La société D a demandé le rejet de la demande en surséance des demandeurs A en se référant au principe de la suspension des poursuites individuelles, prévu à l'article 452 du Code de commerce.

La société D a encore invoqué l'exception du libellé obscur de l'assignation. Subsidiairement, elle a conclu à l'irrecevabilité des demandes tendant à la nullité du montage financier et à la reconnaissance de sa responsabilité, soutenant que ces demandes n'ont pas été formulées dans la déclaration de créance déposée par les demandeurs.

A titre encore plus subsidiaire, la société D a contesté toute responsabilité dans son chef découlant d'un manquement à l'obligation d'information et de conseil qui lui est reproché par les A+B, faisant valoir que les A+B étaient conseillés par un professionnel, la société à responsabilité limitée F( ci-après « la société F »). En raison de leurs activités professionnelles, les requérants n'auraient pas pu ignorer les risques encourus. En tout état de cause, la banque aurait rempli son obligation d'information et de mise en garde, tel que ceci serait attesté par les articles 3.2, 3.3 et 11 du contrat de prêt et par l'avis de risque signé par les requérants.

La société D a contesté toute faute de gestion et toute malversation dans son chef, relevant que par application de ses conditions générales, sa responsabilité est limitée à la faute lourde. Selon la défenderesse, les avoirs des A+B ont été gérés selon les instructions de ces derniers.

La société D a formulé une demande reconventionnelle en paiement de la somme de 317.118,25 euros à l'encontre des A+B.

Par **jugement contradictoire du 5 janvier 2011**, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a :

- déclaré les demandes principale et reconventionnelle recevables,
- rejeté la déclaration de créance des A+B,
- dit la demande reconventionnelle fondée,
- condamné solidairement les A+B à payer à la société D la somme de 317.118,25 euros avec les intérêts conventionnels sur le montant de 310.323,17 euros à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2010 jusqu'à solde,
- dit non fondée la demande de la société D en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont rejeté le moyen du libellé obscur invoqué par la banque. Ils ont également rejeté la demande des A+B en surséance à statuer en attendant l'issue de l'affaire civile introduite devant le tribunal de ..., au motif que cette affaire a été introduite postérieurement à la mise en liquidation de la société D. La décision à rendre dans le cadre de cette procédure serait impuissante à produire un effet au Luxembourg, dès lors qu'elle irait à l'encontre du principe d'ordre public international de suspension des poursuites individuelles prévu à l'article 452 du Code de commerce.

Pour le surplus, le tribunal a constaté qu'il n'était pas valablement saisi d'une demande en nullité du prêt, respectivement en responsabilité contractuelle de la société D, puisqu'aucun montant n'aurait été réclamé de ce chef dans la déclaration de créance. Par ailleurs, d'éventuels préjudices résultant de la déchéance du terme ou de la réalisation du gage constitueraient des créances « de » la masse, non sujettes à déclaration dans le cadre de la liquidation, puisque postérieures au jugement de liquidation.

Le tribunal a constaté que la société D a régulièrement dénoncé le prêt au motif que le ratio de couverture était insuffisant et que le liquidateur a à bon droit procédé à la réalisation du gage pour en imputer le solde, avec les avoirs en liquide des demandeurs, sur leur dette. Le tribunal a fixé le solde de la dette des A+B à l'égard de la

banque au montant de 317.118,25 euros au paiement duquel il les a condamnés.

Par **exploit d'huissier de justice du 9 février 2011**, les A+B ont relevé **appel** de ce jugement.

Dans l'acte d'appel, **les A+B** ont conclu principalement à l'admission de leur créance au passif de la liquidation, subsidiairement, ils ont sollicité le sursis à statuer en attendant l'issue de l'instance en cours devant le tribunal civil de .... Ils ont soutenu que le tribunal de ... est compétent à connaître de leur demande en nullité des contrats et en responsabilité de la banque en vertu des règles de compétence prévues en faveur du consommateur dans le règlement CE 44/2001, sinon sur base des règles applicables au contrat d'assurance dans ledit règlement, sinon sur base des règles relatives aux droits réels immobiliers dudit règlement.

Ils ont requis le sursis à statuer sur base des règles de la litispendance prévues au règlement 44/2001, sinon par application des règles applicables aux affaires connexes, sinon encore sur base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En cours d'instance d'appel, les appelants ont conclu à la surséance à statuer en raison du dépôt d'une plainte pénale en France, en se basant sur l'article 3 du Code d'instruction criminelle.

A titre subsidiaire quant au fond, les appelants ont conclu à l'application de la loi française. Ils ont soutenu que les contrats conclus entre parties sont nuls pour absence d'agrément de la société D d'exercer ses activités en France, en raison de ce que la banque a mis en avant sa cotation triple AAA lors des négociations avec les appelants et qu'elle ne les a pas rendus attentifs au risque encouru, ainsi que de par le non-respect du formalisme prescrit par la législation française. Les appelants ont encore conclu à la nullité des contrats en raison de la stipulation de clauses potestatives et abusives, notamment en ce qui concerne le calcul de ratio de couverture du prêt.

« Cumulativement », les appelants ont recherché la responsabilité de la société D en soutenant qu'elle n'a pas respecté son obligation de mise en garde, qu'elle a privilégié ses intérêts aux leurs et qu'elle a violé son obligation d'information. Ils lui ont encore reproché d'avoir mal géré leurs avoirs et d'avoir violé ses obligations contractuelles au moment de prononcer la déchéance du terme et en les privant de la faculté de renonciation.

Outre de réclamer des dommages et intérêts à la société D, les A+B ont demandé qu'elle soit privée de son droit de leur demander la restitution du prêt.

La **société D** a conclu à la confirmation du premier jugement en ce qu'il a rejeté la demande en surséance, en ce qu'il a fait droit à sa demande reconventionnelle et qu'il a rejeté la demande principale des A+B.

Concernant la demande de surséance en raison de l'affaire pénale pendante en France, les appelants n'établiraient pas s'y être constitués parties civiles. Par ailleurs, l'article 3 du Code d'instruction criminelle ne serait pas applicable en matière de faillite et ne s'appliquerait pas lorsque l'affaire pénale est pendante devant un juge étranger. Concernant l'affaire civile, les conditions pour prononcer la surséance prévue au règlement 44/2001 ne seraient pas données. Par ailleurs, l'article 452 du Code de commerce prévoyant la suspension des poursuites individuelles interdirait que la décision française soit reconnue au Luxembourg pour avoir été introduite après la mise en liquidation de la société D.

Elle a contesté la compétence des tribunaux français à connaître de la demande en nullité des contrats et en responsabilité de la banque. Elle a contesté que la loi française soit applicable.

Elle a contesté avoir eu besoin d'un agrément en France alors qu'elle n'a pas exercé d'activités sur le territoire de ce pays. Elle a affirmé disposer en outre d'un tel agrément.

Elle a contesté que la mise en avant de sa bonne cotation puisse lui être reprochée.

Elle a affirmé avoir informé les appelants du risque encouru par l'opération tel que ceci résulterait des clauses du contrat de prêt et d'un avis de risque signé par ces parties.

Elle a contesté que les clauses relatives au ratio de couverture constituent des clauses potestatives ou abusives.

Elle a contesté l'existence d'un conflit d'intérêts dans son chef et elle a affirmé avoir respecté les instructions des appelants dans la gestion des investissements.

Concernant la dénonciation du prêt et la réalisation du gage, la société D a soutenu que ces faits, postérieurs au prononcé de sa liquidation, ne sauraient être discutés dans le cadre des débats sur la déclaration de créance des A+B.

Par un **arrêt contradictoire du 15 mai 2013**, la Cour d'appel a déclaré irrecevables les demandes formulées par les A+B relatives :

- à la nullité de l'opération toute entière et des contrats pour vices du consentement, violation du formalisme, présence de dispositions purement potestatives et abusives,
- à la responsabilité de la banque en raison de la violation de son devoir de mise en garde, de l'existence d'un conflit d'intérêts, de l'absence d'un agrément en France et de la gestion fautive des investissements,
- à la résolution du contrat de prêt, des contrats de prêt et du contrat d'assurance-vie.

Pour dire que ces demandes étaient irrecevables, la Cour a retenu qu'elles étaient sans rapport avec les revendications formulées dans la déclaration de créance déposée par les A+B.

La Cour a rejeté la demande en surséance formulée tant en raison de la procédure pénale que de l'affaire civile pendante en France.

Quant au fond, relative à la demande en responsabilité dirigée contre la banque, en ce qui concerne les reproches formulés par les appelants qui n'ont pas été déclarés irrecevables, la Cour a décidé qu'aucune faute ne saurait être reprochée à la banque, de sorte à confirmer le jugement de première instance en ce qu'il n'a pas fait droit à la demande en admission de la créance des A+B au passif de la liquidation. La Cour a également confirmé les premiers juges en ce qu'ils ont déclaré fondée la demande reconventionnelle dirigée par la société D contre les A+B.

Sur pourvoi en cassation, la **Cour de cassation** a décidé dans son **arrêt du 13 novembre 2014** qu'en déclarant irrecevables les demandes en nullité des contrats et des investissements litigieux et en responsabilité de la société D au motif qu'elles ne se rattachaient pas à des préjudices invoqués dans la déclaration de créance des A+B, alors que ces demandes étaient formées en défense à la demande reconventionnelle du liquidateur et étaient en tant que telles recevables en instance d'appel, les juges d'appel ont violé

l'article 592, alinéa 1<sup>er</sup>, du Nouveau code de procédure civile. La Cour de cassation a déclaré nuls et de nul effet l'arrêt du 15 mai 2013 et les actes qui s'en sont suivis. Elle a remis les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt cassé. La Cour de cassation a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel, autrement composée.

Les parties appelantes et l'intimée ont repris les arguments développés dans leurs conclusions échangées avant le prononcé de l'arrêt du 15 mai 2013.

#### **Quant aux implications de l'arrêt du 13 novembre 2014 :**

La société D a soutenu que la Cour de cassation s'est expressément référée à l'article 592 du Nouveau code de procédure civile pour retenir que les appelants étaient recevables à se prévaloir des moyens de nullité et de responsabilité en défense à la demande en paiement formulée reconventionnellement à leur encontre. Selon la société D, la Cour de cassation confirme ainsi implicitement que la société D ne saurait être condamnée à un paiement pour des préjudices qui n'étaient pas invoqués dans la déclaration de créance.

Les appelants ont répliqué qu'ils ont réclamé la nullité des contrats pour être libérés de leurs obligations à l'encontre de la banque, autrement dit pour échapper à une obligation de remboursement vis-à-vis de la banque. Ils ont affirmé ne pas avoir réclamé de restitution à leur profit dans le cadre de leur moyen de nullité.

Il résulte de l'arrêt de cassation que les appelants sont en droit de se prévaloir de la nullité des contrats et de la responsabilité de la banque comme moyens de défense à la demande reconventionnelle formulée à leur encontre. Il convient d'examiner ces moyens. Les conséquences qu'il conviendra d'en tirer seront analysées après l'examen de leur bien-fondé.

#### **Quant à l'intérêt de la banque à formuler, respectivement à maintenir sa demande reconventionnelle :**

Les appelants se sont prévalus de la saisie pénale de la créance de la société D envers les A+B, prononcée par le juge d'instruction près le Tribunal de grande instance de Paris, pour dire que « la banque n'est plus titulaire du droit qu'elle invoque alors que la créance dont elle se prévaut se trouve actuellement aux mains du juge d'instruction français ... et que ... une condamnation des A+B-Eustache au remboursement du prêt n'est dès lors pas de nature à modifier sinon à améliorer la situation de la banque alors que sa créance a été saisie et est dès lors inexécutable » .

La société D a répliqué que toute constitution de partie civile postérieure au prononcé de la liquidation se heurte au principe de la suspension des poursuites individuelles.

La Cour constate qu'il résulte de l'ordonnance du 13 juillet 2012 du juge d'instruction près le Tribunal de grande instance de Paris que la saisie de la créance de la société D a été prononcée en vue « d'éviter que la banque ne mette à exécution sa créance le temps de la procédure pénale ». Plus loin, il est écrit que « Ce droit incorporel constitue l'objet même de l'infraction reprochée à la D Luxembourg. Il y a lieu de suspendre toute procédure civile d'exécution relative à cette créance ».

Il se déduit des termes de l'ordonnance du 13 juillet 2012 qu'elle vise à empêcher toute mesure d'exécution à opérer par la banque envers les A+B pendant la durée de la procédure pénale. Cette mesure ne saurait priver la banque de son droit de se voir reconnaître l'existence de cette créance par un juge civil, partant de se voir délivrer un titre attestant son droit de créance. Seule l'exécution du titre est mise en suspens par cette ordonnance en attendant l'issue de l'affaire pénale. Cette ordonnance est partant sans incidence sur la présente procédure.

#### **Quant à la demande en surséance :**

Les appelants ont requis la surséance à statuer en se prévalant, d'une part, de la procédure pénale pendante en France à l'encontre de la société D et de ses dirigeants pour escroquerie, et, d'autre part, de l'affaire civile pendante devant le Tribunal de grande instance de ....

Concernant la surséance en raison de **l'affaire pénale** pendante en France, il est de principe, tel que relevé par l'intimée, qu'une instance pénale pendante devant un juge étranger ne saurait fonder l'application de l'article 3 du Code d'instruction criminelle qui édicte que le pénal tient le civil en état. Cette même solution est retenue par les tribunaux français ( Jurisclasseur, procédure civile, fasc. 556, n° 35). Il s'en déduit qu'en tout état de cause, la procédure pénale pendante en France ne saurait avoir pour effet d'empêcher l'instance civile se déroulant devant les tribunaux luxembourgeois de se poursuivre.

Quant à **l'affaire civile** pendante en France, il est constant en cause que par assignation du 5 novembre 2010, les A+B ont agi contre la société D devant le Tribunal de grande instance de ... pour

voir constater la nullité des contrats de prêt, de gage et d'assurance-vie et pour voir condamner la société D au paiement de dommages et intérêts en réparation des pertes sur investissements et du taux usuraire pratiqué, ainsi qu'en réparation de la perte d'une chance de mener l'opération promise à son terme et de ne pas exposer les frais de rachat.

Dans le cadre de leur moyen de surséance, les appelants ont soutenu que seuls les tribunaux français sont compétents à connaître de la demande en nullité des contrats. A l'appui de leur argumentation, ils ont invoqué les dispositions du règlement CE 44/2001 relatives à la protection du consommateur, respectivement les dispositions de ce règlement relatives aux contrats d'assurance, sinon les dispositions relatives aux droits réels immobiliers. Ils ont soutenu que quelles que soient les règles auxquelles on se réfère, les tribunaux luxembourgeois ne sont pas territorialement compétents à connaître de la demande en nullité des contrats. Ils ont affirmé que le fait de les priver de leur droit de rechercher un titre devant les tribunaux français revient à rompre le principe de l'égalité des créanciers et créerait une situation d'injustice à leur détriment. Ceci constituerait une violation de leur droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils se sont référés aux règles de la litispendance prévues au règlement CE 44/2001, respectivement aux dispositions de ce texte relatives aux demandes connexes, pour voir prononcer la surséance. Ils ont insisté sur l'impact de la procédure française sur la demande reconventionnelle formulée à leur encontre par la banque, qui serait non fondée en cas de nullité des contrats.

La société D a répliqué que par le biais de leur demande en surséance, les appelants remettent en cause la compétence du tribunal, respectivement de la Cour à connaître de l'affaire. Ce moyen serait irrecevable pour ne pas avoir été soulevé in limine litis.

Il est vrai que par le biais de leur demande en surséance, les appelants ont mis en cause la compétence des tribunaux luxembourgeois à connaître de la demande en nullité des contrats.

Il est de principe que le moyen tenant de l'incompétence territoriale d'un tribunal à connaître d'une demande doit être soulevé in limine litis ( cf Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 220). Cette règle doit néanmoins uniquement trouver à s'appliquer lorsque le moyen d'incompétence est soulevé par le défendeur. En l'espèce, ce sont les demandeurs originaires qui ont requis le sursis à statuer pour leur permettre de

se procurer un titre en France. Le moyen invoqué par l'intimée ne saurait partant valoir.

L'intimée D a conclu au rejet de la demande en surséance à statuer en soutenant que les conditions prévues au règlement 44/2001 pour voir prononcer le sursis ne sont pas données. Elle s'est prévaluée des dispositions de l'article 452 du Code de commerce qui prescrit la suspension des poursuites individuelles après le prononcé de la faillite, cet article ayant été rendu applicable à la liquidation de l'intimée. Selon l'intimée, l'action civile pendante devant les tribunaux français n'a été introduite que le 5 novembre 2010, partant après le prononcé de la liquidation. Ce serait à bon droit que les premiers juges en ont déduit que la décision qui sera rendue en France ne pourra être reconnue au Luxembourg pour contrevenir au principe d'ordre public de la suspension des poursuites inscrit au prédit article. Ce serait donc à bon droit que les juges de première instance ont rejeté le moyen de surséance. La question de la compétence des tribunaux français serait dès lors superfétatoire.

Quant au moyen déduit par la société D des dispositions de l'article 452 du Code de commerce, il convient de rappeler que cet article prévoit qu'à partir du jugement de faillite, « toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou sur les immeubles ne pourra être suivie, intentée ou exercée que contre les curateurs de faillite ».

L'article 452 du Code de commerce a été rendu applicable à la procédure de liquidation de la société D. Il n'est pas contesté que l'action pendante en France a été introduite après le prononcé de la liquidation de la société D.

L'interprétation de l'article 452 du Code de commerce retenue par les premiers juges a été critiquée par les appelants qui ont soutenu que l'objectif de l'article 452 du Code de commerce consiste à assurer l'égalité des créanciers. Or l'interprétation en donnée par les premiers juges conduirait à discriminer les créanciers chirographaires qui ne disposaient pas encore d'un titre avant le prononcé de la liquidation par rapport à ceux qui disposaient d'un tel titre. En l'espèce, le fait de refuser aux appelants le droit de se procurer un titre en France créerait une situation d'injustice à leur égard qui contreviendrait au droit à un procès équitable tel que celui-ci leur est garanti par les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les appelants ont ajouté que leur demande en nullité des contrats introduite en France n'aboutira en tout état de cause pas à la reconnaissance d'une créance en leur faveur. Si la responsabilité de la banque devait être reconnue par les

juges français, aboutissant à la reconnaissance de dommages et intérêts en leur faveur, ils produiront une déclaration de créance additionnelle.

Quant à l'argument des appelants que la procédure en France vise uniquement la nullité des contrats et n'a pas trait à la reconnaissance d'une créance en leur faveur, il faut renvoyer à la motivation des premiers juges qui ont retenu à juste titre que les deux procédures pendantes en France et au Luxembourg relèvent de la même cause, à savoir les contrats conclus entre parties. La nullité des contrats a été soulevée en France à titre principal. Elle a été invoquée au Luxembourg comme moyen de défense à la demande reconventionnelle formulée par la banque. Si le moyen de nullité aboutit, la demande reconventionnelle de la banque n'est pas fondée, mais la créance des appelants réclamée à titre principal n'est pas non plus fondée puisqu'elle présuppose la validité des contrats. Si le moyen de nullité n'aboutit pas, la demande reconventionnelle est en principe fondée et il restera à trancher la demande principale de l'admission de la créance des appelants au passif de la liquidation. La question de la validité des contrats conditionne partant l'existence des créances respectives et son analyse ne peut en être artificiellement dissociée. L'analyse de la validité des contrats doit donc suivre le même sort que ces demandes au regard de l'article 452 du Code de commerce.

L'argument des appelants déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait valoir dans le sens que l'article 452 du Code de commerce ne prive pas les appelants de leur droit d'accès à un tribunal, mais que cette disposition se borne à soumettre cet accès à certaines conditions. Le créancier devra en effet procéder par voie de déclaration de créance. En cas de rejet de sa déclaration, il pourra se pourvoir devant le tribunal.

Quant aux conséquences découlant de l'article 452 du Code de commerce, les appelants se sont référés à différents auteurs pour soutenir que cet article ne les prive pas de leur droit de saisir les tribunaux français et de requérir le sursis à statuer en attendant l'issue de cette procédure, tandis que la banque s'est référée à d'autres auteurs pour dire que cette action ne pouvait plus être valablement introduite par application des dispositions de cet article.

La doctrine citée par les appelants à l'appui de leur argumentation ( Les Nouvelles, concordats et faillites, n° 1417) retient comme principe que le créancier du failli ne peut agir que par la voie de la déclaration de créance ou de l'action en admission pour faire reconnaître sa créance. Cette doctrine ajoute que le créancier doit

pouvoir agir durant la faillite, individuellement contre le débiteur, s'il n'a pas de titre exécutoire ( n° 1419), mais elle précise ensuite que le jugement qui sera rendu ne sera évidemment pas opposable à la masse, partant qu'il ne sera exécutoire qu'après la clôture de la faillite ( n° 1420).

En l'espèce, la procédure civile introduite en France par les appelants tend à leur procurer un titre qu'ils comptent opposer à la banque dans le cadre de la demande reconventionnelle formulée par celle-ci à leur encontre. Ils entendent partant opposer ce titre à la masse, ce qui n'est pas possible d'après la doctrine citée par eux-mêmes.

Il se déduit des dispositions qui précèdent que c'est à bon droit que les premiers juges ont refusé le sursis à statuer réclamé par les appelants, le jugement à prononcer par les tribunaux français devant se voir refuser tout au effet au Luxembourg par application de l'article 452 du Code de commerce.

**Quant à la compétence des tribunaux luxembourgeois à connaître de la demande en annulation des contrats et en responsabilité de la banque:**

Les appelants ont soutenu que seuls les tribunaux français sont compétents à connaître de la demande en nullité des contrats et en responsabilité de la banque. Il convient partant de considérer cette question, puisqu'elle est dans les débats, même si elle ne saurait aboutir à la solution sollicitée par les appelants, l'article 452 du Code de commerce s'y opposant.

Il n'est pas contesté que les contrats de prêt et de gage conclus entre les appelants et la société D contiennent chacun une clause attributive de juridiction aux tribunaux luxembourgeois.

Il convient de préciser d'emblée que le contrat d'assurance-vie n'a pas été conclu avec la société D, mais avec la société E. Or cette société n'est pas partie à l'instance. La demande en annulation de ce contrat doit partant être déclarée irrecevable, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'analyser le moyen tenant de la compétence du tribunal saisi en connaître.

Pour fonder leur moyen tenant de la compétence exclusive des tribunaux français à connaître de la demande en nullité des contrats et en responsabilité de la banque, les appelants se sont prévalus des dispositions du règlement 44/2001 relatives à la protection des consommateurs.

D'après les articles 15 et 16 du règlement 44/ 2001, dans sa version applicable aux faits de l'espèce, le consommateur a le choix de porter son action soit devant le tribunal du domicile de son cocontractant, soit devant le tribunal de son propre domicile. Suivant l'article 16, il ne peut être dérogé à ce choix du consommateur que par une convention postérieure à la naissance du différend.

Au cas où ces dispositions devraient trouver à s'appliquer, les clauses attributives de juridiction aux tribunaux luxembourgeois contenues dans les contrats de prêt et de gage, ne pourraient partant trouver à s'appliquer.

Suivant l'article 15 point c) du règlement 44/2001, un contrat relève des règles spécifiques de protection du consommateur, notamment, lorsque le contrat a été conclu par le consommateur avec une personne qui exerce des activités commerciales dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

L'intimée D a contesté que les conditions d'application de ces dispositions soient réunies, contestant la qualité de consommateur des appelants au sens du règlement. Quant à l'exercice d'activités en France, l'intimée D a contesté, dans son argumentation relative à la loi applicable au contrat, avoir démarché les appelants à leur domicile et/ou leur avoir envoyé une quelconque proposition ou publicité. Elle a soutenu que les appelants ont été contactés par la société française F, avec laquelle elle n'aurait aucun lien. Ce seraient les appelants qui auraient pris l'initiative de la contacter.

L'intimée a partant contesté que soit remplie la condition prévue à l'article 15 point c) du règlement 44/2001 relative à la nécessité, pour que les dispositions protectrices du consommateur s'appliquent, de la preuve de l'exercice par le cocontractant de son activité commerciale sur le territoire de l'Etat membre dans lequel est situé le domicile du consommateur, respectivement que le cocontractant a dirigé ses activités vers le pays du domicile du consommateur.

Il n'existe, en l'état du dossier soumis à la Cour, aucun élément au dossier établissant que l'intimée ait effectivement exercé son activité commerciale en France ou qu'elle a dirigé ses activités vers ce pays. Suivant les éléments soumis à la Cour, les appelants ont été contactés par la société F, établie en France, qui leur a présenté les produits de la société D. Il ne résulte pas des éléments soumis à la

Cour que la société D a chargé la société F de la commercialisation de ses produits en France.

Les appelants restent partant en défaut d'établir que la société D a exercé ses activités professionnelles en France, respectivement qu'elle a dirigé ses activités vers ce pays. Les appelants ne sauraient donc invoquer les dispositions des articles 15 et 16 du règlement 44/2001 pour voir écarter les clauses attributives de juridiction aux tribunaux luxembourgeois contenues dans les contrats de prêt et de gage conclus avec la société D.

Pour fonder leur moyen d'incompétence des tribunaux luxembourgeois, les appelants ont encore invoqué les dispositions du règlement 44/2001 relatives au contrat d'assurance, combinées aux dispositions de l'article 6 du règlement qui prévoit qu'un défendeur peut être attiré devant le tribunal autre que celui de son domicile s'il y a plusieurs défendeurs et que les liens entre les différentes demandes sont si étroits qu'il y a intérêt à les instruire ensemble. Ils ont soutenu que la société E, société émettrice de l'assurance-vie acquise avec les deniers prêtés, peut être assignée devant la « juridiction de céans ».

En France, la société E est partie à l'instance. Il faut partant interpréter le moyen des appelants comme signifiant que d'après ces parties, les tribunaux français sont compétents à connaître de la demande dirigée contre cette partie sur base des règles applicables au contrat d'assurance et que par application de l'article 6, prévoyant le cas de pluralité de défendeurs, la société D peut également être attirée devant ces tribunaux.

En l'espèce, la compétence des tribunaux luxembourgeois est donnée par application des clauses attributives de juridiction prévues aux contrats conclus entre les appelants et la société D. Ces clauses sont en principe valables sur base du règlement 44/2001. Les tribunaux luxembourgeois ne doivent pas décliner leur compétence du fait que les tribunaux d'un autre Etat membre sont compétents par application d'autres dispositions du règlement à l'égard d'autres parties, entraînant leur compétence par rapport à la société D par le biais de l'article 6 du règlement. Ce moyen d'incompétence ne saurait partant pas non plus valoir.

L'argument déduit par les appelants des dispositions relatives aux droits réels immobiliers est également à écarter. La compétence des tribunaux français à connaître de la mainlevée de l'hypothèque inscrite sur l'immeuble des appelants situé en France n'est pas de nature à priver les tribunaux luxembourgeois de la compétence à

connaître des moyens et demandes dont il a été saisi par les parties. La demande de mainlevée de l'hypothèque n'est que la conséquence des demandes et moyens formulés par les appelants dans le cadre de la présente procédure. Aucune demande en mainlevée de l'hypothèque inscrite sur la maison des appelants n'a été formulée devant les tribunaux luxembourgeois.

Les tribunaux luxembourgeois sont partant compétents à connaître des demandes et des moyens des parties.

### **Quant à la demande en nullité :**

Les appelants ont conclu à la nullité des contrats de prêt, de gage et d'assurance-vie pour vices du consentement, à savoir le dol et l'erreur, découlant du défaut d'agrément de la société D en France, la mise en avant de sa cotation triple A, l'absence d'information quant au risque encouru, la violation du formalisme des contrats. Ils ont encore requis la nullité des contrats en raison de la présence de clauses potestatives et abusives.

Concernant la demande en nullité du contrat d'assurance-vie, il convient de rappeler que ce contrat a été conclu entre les appelants et la société E. Or tel que relevé plus haut, si cette société est partie à l'affaire pendante en France, elle n'a pas été assignée au Luxembourg. Il s'en déduit que la demande en nullité du contrat d'assurance n'est pas fondée pour autant qu'elle est dirigée contre la société D. Il convient néanmoins de préciser que l'existence du contrat d'assurance-vie pourra être prise en compte dans l'appréciation du comportement de la société D dans la mesure où il n'est pas contesté que ce contrat faisait partie de l'opération financière proposée aux appelants.

Avant d'analyser les moyens de nullité des contrats de prêt et de gage, il faut déterminer la loi qui leur est applicable.

### **Loi applicable :**

Tant le contrat de prêt que le contrat de gage contiennent chacun une clause prévoyant que le contrat est régi par la loi luxembourgeoise.

Les appelants veulent faire écarter l'application de la loi luxembourgeoise en sa prévalant des dispositions protectrices du consommateur prévues dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ils se sont prévalus plus spécifiquement de l'article 5 de ce texte qui prévoit que

le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans laquelle il a sa résidence habituelle si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

Par renvoi aux développements qui ont été faits dans le cadre du moyen de la compétence des tribunaux luxembourgeois à connaître de la demande en nullité des contrats et en responsabilité de la banque, il convient de retenir que les appelants n'établissent pas que les conditions d'application de cette disposition soient réunies, à savoir que la conclusion des contrats a été précédée de la part de la société D d'une proposition spécialement faite aux appelants, ou d'une publicité au lieu de leur domicile en France.

Les clauses des contrats de prêt et de gage prévoyant l'application de la loi luxembourgeoise doivent donc trouver à s'appliquer et il y a lieu de départager les parties sur base de cette loi.

Demande en nullité des contrats de prêt et de gage pour défaut d'agrément de la société D en France, mise en avant de la cotation triple A, absence d'information quant au risque encouru, violation du formalisme, sinon en raison de la stipulation de clauses potestatives et abusives :

Les appelants ont invoqué les manquements reprochés à l'intimée pour dire que les contrats sont entachés de nullité pour vices de consentement résultant du dol ou de l'erreur.

Aux termes de l'article 1116 du Code civil, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol ne se présume pas et doit être prouvé. Il est admis que les manœuvres dolosives peuvent être constituées de simples mensonges ou même d'une réticence. Il faut que le mensonge ou la réticence ait été motivé par l'intention de tromper le cocontractant. L'intention requise n'est pas celle de causer un préjudice, mais celle de tromper, en suscitant l'erreur ou en profitant de celle-ci. Il faut par ailleurs que l'erreur provoquée par les manœuvres dolosives ait été déterminante pour le cocontractant, mais il n'est pas nécessaire que l'erreur ait porté sur la substance de la chose. Le dol peut être sanctionné alors même qu'il n'a entraîné qu'une erreur sur la valeur ou sur les motifs, voire sur une qualité

non substantielle. Pour que le dol puisse être retenu il faut encore que l'auteur du dol ait agi intentionnellement pour tromper le cocontractant. Il faut ajouter que la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée (voir : *Jurisclasseur civil, art. 1116, n° 11 et ss*). Conformément au régime commun du droit de la preuve, il appartient à la partie qui demande l'annulation de la convention d'en rapporter la preuve.

Il y a d'ores et déjà lieu d'écarter les moyens des appelants tenant à la violation du **formalisme** des contrats de prêt et de gage, dès lors que, tel qu'il a été dit plus haut, ces moyens se fondent sur des dispositions légales françaises, inapplicables aux contrats conclus entre parties, la loi luxembourgeoise leur étant applicable.

Quant à l'**absence d'agrément** en France, dans la mesure où il n'est pas établi que la société D ait exercé ses activités en France, il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir disposé d'un agrément dans ce pays.

Quant à la mise en avant de la **cotation AAA**, les appelants n'établissent pas que l'intimée ait mis en avant cette cotation au moment des négociations portant sur l'opération financière conclue entre parties. Il faut rappeler que les appelants ont été contactés non pas directement par l'intimée, mais que les produits de l'intimée leur ont été présentés par la société F, établie en France. Il n'est pas non plus établi que cette société ait fait état de la cotation triple AAA de la société D auprès des appelants.

Il faut ajouter qu'il n'est pas contesté que la société D disposait à l'époque de cette cotation. Il est seulement reproché qu'il ait été fait état de cette cotation, bien que la banque dût savoir qu'elle ne présentait plus les garanties y correspondant.

Aucun élément du dossier n'établit que la banque devait savoir que sa cotation était surfaite. En outre, pour que le dol soit donné, il faut que l'auteur du dol ait agi intentionnellement en vue de tromper son cocontractant. En l'absence d'éléments concrets et tangibles au dossier établissant que malgré la connaissance qu'elle avait que sa cotation était surfaite, la banque s'est intentionnellement prévalu de cette cotation à l'égard des appelants en vue de les tromper, ce moyen des appelants doit être rejeté.

Reste le grief des appelants soulevé dans le cadre de leur demande en nullité des contrats pour dol ou erreur, consistant à reprocher à l'intimée de ne **pas les avoir suffisamment informés**

**du risque encouru**, au motif que toutes les simulations qui leur ont été soumises laissaient penser qu'un gain à terme était possible.

La banque a répliqué qu'elle n'était pas débitrice d'une obligation d'information à l'égard des appelants puisqu'ils étaient assistés par un professionnel, la société F. L'intimée a encore soutenu que les appelants devaient se rendre compte du risque encouru au vu du nombre important de garanties qu'elle s'était fait octroyer. Elle a ajouté avoir fourni toutes les informations relatives au risque encouru aux appelants, tel que ceci serait attesté par le contenu des contrats, ainsi que par les documents spécifiques au risque signés par les appelants. L'intimée a affirmé que les appelants n'étaient pas des profanes en la matière, de sorte qu'ils étaient à même d'évaluer le risque lié aux opérations auxquelles ils ont souscrit.

Suivant le contrat signé le 13 février 2007, les appelants se sont vu accorder par la société D un prêt portant sur le montant de 627.000 euros, ou l'équivalent dans n'importe quelle autre devise, avec obligation pour eux d'investir une partie des sommes empruntées dans une police d'assurance-vie auprès de la société Eou bien dans d'autres investissements.

Il est constant en cause pour ne pas être contesté par l'intimée, qu'à terme, l'opération proposée aux appelants visait à faire rembourser le prêt, sinon du moins les intérêts du prêt, par les gains réalisés au moyen des sommes investies.

Il convient de relever d'emblée que les appelants n'établissent pas qu'un gain à terme était exclu et que l'opération financière à laquelle ils ont souscrit ne pouvait en aucun cas réussir.

Concernant l'information du risque encouru, il ne saurait être nié que la banque y était tenue. Cette obligation découlait à l'époque des faits des dispositions de l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Quant à savoir si la banque a effectivement respecté cette obligation, il faut se référer à l'article 11 du contrat de prêt dont se prévaut la banque qui prévoit que « *L'emprunteur reconnaît avoir été informé et avoir expressément compris que les placements avec répartition des bénéfices et/ou les opérations de change sont des investissements à fort caractère spéculatif qui supposent une prise de risque considérable de la part de l'Emprunteur par laquelle l'Emprunteur peut subir des pertes. Les pertes peuvent éventuellement dépassés les biens nantis par l'Emprunteur aux fins de ces investissements. Si les pertes de l'Emprunteur dépassent le*

*montant des biens nantis par lui, le Prêteur reste entièrement fondé à recouvrer l'intégralité de la somme restant due par l'Emprunteur ».*

Cette clause est comprise, en caractères lisibles, dans le corps du contrat. Le contrat a été remis aux appelants quelques jours avant la date de sa signature, de sorte qu'ils avaient le temps de l'étudier et de se familiariser avec son contenu. Ils avaient le temps de requérir les informations complémentaires qu'ils jugeaient utiles concernant les investissements projetés, soit auprès de l'intimée, soit auprès de toute autre personne.

Il convient de rappeler que les appelants étaient assistés par un professionnel, la société F, représentée par G. Les appelants ont été introduits auprès de la société D par cette société. Les appelants ont donné procuration au dénommé Bosson de recevoir en leur nom toutes les informations et tous les documents qui leur étaient destinés. La société D a versé des échanges de courriels établissant que G est intervenu activement aux côtés des appelants avant la conclusion de l'opération. Si toutes ces circonstances ne sont pas de nature à décharger la société D de son obligation d'information à l'égard des appelants quant au risque encouru, elles doivent néanmoins être prises en considération dans l'appréciation de la portée et de la nature des informations à fournir par la banque aux appelants.

Or outre que les appelants ont été rendus attentifs au risque encouru par l'article 11 précité du contrat de prêt, ils ont signé le 23 février 2007 un écrit séparé, intitulé « Avis de risque », comportant une demi-page sur laquelle il est écrit :

*« Le client reconnaît que la Banque a pris connaissance de ces objets d'investissement et a transmis toute information matérielle nécessaire aux fins d'expliquer le fonctionnement des « leveraged investments » ainsi que les risques associés à ce type de contrat.*

...

*Le client reconnaît avoir été informé sur le fait qu'en utilisant les « leveraged investments », même des petites variations sur les marchés peuvent avoir un impact sur les profits et/ou sur les pertes et que dans certaines situations peuvent engendrer la perte de la totalité du portefeuille.*

...

*En signant ce papier, le client confirme qu'il accepte le risque inhérent aux « leveraged investments ».*

Cet « avis de risque » confirme que les appelants ont été informés des risques encourus relatifs aux opérations

d'investissement qu'ils se proposaient de réaliser. Si cet avis a certes été signé quelques jours après la signature du contrat de prêt, il ne fait que confirmer les termes du contrat lui-même. Si les appelants avaient estimé ne pas avoir été suffisamment informés du risque encouru à la signature du contrat, ils auraient certainement refusé de signer cet avis complémentaire. En le signant, ils ont implicitement mais nécessairement reconnu avoir obtenu les informations qu'ils estimaient nécessaires pour saisir les risques encourus.

Il se déduit des développements qui précèdent qu'au vu du contenu des documents que les appelants ont signé et en tenant compte de ce que les appelants étaient assistés d'un professionnel lors des négociations avec la banque, la société LANDSBANK doit être considérée comme ayant satisfait à l'encontre des appelants à son obligation d'information quant aux risques encourus. Les appelants ne sauraient partant valablement soutenir avoir été trompés par la banque quant au risque encouru pour fonder leur demande en nullité des contrats.

Les appelants ont encore soulevé la nullité du contrat de prêt en raison des **clauses potestatives** y incluses, plus spécifiquement l'article 9.3 relatif au calcul du ratio de couverture.

L'intimée a contesté le caractère potestatif de l'article 9.3 du contrat de prêt.

La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (articles 1170 et 1174 du Code civil).

L'article 9.3 du contrat de prêt est de la teneur suivante :

*« Si le Ratio de Couverture de Gagerie se monte à 90% du montant du Prêt, tel que calculé par le Prêteur le cas échéant, suivant la Procédure de Calcul, le Prêteur aura la possibilité, sans aucune notification écrite préalable, mais pas l'obligation de :*

*(a) réclamer le remboursement immédiat du Prêt ;*

*(b) exiger de l'Emprunteur qu'il rétablisse un Ratio de Couverture de Gagerie de plus de 100% ; ou*

*(c) liquider la garantie et en utiliser le produit pour rembourser le Prêt, y compris les intérêts accumulés et les frais correspondants, après avoir adressé à l'Emprunteur une injonction de payer sous trois (3) jours ouvrés par lettre recommandée. »*

Cet article doit être lu en combinaison avec l'article 1.5. du même contrat qui prévoit que :

*« L'expression « Procédure de calcul » désignera la procédure permettant de calculer le Ratio de Couverture de Gagerie. Le Prêteur fixe la procédure applicable audit calcul, le cas échéant, à son entière discrétion. Du fait des risques du marché relatifs aux biens nantis, le prêteur pourra appliquer à ce calcul une valeur différente de celle du marché. La valeur applicable est fixée par le Prêteur, le cas échéant, à son entière discrétion ».*

S'il est vrai que selon ces dispositions, la fixation de la valeur des titres se trouvant dans le portefeuille des appelants relève du pouvoir discrétionnaire du prêteur, sa fixation ne rend néanmoins pas ce mécanisme potestatif, dès lors que le calcul de ladite valeur tient compte de données extérieures au prêteur, à savoir la nature du titre, la qualité de l'émetteur et la situation globale et /ou spécifique du marché ou du secteur des valeurs gagées.

Le moyen de nullité de cette clause au regard du caractère potestatif du calcul du ratio de couverture est partant à écarter.

Les appelants ont encore soutenu que cette clause est potestative au regard du choix laissé à l'intimée quant à la sanction à appliquer à la perte du ratio de couverture. Ils ont encore contesté que le ratio de couverture n'ait plus été respecté au moment où le liquidateur a choisi de dénoncer le prêt.

Concernant le choix laissé au prêteur lorsque le ratio de couverture n'est plus donné, il ne saurait imprimer un caractère potestatif à l'article 9.3 du contrat de prêt. Cet article est en effet à rapprocher des dispositions de l'article 1184 du Code civil qui prévoit qu'au cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement, l'autre partie a le choix soit de la forcer à l'exécution de la convention, soit de demander la résolution du contrat avec octroi de dommages et intérêts. C'est partant à tort que les appelants ont soutenu que ce choix laissé à la banque était de nature potestative.

Concernant l'affirmation que le calcul du ratio de couverture était encore donné à la date de la dénonciation du prêt, cette question est étrangère au caractère potestatif de l'article 9.3 du contrat de prêt et

sera analysé plus loin, si le moyen y relatif devait se révéler pertinent.

Il se déduit des développements qui précèdent que les appelants ne sauraient invoquer la nullité de l'article 9.3 du contrat de prêt, partant ne sauraient se fonder sur la nullité de cet article pour réclamer l'annulation de tout le contrat de prêt, respectivement de toute l'opération d'investissement.

Les appelants ont soutenu que l'article 9.3 du contrat de prêt constitue une **clause abusive** au regard de l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs. Selon ces parties, en cumulant la qualité de prêteur et de gestionnaire du portefeuille, la banque tenait en son pouvoir les conditions d'ouverture d'une déchéance du terme, créant ainsi un fort déséquilibre entre les obligations des parties, au détriment du consommateur. La déchéance du terme du prêt serait susceptible d'être invoquée à raison de l'insuffisance de la valeur des placements, due par définition à la faute de la banque qui aurait procédé aux mauvais investissements. Cette stratégie de prêter à des clients en les obligeant à investir par son seul intermédiaire mettrait en évidence le déséquilibre caractéristique de la clause abusive.

Il convient de préciser que la loi du 8 avril 2011 a porté introduction en droit luxembourgeois d'un Code de la consommation et que la loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs a été abrogée par une loi du 2 avril 2014. Les dispositions invoquées par les appelants sont actuellement inscrites à l'article 211-2 du Code de la consommation.

Afin d'interpréter la notion de « clause abusive », il convient de se reporter à l'article 3 de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cette clause y est définie comme correspondant à une clause contractuelle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu. L'article 4, § 1<sup>er</sup> de la directive précise que le caractère abusif d'une clause contractuelle dépend de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et de toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même que toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. La directive ne fait pas

obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement et sans préavis en cas de raison valable, pourvu qu'il ait l'obligation d'en informer les autres parties contractantes immédiatement. Une raison valable pourrait être la détérioration de la situation financière du client au point de compromettre sa capacité à rembourser ses dettes ( P.- E. Partsch : Droit bancaire et financier européen, éd. Larcier 2009, n° 1390 et s.)

Au vu de ces principes, l'article 9.3. du contrat de prêt ne constitue pas une clause abusive.

Il convient d'ajouter que c'est à tort que les appelants ont soutenu que le déséquilibre à leur détriment résultait de ce que la banque cumulait les qualités de prêteur et de gestionnaire de portefeuille. Les appelants n'établissent en effet pas que la société D avait la gestion discrétionnaire de leurs investissements.

Le moyen tenant du caractère abusif de l'article 9.3 ne saurait partant pas non plus valoir.

Il se déduit de l'ensemble des développements qui précèdent que les appelants n'ont pas établi que les contrats de prêt et de gage encourent la nullité.

Partant, les appelants ne sauraient opposer la nullité des contrats à la demande en remboursement du prêt formulée à leur rencontre par l'intimée. Ils ne sauraient pas non plus se prévaloir de cette nullité des contrats dans le cadre de la demande principale.

#### **Quant à la résolution du contrat de prêt :**

Les appelants ont affirmé que la banque a fautivement appliqué la sanction de la déchéance du terme et les a fautivement privés de la faculté de renonciation en mettant fin au contrat. A l'appui de cette demande, ils ont soutenu que la banque a arbitrairement choisi la date à laquelle elle a résolu le contrat de prêt pour non-respect du ratio de couverture. Ils ont contesté que le ratio de couverture de 90 % ne fût plus donné à la date de la résolution.

La société D a conclu à la confirmation du premier jugement en ce qu'il a retenu que ces moyens ne sauraient être analysés dans le cadre des débats sur les contestations de créance, dès lors qu'ils sont relatifs à des créances nées après le prononcé de la liquidation, pouvant partant tout au plus donner lieu à ces créances « de » la masse et non dans la masse.

Les revendications des appelants ont trait à la résolution des contrats par la banque postérieurement au prononcé de la liquidation.

Il est admis qu'après le prononcé de la faillite, respectivement de la liquidation, le curateur ou le liquidateur a le choix soit de continuer soit de mettre fin aux contrats en cours.

Au cas où il choisit la résolution du contrat, il s'expose à une demande en paiement de dommages et intérêts si la régularité de cette résolution est contestée par le cocontractant. Pour le recouvrement des dommages et intérêts, le cocontractant devra produire dans la masse. Cette solution, actuellement ancrée dans la législation belge, était retenue par la jurisprudence belge et la doctrine de ce pays avant cette réforme législative ( Les Nouvelles, les concordats et la faillite, n° 1465 et s. ; Brulyant 1997 : Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997, n° 50 ; A. Zenner : Dettes dites « de masse » et contrats en cours au moment de la faillite, JT 1982, p. 85 ). Cette solution prend en considération non pas le seul critère de la date, mais le rapport existant entre la dette et l'administration de la faillite. Seuls les frais relatifs à cette dernière sont à qualifier de dette de la masse. Appliquer le seul critère de la date risque en effet de rompre l'égalité des créanciers ( cf pour la critique de la solution se basant uniquement sur la prise en considération de la date : A. Zenner : Dettes dites « de masse » et contrats en cours au moment de la faillite, JT 1982, p. 85).

Les dettes nées de l'exécution des contrats que le curateur ou le liquidateur a décidé de maintenir sont des dettes de la masse.

En l'espèce, le liquidateur a attendu un certain temps avant de résoudre les contrats et il s'est basé sur les dispositions du contrat relatives au ratio de couverture pour justifier la résolution. Malgré ces éléments, il ne saurait être considéré, au vu des autres éléments de la cause, que le liquidateur ait voulu poursuivre les contrats et que les règles relatives à cette situation doivent trouver à s'appliquer.

Les créances invoquées par les appelants n'ont aucun lien avec l'administration de la faillite.

Par application des principes développés ci-avant, elles sont partant à qualifier de dettes dans la masse.

S'il est vrai qu'en l'espèce, la résolution du contrat de prêt a été notifiée aux appelants après l'expiration du délai prévu pour déposer les déclarations de créance, les droits des appelants seront préservés, si l'existence de leur créance devait être établie, par le fait qu'ils pourront s'en prévaloir comme moyen de défense dans le cadre de la demande reconventionnelle formulée par la banque contre eux. La demande reconventionnelle trouve en effet son fondement dans la résolution du contrat de prêt. Il faut ajouter que les appelants ont déposé une déclaration de créance équivalant à la valeur de leur portefeuille titres et à leurs avoirs déposés auprès de la banque. Les dommages et intérêts qu'ils seraient en droit de réclamer devraient correspondre à ces montants, ou en tout cas, ne pas les excéder. Leurs droits sont partant préservés.

Quant à la preuve de la violation de leurs droits lors de la résolution du contrat de prêt, les appelants sont restés en défaut d'établir que les conditions ouvrant le droit à la banque de résoudre les contrats n'étaient pas données à la date où la liquidatrice y a procédé. Les appelants se sont bornés à contester que le ratio de couverture n'était plus donné à cette date, sans fournir un quelconque élément de preuve étayant leur affirmation. Les appelants ne sauraient pas non plus reprocher à la banque d'avoir résolu le prêt lorsque le ratio de couverture était à seulement 86 % au lieu de 90%, alors qu'il avait déjà été bien plus bas à d'autres époques. En effet le fait que la banque n'a pas fait fruit de son droit de résoudre le contrat dans le passé ne saurait la priver de ce droit à une date ultérieure, lorsque le ratio de couverture n'était une fois de plus pas donné. Il faut ajouter que les appelants n'ont aucun intérêt à reprocher à la banque de ne pas avoir fait fruit de son droit de mettre fin au contrat à un moment où le ratio de couverture était encore plus bas, puisque, dans ce cas, leur perte aurait été encore plus grande.

Aucune faute de la banque au moment de mettre fin au contrat de prêt ne saurait partant être invoquée par les appelants en défense à la demande reconventionnelle formulée contre eux par la banque. Les appelants ne sauraient pas non plus se baser sur une telle faute pour réclamer l'admission de leur créance au passif de la liquidation, telle que réclamée dans le cadre de leur demande principale.

#### **Quant à la demande en responsabilité de la société D :**

Les appelants ont soutenu que la société D a engagé sa responsabilité en :

- 1) manquant au devoir de mise en garde

- 2) agissant malgré l'existence d'un conflit d'intérêts
- 3) n'ayant pas disposé d'un agrément en France
- 4) gérant mal les avoirs des appelants.

*Concernant le premier grief relatif à l'absence de mise en garde :*

Les appelants ont reproché à l'intimée de:

- ne pas les avoir informés du risque encouru
- leur avoir présenté des documents publicitaires qui n'étaient pas en cohérence avec la réalité de l'opération
- leur avoir proposé une opération dont les charges étaient en disproportion avec leurs revenus
- ne pas avoir procédé à une étude portant sur l'adéquation entre l'opération et leur situation patrimoniale.

L'intimée a répliqué en affirmant avoir rempli son obligation d'information. Elle a estimé que les appelants n'étaient pas complètement néophytes en la matière et qu'en tout état de cause, ils avaient l'obligation de se renseigner. Concernant la cohérence entre les documents remis aux appelants et la réelle nature de l'investissement, l'intimée a contesté avoir remis un document publicitaire aux appelants, celui-ci leur ayant été remis par la société F. Elle a contesté que ce document ne reflétait pas la réalité de l'opération. Elle a contesté toute disproportion entre les revenus des appelants et l'opération financière à laquelle ils ont souscrit. Elle a contesté le moyen des appelants tenant de l'absence d'étude d'adéquation, affirmant que la nécessité d'un tel document est prescrite par les textes légaux français, inapplicables aux relations entre parties.

Il convient de préciser que l'intimée a analysé l'argumentation des appelants uniquement, sinon principalement par rapport au contrat de prêt. Il résulte néanmoins des conclusions des appelants qu'ils critiquent l'opération financière dans son ensemble. Dans la mesure où l'intimée ne saurait nier être à l'origine de tout le montage financier souscrit par les appelants, le contrat de prêt qu'elle a signé avec les appelants précisant expressément que 75 % des fonds prêtés seront investis dans un contrat d'assurance-vie à conclure avec la société E, c'est toute l'opération financière qu'il y a lieu

d'analyser au regard des arguments soulevés par les appelants, dans les limites des actes accomplis par la société D.

Quant aux obligations incombant à la société D, en droit luxembourgeois, tel qu'il a été retenu plus haut, à l'époque de la conclusion des contrats ( février 2007), les obligations du banquier en matière de bonne conduite envers son client étaient régies par la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier qui, dans sa version applicable à l'époque, imposait en son article 37 à l'établissement financier :

« - d'agir, dans l'exercice de son activité, loyalement et équitablement au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché,

- d'agir avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché,

...

- de s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés,

- à communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec ses clients,

- à s'efforcer d'écarter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, à veiller à ce que ses clients soient traités équitablement ».

C'est à tort que l'intimée a fait valoir que ces règles de conduite ne peuvent être invoquées directement par le client envers l'établissement financier avec lequel il a traité ( cf Cour de cassation 26 mars 2015, n° 24/15).

C'est encore à tort que l'intimée a soutenu que les appelants étaient à considérer comme investisseurs avertis, dès lors qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que les appelants ont reconnu avoir une connaissance approfondie du marché financier, ni qu'ils en disposaient effectivement. Les professions exercées par les appelants ne sauraient faire déduire une telle connaissance dans leur chef, dès lors que leurs professions respectives de gérant de société et de cadre dans un journal, ne sauraient laisser conclure qu'ils étaient familiers des opérations financières qui leur étaient proposées. Il ne saurait partant être retenu qu'ils étaient des investisseurs avertis.

Quant à l'assistance des appelants par un professionnel, il est renvoyé aux développements faits plus haut dont il se déduit que les appelants étaient assistés par un professionnel au moment de la conclusion des contrats.

Dans le cadre de son obligation d'information et de conseil, le banquier doit d'une part fournir à son client tous les faits objectivement vérifiables sur l'opération projetée et d'autre part orienter le client au mieux de ses intérêts. L'obligation de conseil et d'information à charge du banquier est fonction des compétences de son client. Dans cet ordre d'idées, la présence aux côtés du client d'une personne censée le conseiller a nécessairement une incidence sur l'étendue des obligations incombant au banquier ( cf dans ce sens : A. Schmitt et E. Omes : La responsabilité du banquier en droit bancaire luxembourgeois, n° 298). Ce seul fait n'est néanmoins pas de nature à faire disparaître toute obligation d'information et de conseil dans le chef de la banque, celle-ci devant s'assurer personnellement que ses clients ont reçu les informations et les explications suffisantes leur permettant de cerner la vraie nature et l'enjeu de l'opération à laquelle ils s'apprêtent à souscrire.

Concernant l'affirmation de l'intimée d'avoir rempli son obligation d'information, il faut se reporter à ce qui a été retenu plus haut. Au vu de l'article 11 du contrat de prêt et de l'avis de risque signé par les appelants, c'est à tort que ces parties ont soutenu ne pas avoir été informées du risque de l'opération réalisée avec la banque. Concernant l'article 11, il y a lieu de rappeler que cette clause du contrat de prêt est comprise, en caractères lisibles, dans le corps du contrat. Le contrat a été remis aux appelants avant la date de sa signature et les appelants ont eu le temps de l'étudier à leur guise. Ils avaient le temps de demander des informations complémentaires s'ils le jugeaient utile, soit à l'intimée soit à toute autre personne, dont notamment la société F qui les assistait tout au long de l'opération. En signant dans ces circonstances les contrats, les appelants ne sauraient arguer de ce qu'ils n'avaient pas été informés des risques encourus.

Quant à l'obligation de conseil par rapport à la nature de l'opération dans laquelle se sont engagés les appelants, il résulte des documents signés par ces parties qu'ils avaient requis un investissement « balanced », présentant un risque « intermédiaire », correspondant au niveau 2 d'une échelle de 4 niveaux. Il ne résulte pas des éléments du dossier que ce profil des appelants n'ait pas été respecté. L'investissement critiqué a été opéré dans une assurance-vie qui à son tour a porté sur des

investissements dans un fonds qualifié de « balanced ». A part de se prévaloir de la perte qu'ils ont subie, les appelants n'ont fourni aucun élément établissant que les investissements réalisés ne correspondaient pas à leur profil. Or il est de jurisprudence constante que le simple fait de la perte ne saurait faire retenir une faute dans le chef du banquier, ce dernier n'étant pas tenu à une obligation de résultat. Les appelants n'ont pas non plus établi que les fonds mis à leur disposition ont été investis uniquement dans des titres de la maison mère islandaise de la société D. Cette accusation a été contestée par l'intimée et elle n'a pas été prouvée par les appelants.

Les appelants ont reproché à la banque de ne pas avoir tenu compte du niveau de leurs revenus au moment de leur proposer l'investissement critiqué.

Il résulte des documents signés par les appelants que la société D a sollicité des appelants des renseignements sur leur situation de fortune, sur leurs revenus et sur leurs avoirs, ainsi que sur le but de l'opération projetée. Il ne résulte pas de ces renseignements que la situation de fortune des appelants ne leur permettait pas de procéder à l'opération en cause. Il faut rappeler par ailleurs que les appelants étaient assistés par la société F qui devait également connaître leur situation patrimoniale. Les appelants n'établissent pas, au vu des éléments soumis à la Cour, que l'investissement n'était pas compatible avec leurs revenus. Aucun manquement de la société D à son obligation de respecter le profil de ses clients et leur situation de fortune n'est partant établi.

Quant au reproche tenant de l'absence de cohérence entre la publicité qui leur a été remise et la réalité de l'opération, c'est à bon droit que l'intimée a répliqué que la publicité dont se prévalent les appelants n'émane pas d'elle, mais qu'elle a été éditée au nom de la société F et qu'elle leur a été remise par cette société. Aucun grief y relatif ne saurait partant être reproché à l'intimée. Il convient d'ajouter que les appelants n'établissent pas en quoi les informations contenues sur ce dépliant ne reflètent pas la réalité de l'opération. Ce document se borne à présenter les caractéristiques de l'opération. La terminologie employée ne permet pas de reprocher à son auteur d'avoir fait miroiter que le résultat était garanti. Aucune faute dans le chef de la société D ne saurait partant être déduite de ce document.

Quant à l'absence d'étude de l'adéquation de l'opération à la situation des appelants, ces derniers se sont basés sur des dispositions de droit français, l'article L-520-1 II 2° du Code des assurances français. Ce texte ne saurait trouver application en

l'espèce, les contrats conclus entre parties étant soumis à la loi luxembourgeoise. Ce moyen est partant également à écarter.

*Quant au conflit d'intérêts :*

Les appelants ont encore reproché à l'intimée d'avoir agi malgré l'existence d'un conflit d'intérêts, dès lors qu'elle aurait agi tant en qualité de dépositaire que de gestionnaire des fonds investis.

Les appelants n'établissent pas que la société D avait la gestion discrétionnaire de leurs investissements. Or ce fait est contesté par l'intimée. En l'absence d'éléments de preuve établissant la réalité de l'affirmation des appelants, ce moyen est à rejeter.

*Quant au défaut d'agrément :*

Le grief relatif à l'absence d'agrément en France est à rejeter d'emblée, par renvoi aux développements faits plus haut. En effet il n'est pas établi que la société D ait exercé ses activités en France.

*Quant à la gestion des avoirs :*

Il en va de même de l'argument des appelants que la société D a mal géré leurs avoirs. Faute de prouver que cette société avait la gestion discrétionnaire de leurs avoirs, cette argumentation ne saurait aboutir.

Il se déduit de l'ensemble des développements qui précèdent que les appelants n'ont pas rapporté la preuve de l'existence d'une faute dans le chef de l'intimée. Ils ne sauraient partant prétendre à une quelconque indemnisation de sa part.

**Conclusion :**

Dans le cadre de la demande principale, les appelants n'ont pas réussi à établir l'existence d'une créance dans leur chef leur ouvrant le droit de la voir admettre au passif de la liquidation de la société D. Par contre, la demande reconventionnelle de la société D est fondée, faute par les appelants de lui opposer des moyens de défense valables. Le jugement du 5 janvier 2011 est partant à confirmer.

**Indemnités de procédure :**

Les premiers juges ont rejeté la demande en allocation d'une indemnité de procédure de la société D. Celle-ci a réitéré sa demande en instance d'appel. Cette partie n'établissant pas

davantage au cours de l'instance d'appel en quoi il est inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens relatifs tant à la première instance qu'à l'instance d'appel, il y a lieu de confirmer les premiers juges en ce qui concerne l'instance qui s'est déroulée devant eux et il y a également lieu de rejeter cette demande de la société D pour l'instance d'appel.

Les appelants n'ayant pas réussi dans leur recours, ils sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée pour l'instance d'appel.

### **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,

partant **confirme** le jugement du 5 janvier 2011,

déboute A et B de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

déboute la société anonyme D Luxembourg de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A et B aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de C qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.